

313

Señor

JUEZ 49 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA

E. S. D.

REF: 050-2014-68-01

Demandante: ANTONIO IGNACIO GOMEZ WALTEROS

Demandado: BANCO DE OCCIDENTE S.A.

ASUNTO SUSTENTACION RECURSO DE APELACION CONTRA LA SENTENCIA

No. 013 JUZGADO 50 CIVIL MUNICIPAL

**WILSON HENRY ABRIL NIÑO**, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad representante legal y abogado del **BANCO DE OCCIDENTE S.A.**, debidamente reconocido en el proceso, de conformidad con lo dispuesto en el auto del pasado 13 de julio, el cual dispuso dar aplicación a lo establecido en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, encontrándome dentro del término, procedo a sustentar el recurso de apelación en contra la sentencia escrita proferida el 10 de marzo de 2020 por el Juzgado 50 Civil Municipal de Bogotá en el proceso de la referencia, en los siguientes términos:

#### ANTECEDENTES PROCESALES

En el presente proceso se ha discutido la responsabilidad contractual del Banco de Occidente por el pago de 12 cheques pertenecientes a una cuenta corriente de la parte demandante, los cuales fueron presentados por sus beneficiarios en 10 oficinas diferentes del banco y pagados por 12 cajeros distintos, como se puede constatar al respaldo de cada uno de los cheques.

La controversia fue definida mediante sentencia proferida el 10 de marzo de 2020 por el Juzgado 50 Civil Municipal de Bogotá, declarando la responsabilidad contractual de mi

representado, condenándolo al pago del capital de los cheques más los intereses de mora correspondientes.

Antes de entrar a reiterar y desarrollar los reparos sobre los pilares en que la primera instancia edificó su fallo en contra de mi representado, los cuales señalamos en el recurso de apelación interpuesto ante el Juez 50 Civil Municipal de Bogotá, queremos dejar de presente que, dada la situación fáctica que da origen al presente proceso, esto es, la pérdida de los cheques en poder del cuentacorrentista, la norma llamada a dirimir el conflicto es el artículo 733 del código de comercio, por lo que la parte actora estaba llamada a probar si la falsedad alegada por ella en la firma estampada en el cheque era notoria o no, para así establecer la responsabilidad del banco, tal como lo ha señalado la jurisprudencia sobre este particular en la providencia 18614-2016, con ponencia del honorable Magistrado Ariel Salazar Ramirez, así:

*“En cambio, si el pago del título apócrifo fue precedido de su extravío por el cuentahabiente, a controversia es gobernada exclusivamente por la previsión contenida en el artículo 733 de la codificación comercial, el cual carga a este con las consecuencias de la falta de cuidado en la custodia de los formatos, de ahí que el hecho de su pérdida le es atribuible, y en esa medida le corresponde asumir los efectos del pago que haga el banco, sin importar cual haya sido su conducta en el cuidado del talonario, salvo que oportunamente le hubiere avisado a la entidad sobre tal circunstancia o que la falsedad o adulteración fuera evidente o notoria.*

*Luego, al cliente le incumbe demostrar la notoriedad de la falsificación o alteración, o que, en caso de que la falsedad no sea evidente, le aviso a la entidad tal hecho antes de que procediera al pago, en ejercicio de su facultad de objetarle conforme a lo estatuido por el artículo 724; por su parte, el banco no les exigible demostrar la culpa del titular de la cuenta en la pérdida.”*

Con la anterior precisión, queremos llamar la atención que el juez de primera instancia, en su sentencia abordó aspectos que desbordan la norma en la que se enmarca el presente proceso para declarar la responsabilidad del Banco, como pasará a verse.

315

### FUDAMENTOS DE LA SENTENCIA OBJETO DEL RECURSO Y REPAROS

La Juez de primera instancia edificó la sentencia proferida en contra del Banco de Occidente teniendo los siguientes fundamentos, sobre los cuales enseguida formulamos y desarrollamos nuestros reparos:

1. **Que el Banco de Occidente no realizó investigación alguna sobre el pago de los cheques** con ocasión de la reclamación que en su momento formuló la parte demandante a mi representado, sobre lo cual se expresó en los siguientes términos en la providencia atacada:

*“Que ante la primera reclamación hecho al Banco de Occidente por vía e-mail el pasado 26 e junio de 2012, situación que no fue desconocida por la parte demandada en su contestación de demanda, **no se realizó una investigación de lo sucedido**, aún cuando para la fecha, el demandante no sabía que había sido víctima de un hurto de su apartamento”. (Negrilla fuera de texto)*

Más adelante continua sobre este tema:

*“Ello es así, en primer lugar porque no se realizó una investigación de lo sucedido y a esa conclusión se llega, teniendo en cuenta el interrogatorio de parte que absolviera el representante legal de la parte demandada que manifestó que no sabía si había un registro fílmico, no se informó en qué oficina fueron cobrados los cheques y otras circunstancias que más adelante se detallarán.”*

Y además señala lo siguiente:

*“Que posteriormente se haya establecido que la chequera fue hurtada, caso en el cual, la responsabilidad del Banco se morigera al grado de que sólo responde si la*

*falsificación de la firma no fuere notoria, es otro asunto diferente, que no lo exculpa de no haber hecho una investigación de lo sucedido.”*

#### **1.1. Reparó**

Este es el primer argumento presentado por la Juez de instancia para estructurar la condena en contra del Banco de Occidente, sin que en el fallo se hiciera cita alguna contractual, legal o si quiera doctrinal que señale que una entidad financiera se encuentre obligada a realizar una investigación de las características exigidas en el fallo ante el cuestionamiento del pago de unos cheques, de la cual exigió registros fílmicos, el nombre de las oficinas en que fueron pagados, entre otros aspectos, como si estos tuviesen el alcance o la entidad para desvirtuar o confirmar la responsabilidad en el giro por parte del cuentacorrentista o en el pago de los cheques por el banco, cuando resulta claro en el asunto que nos ocupa que no hay discusión acerca del hecho que la pérdida de los cheques objeto del cobro se dio bajo la custodia de la demandante y que su extravío solo se vino a detectar con ocasión del cobro de los mismos, circunstancia que determina que la controversia deba ser definida a las luces del artículo 733 del Código de Comercio, como lo señalamos en el primer acápite de la presente sustentación.

La investigación que al parecer se echa de menos y se exige en el fallo es propia de un proceso penal, cuya dirección y desarrollo por supuesto que no le incumben a mi representado, en el que se busca determinar la comisión de un ilícito y sus autores, aspectos que no resultaban relevantes establecer en el presente debate procesal.

Si a la Señora Juez le interesaban las oficinas en que fueron pagadas los cheques y la filmación del pago, situaciones que no fueron cuestionadas por el demandante ni fueron objeto de prueba por parte de éste ni de mi

representado, pudo acudir a sus facultades oficiosas y decretar las pruebas conducentes y pertinentes con el fin de obtener la información sobre estos aspectos, pero mal puede hacer un reproche sobre mi representado por no aportar o dar cuenta de aquellos en el interrogatorio de parte del representante legal, quien en ese momento no negó o reconoció la existencia de los registros fílmicos los cuales señaló desconocer en ese momento, en los siguientes términos a folio 102: “ nose si aún se encuentre ese registro fílmico de las oficinas que realizaron el procedimiento, si el despacho así lo requiere lo puedo solicitar al departamento de seguridad para que se allegue al expediente”

Ahora bien, vale la pena señalar que para dar respuesta a la reclamación formulada por el demandante por el pago de los cheques, el banco, como era su deber, si adelantó una investigación o estudio sobre la verdadera materia del caso, que era analizar la integridad de los cheques y las firmas estampadas en cada uno de los títulos, concluyendo que los formularios de los cartulares habían sido entregados al demandante y que existía similitud entre las firmas que aparecían en estos con la registrada para el manejo de la cuenta corriente, condición que dio a que la reclamación fuera rechazada mediante comunicación dirigida al señor GOMEZ WALTEROS, quien, valga decir, nunca cuestionó en su demanda la ausencia de registros fílmicos sobre los pagos o pidió información relativa en qué oficinas se dieron, dato que debe señalarse aparece de forma clara al respaldo de cada uno de los cheques.

La Juez de instancia desconoce que en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal del Banco de Occidente este reconoce la investigación antes aludida y da cuenta de ella en los siguientes términos, cuando se le preguntó por el propio Despacho “si el banco realizó internamente una investigación relacionada con la supuesta defraudación que rodea el pago de los cheques en cuestión, en caso afirmativo explique en detalle y que resultados finares (sic) arrojó”: respondió: “si el departamento de seguridad del banco realizo (sic) una investigación, la que arrojó (sic)

*como conclusión que los cheque (sic) habían sido pagados de manera correcta puesto que la firma impuesta en los mismos y la registrada en la tarjeta de firmas que es contra la que verifica el cajero al momento del pago presenta grandes similitudes y que por ende el procede (sic) vización (sic) de cheques para su pago se realizo (sic) de manera correcta."*

En conclusión, se entiende que el Banco cumplió sus deberes al atender la reclamación del demandante de acuerdo con la naturaleza de aquella al determinar las circunstancias por las cuales debió pagar los cheques, que en este caso corresponden a que no había orden de no pago previa por parte del demandante y se cumplieron todas las condiciones de giro establecidas por éste, entre las que solo se encontraba una firma registrada, la cual, al compararla con las que aparece estampadas en los cheques cuestionados bajo el proceso el tiempo de visación que debe cumplir el cajero de un banco, guarda absoluta similitud pese al desacertado concepto del perito y de la Señora Juez, sobre lo cual habremos de referirnos más adelante.

Como se puede observar la exigencia de una investigación, como la que al parecer requirió la juez de instancia con alcances criminales, aparte de carecer de sustento legal, doctrinal o contractual, resulta desproporcionada por no tener ninguna relevancia para la decisión del problema jurídico del presente caso, aunado a que si existió una investigación interna del banco que si versó sobre la materia central de este debate procesal, sobre la cual dio cuenta el representante legal del banco en su interrogatorio de parte que la juez desconoció en el fallo y que tampoco decretó como prueba oficiosa.

2. **Que el Banco de Occidente no contaba con un perfil o habito transaccional del demandante**, al no haber establecido si la cuenta corriente tenía algún tope diario, los movimientos habituales de la cuenta, si se generaron alarmas **y por no haber**

7-16

**verificado el giro de los cheques con el titular de la cuenta corriente**, lo cual se infiere del siguiente texto de la sentencia:

*“En segundo lugar, el Banco de Occidente tampoco indicó si la cuenta corriente que pertenece a una persona natural, tenía topes diarios para hacer transacciones, tampoco nos suministró datos específicos del movimiento de la cuenta, es decir, si era normal o no que el titular de la cuenta realizara tales movimientos y advirtiendo que la mayoría de los cheques tal y como demostrado, fueron cobrados el mismo día, esto es, el 24 de junio de 2013, no se generaron alertas, ni hubo ninguna (sic) actuar del Banco para verificar con el cliente las transacciones realizadas que ascendieron a la suma de \$27.959.000 (los legibles), porque en el decir del representante legal del Banco de Occidente los cheques “no superaban los 5 millones” y tampoco se desvirtuó la negación indefinida del demandante quien manifestó que él no había autorizado un sobregiro por valor de \$900.000....”*

## **2.1. REPAROS**

### **2.1.1. Sobre la exigencia del perfil o habito transaccional del demandante**

Al parecer el A quo reclama que el banco no tuviese identificado un perfil o habito transaccional del demandante, teniendo en cuenta los montos y la habitualidad del giro de los cheques, de forma que echa de menos y exige que el banco, ante las afirmaciones del demandante de que no acostumbraba a girar cheques con esa frecuencia y valor, no generó alarmas o no consultó con el girador de la cuenta el pago de los mismos.

Sobre este particular, es menester señalar que legal ni contractualmente los bancos tienen la obligación de establecer un perfil o habito transaccional de un cuentacorrentista a efectos de tenerlo presente al momento de realizar el pago de un cheque y determinar que no es procedente hacerlo en atención a que el titulo no se encuadra dentro del habito transaccional del titular de la cuenta corriente, como lo sería que éste no acostumbra girar cheques por un monto determinado, o que no es frecuente el giro de un número de cheques en algún periodo, como que

giró 10 o 15 cheques en un solo día. Y ello es así por dos razones fundamentales que pasamos a explicar.

La primera de ellas porque las causales de devolución de los cheques son taxativas y se encuentran establecidas en el Código de Comercio y en los Acuerdos Interbancarios celebrados entre las entidades financieras y en ninguno de estos cuerpos normativos se encuentra establecido que un banco tenga la facultad de negarse a pagar un cheque porque las condiciones de éste se salen del perfil o hábito transaccional del titular de la cuenta corriente o por alguna de las razones que expuso el demandante, como que no era frecuente que girara tantos cheques en un solo día o que no acostumbraba a girar cheques por los montos reclamados, cuestionamientos que fueron acogidos en el fallo sin que se hiciera en este alusión a la ley, norma o cláusula contractual o disposición de la Superintendencia Financiera de Colombia que establezca como obligación del banco realizar un estudio o perfil transaccional del cuentacorrentista para poder pagar un cheque, por lo que no existe ningún fundamento que sustente algún incumplimiento de mi representado sobre esta materia.

La segunda razón tiene que ver con que el titular de la cuenta corriente goza de total libertad de disponer de los saldos de la misma, lo cual comprende girar los cheques por los valores, beneficiarios y la frecuencia que a bien tenga. Establecer condiciones o controles por el banco sobre estos tópicos sería establecer un límite a la libertad del cuentacorrentista en la disposición de sus recursos que no está permitida en la ley ni en el contrato de cuenta corriente, pues de suyo quien puede tener control sobre esto es el propio titular de la cuenta a través de la custodia y manejo de la chequera que la entidad financiera le ha entregado, lo cual, valga decir, el demandante falló al haberse facilitado la sustracción del talonario por terceros.

También cabe señalar que el demandante no probó que tuviese establecida alguna condición contractual relacionada con los montos de los cheques que el banco debía pagar que éste haya incumplido, pues solo se limitó a cuestionar que no acostumbraba a girar cheques con esa frecuencia y valores, aspectos que son irrelevantes como lo hemos explicado y que en ningún caso pueden ser tenidos en cuenta para determinar la responsabilidad de la entidad financiera.

#### **2.1.2. Sobre la ausencia de confirmación de los cheques con el girador**

También se reclama en el fallo y lo hizo el demandante, que el banco no hubiese confirmado los cheques antes de su pago en atención a que según su criterio particular y conveniente los valores y las fechas de giro de los cheques se salían de lo que el demandante acostumbraba a manejar, situaciones que como ya expusimos en el numeral anterior son irrelevantes además de no tener sustento legal ni contractual.

Pues bien, en cuanto a la confirmación de los cheques, cabe decir que no es una obligación legal ni contractual para el banco, toda vez que de no lograrse la entidad financiera no tiene como rehusarse al pago, como se señaló ampliamente por la Superintendencia Financiera de Colombia en el Concepto 2011036560-002 del 1 de junio de 2011, así:

*“Lo anterior, porque no existe precepto legal o reglamentario que establezca la obligación de confirmación telefónica. El debate probatorio de responsabilidad correspondiente debe ser adelantado ante la rama jurisdiccional de poder público, en el curso del cual se analizarán aspectos tales como el grado de notoriedad de la falsificación, la culpa que por parte del cuentacorrentista o del depositante haya dado lugar a la alteración del cheque y la posible falla en que pueda incurrir el banco al efectuar el pago de un cheque en condiciones y controles distintos a los establecidos en su reglamentación interna y en el contrato de cuenta corriente.*”

*Se apoya así mismo en el artículo 22 del Acuerdo Interbancario sobre Administración de contratos de cuenta corriente, cheques, títulos judiciales, depósitos de arrendamiento y procesos de canje, de diciembre de 2008<sup>1</sup>, donde están las únicas causales de devolución de cheques y entre ellas no está incluida la falta de confirmación telefónica”.*

Esto se debe a que la entidades financieras solo pueden negar al pago de los cheques o realizar su devolución por las causales que expresamente están previstas en la Ley, las cuales se encuentran recogidas dentro de los Acuerdo Interbancarios, y la no confirmación por parte del girador, se reitera, bien sea telefónicamente o por otro medio, NO se encuentra dentro del mencionado Acuerdo, como una causal valida de devolución.

Sobre los Acuerdos Interbancarios y las causales de devolución, la Superintendencia Financiera de Colombia en el concepto 2010-011689-001 de abril 5 de 2010, expresó lo siguiente:

*“Así mismo, existen otras causales de devolución de cheques consagradas en el capítulo VII de los acuerdos interbancarios... Dichos acuerdos son el resultado de los trabajos realizados por el comité Técnico de operación bancaria de la Asociación Bancaria en apoyo de los bancos. En ellos se determinan parámetros estándar para el manejo y administración de los contratos de cuenta corriente, cheques, canje, títulos judiciales y depósitos de arrendamiento, y se dictan recomendaciones que pueden adoptarse según el criterio de cada institución.”*

No sobra señalar que cualquier confirmación con el titular de la cuenta corriente no era posible en las fechas en que fueron pagados los cheques, pues como el mismo lo resaltó en la demanda y en el proceso, se encontraba fuera del país, condición que hacia inviable la confirmación que él reclama y que cuestiona la Señora Juez.

**2.1.3. Sobre que no existiera una solicitud de sobregiro por parte del demandante y se reproche la causación de este por \$900.000,** es menester señalar que no es

---

<sup>1</sup> <http://www.asobancaria.com/portal/pls/portal/docs/1/734052.PDF>

necesario que previamente y de manera formal se haya solicitado por el cuentacorrentista un cupo de esta naturaleza, pues el solo giro del cheque sin la provisión de fondos necesarios para su pago constituye la solicitud del pago en descubierto, como la doctrina y la Superintendencia Financiera lo han señalado.

3. **La supuesta negligencia del Banco, sobre la cual no refiere o precisa de dónde surge tal reproche, sino que menciona lo siguiente:**

*“Este despacho considera, que el Banco tuvo un actuar negligente, porque en principio, el riesgo lo asume el Banco por ser inherente a la actividad que realiza y a la circulación y uso de títulos bancarios de esta índole el peligro de falsificación y que el costo económico de tener pagarlos se compensa sin duda con el lucro que para los bancos reporta el cúmulo de operaciones que en este ámbito llevan a cabo , porque vuelve y se itera, la diligencia que se exige a las entidades financieras, no es solamente la que se espera de un buen padre de familia, puesto que la calidad de comerciante le da un status especial en cuanto a sus derechos y obligaciones.”*

### **3.1. Reparación**

Es clara la falta de fundamentación del A quo sobre la negligencia que le endilga al banco, pues no refiere en el fallo ninguna acción u omisión que revele ese hecho generador de la culpa y apenas se limita para hacer este señalamiento en citar los argumentos jurisprudenciales que sustentan la teoría de responsabilidad contractual de las entidades financieras, lo cual, claramente, no le permite per se establecer la inexistente negligencia del banco en el pago de los cheques, pues como se ha explicado y quedó demostrado en el plenario, mi representado pagó los cheques atendiendo las condiciones de giro establecidas por el demandante, esto es una única firma, cuyas características de dibujo y morfología fueron recogidas en las firmas que aparecen estampadas en los cheques que son cuestionados en el presente proceso, además de tener el cuidado propio en la operación del pago de los cheques, sin que en ningún caso, como ya se explicó, se le pueda reclamar el no

tener en cuenta el habito de giro de los cheques del demandante o que se debiera realizar su confirmación previa con el girador para poder realizar su pago.

4. **Que la falsedad de la firma estampada en los cheques era notoria**, atendiendo lo dispuesto en el artículo 733 del Código de Comercio, sobre lo cual señaló lo siguiente:

*“No obstante lo anterior, este despacho concuerda con el perito de que comparada la firma impuesta en los cheques y la registrada en la tarjeta que tiene el Banco, era notoriamente distinta:*

*Al observarse los cheques, a simple vista, parece que todos fueron diligenciados, con una misma letra y una firma similar todos ellos, que al comparar con la firma registrada en el Banco, difiere de la original, en la forma de los trazos, los inicios, los finales y continuidades. Nótese como la firma registrada del demandante se divide en tres segmentos y la firma impuesta en los cheques sólo tiene dos segmentos: el primer segmento de la firma registrada en el Banco, inicia con lo que parece ser una S, continua con un trazo más largo y termina como en una e o en un trazo curvo, continuidad que no tiene la firma impuesta en los cheques en ese primer segmento que es un trazo más lineal. El segundo segmento de la firma registrada en el Banco, tiene un poco más de trazo, no es una raya como figura en la firma impuesta en los cheques y termina como en una forma ovalada ligeramente inclinada y es mucho más grande a la impuesta en los cheques y termina allí, en la firma impuesta en los cheques, este segmento continua con el segmento final que tiene un signo final de firma completamente diferente al impuesto en los cheques.”* ( Subrayado fuera de texto).

#### **4.1. Reparos**

##### **4.1.1. Del Peritazgo**

La Juez de instancia señala que la falsedad de las firmas es notoria para lo cual acogió en su integridad el análisis y las conclusiones del perito Jose del Carmen Romero Tinjaca, sin reparar que el estudio en el que se recogen estas adolece de la seriedad y rigurosidad técnica requerida para ser tenido como prueba de

la supuesta notoriedad de la falsificación, carga probatoria que estaba a cargo del demandante, como pasará a verse.

4.1.1.1. El contenido del estudio del perito sobresale por no incluir aspectos que son relevantes e indispensables para un análisis técnico o profesional sobre esta materia, como es el establecer la clase o tipo de falsificación de que fue objeto la firma del demandante en los cheques, en ningún lado precisó si se trataba de una **falsificación servil**, en la que la persona reproduce la firma, teniendo a la vista la original, o bien, porque el falsificador la conoce o la recuerda, tratando de imitar en lo posible la grafía de la firma genuina, por lo que carecerá de la habilidad y espontaneidad de la original, o si fue una **falsificación por calco**, en la que se pretende reproducir la firma a partir de un modelo original, lo que se puede realizar a contraluz utilizando el método de trasparencia que nos brinda el brillo de la luz y simplemente copiar la firma a imitar, utilizando un papel pasante o carbón y/o el método de punta, el cual consiste en colocar la firma indubitada encima de un soporte para después repasar toda la escritura para dejar plasmada en el soporte los surcos que se deberán dibujar posteriormente, o si fue una **falsificación libre**, en la que el falsificador se preocupa más por lograr una rapidez similar a la grafía auténtica, en la que se sacrifica el cuidado de la semejanza de los trazos de la grafía auténtica por lograr parecido con la velocidad y destreza de dicha grafía, por apenas citar tres clases de falsificación.

**Los anteriores aspectos son relevantes, pues dependiendo del tipo de falsificación empleada, aspecto y fundamento que es eminentemente técnico del que se requería una opinión del perito, se puede soportar si en realidad la falsificación de la firma era**

notoria o no, debiendo resaltar para ello obligatoriamente la calidad de la misma, aspectos técnicos que sobresalen por su ausencia en el informe rendido por el señor Romero Tinjaca, lo cual claramente deja el estudio y la opinión del perito sin la fuerza, seriedad y credibilidad requerida. Es a partir de la calidad de la falsificación que se puede examinar la responsabilidad del banco en el visado de las firma de los cheques, pues no puede perderse de vista que, según el criterio de la Superintendencia Financiera de Colombia, máximo órgano de vigilancia de las entidades bancarias, el examen que realizan los cajeros en el proceso de visación de los cheques sobre la firma no es un estudio de experto grafólogo, sino que está apuntado a determinar la coincidencia entre la firma que examina con la que aparece registrada en el banco previamente.

Para efectos de tener claridad qué se entiende por el proceso de visado que debe cumplir un banco para el pago de un cheque, se trae a colación el concepto 2011036560-002 del 1 de junio de 2011 que se sobre el particular rindió la Superintendencia Financiera de Colombia:

*“1. Todos los aspectos a que se refiere su consulta, se relacionan con lo que doctrinariamente se ha entendido como “visación”, es decir, aquellos procedimientos o controles que debe establecer todo banco para el pago de cheques. Tales estándares deben adoptarse por dichas entidades en consideración a las características propias de la operación, a la situación en que la institución actúe (banco consignatario o como banco librado) y en general a previsiones que ella adopte en su carácter de profesional con miras a precaver una futura responsabilidad derivada por un mal pago de esta clase de instrumento, ya sea en los reglamentos internos y/o en el respectivo contrato de cuenta corriente bancaria<sup>2</sup>.*

---

<sup>2</sup> Concepto 2008013646-001 del 27 de marzo de 2008.

220

“4. Sobre el alcance del proceso de visación, procede retomar lo expuesto por la entonces Superintendencia Bancaria en Oficio DB-4456 de noviembre 29 de 1977, en el cual se indicó:

“1. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 720 del Código de Comercio, el banco librado está obligado en sus relaciones con el librador a cubrir el cheque hasta el importe del saldo disponible, salvo disposición legal que lo libere de tal obligación. La misma norma establece que ‘Si los fondos disponibles no fueren suficientes para cubrir el importe del cheque, el librador debe ofrecer el pago parcial, hasta el saldo disponible’.

“2. La obligación anterior supone para el banco librado cumplir previamente entre otras, con las siguientes obligaciones: a) Comprobar que la firma de/librador coincide 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.

“La obligación de comprobar la firma del librador deriva su importancia de que la firma es la base de la existencia del cheque y de la exigibilidad del pago que contiene. Tiene el banco que cotejar entonces la firma que aparece en el cheque, como firma del librador, y la firma original que conserva en sus archivos y que obtuvo al momento de la celebración del contrato de cuenta bancaria. (El banco no podría entonces relevarse del cumplimiento de esta obligación con la simple afirmación de que la ley presume auténtica la firma). La obligación de comprobar la coincidencia de la firma del librador es precisamente el fundamento de los preceptos contenidos en los artículos 732 y 1391 del Código de Comercio que consagran la responsabilidad del banco por el pago de cheques falsificados o adulterados.

*“La obligación de verificar que el documento esté bien expedido es complemento de la anterior. En desarrollo de la misma, el banco debe asegurarse que el cheque esté expedido en los formularios suministrados o autorizados al efecto; que la cantidad esté claramente determinada, tanto en letras como en números, que aparezcan los sellos o protectores previamente convenidos, etc.*

*“La obligación de comprobar si la persona que lo presenta al cobro esté legitimada para obtener el pago comprende la de identificar el último tenedor y la de verificar si es tenedor legítimo del título según la ley de circulación.*

*“En cuanto al primer aspecto de la obligación, esto es, identificar al último tenedor, el banco librado la puede cumplir directamente si el cheque se presenta para el cobro por ventanilla. Pero si el cheque se presenta por conducto de otro banco el banco está en la imposibilidad de hacerlo. Interviene entonces el banco depositario el cual identifica el último tenedor y si es su cliente, según los acuerdos interbancarios garantiza la autenticidad de su firma, lo cual le da certeza al banco librado sobre la persona que presenta el título para su cobro.*

*“En relación con el segundo aspecto de la obligación en estudio, es decir, comprobar si quien pretende hacer efectivo el cobro es tenedor legítimo del título según su ley de circulación, hay necesidad de distinguir si el cheque es al portador o a la orden.*

*“Si el cheque es al portador, la simple exhibición del título legitima al tenedor para cobrarlo. Si es a la orden, para que el tenedor pueda legitimarse la cadena de endosos debe ser ininterrumpida; el banco no podrá exigir que se le compruebe la autenticidad de los endosos, pero debe verificar la*

continuidad de los mismos (art. 662 *ibidem*). Es esta la obligación que asume el banco librado, y a la cual es ajeno el banco depositario (...).

*“Así las cosas, cualquier requisito que exceda los anteriormente mencionados para el pago de cheques presentados a la vista o por ventanilla, como la toma de fotografía, huella, confirmación telefónica etc., deber reposar en los manuales de cada entidad bancaria, sin perjuicio de entender, que **si por ejemplo el banco no logra confirmar el cheque, personal o telefónicamente, y éste presenta los requisitos de validez y autenticidad citados, estará en la obligación de pagarlo (...)**, entre otras cosas porque no es posible pactar entre las partes, esto es, titular de la cuenta corriente y banco, dejar de pagar un cheque por esta última razón, en virtud de lo establecido en el artículo 717 de estatuto mercantil ya citado”.* (Negrilla resaltada fuera del texto)

- 4.1.1.2. Por otra parte, el perito ni si quiera señaló las fuentes de la doctrina en las que apoyó su opinión y los criterios técnicos en las que se basó la misma , como por ejemplo, no señaló en qué se soportó para señalar cuál es el procedimiento de visado que debe cumplir el cajero de un banco y los aspectos que comprende, **solo se limitó a señalar sin soporte técnico que en el proceso de visado se deben buscar es las diferencias y no las semejanzas entre la firma que aparece en el cheque y la registrada en el banco, cuando es una realidad innegable que las personas no firman igual en todas las oportunidades y que por el tiempo se pueden producir algunas diferencias, a la par, como ya se dijo, los cajeros de los bancos no son peritos grafólogos y su labor se encuentra enmarcada en encontrar la similitud de la firma que aparece en el cheque que se le presenta para pago con la rúbrica que aparece registrada por el cliente en el banco.**

4.1.1.3. Es evidente la falta de sustentación del estudio del señor ROMERO TINJACA, que ni si quiera se tomó la molestia de describir con el debido detalle y precisión cuáles eran las características de la estructura de la morfología externa de la firma autentica del demandante para contrastarla con las que aparecían en los cheques dubitados, características que si son las llamadas a detectar o identificar el cajero de un banco en el proceso de visación, limitándose a señalar unas pocas diferencias que no se sabe si corresponden a dichas características o a la morfología interna de la firma que solo es posible descubrir por un perito experto y no por el cajero de un banco.

4.1.1.4. El perito en el estudio en el que refiere se hizo con elementos técnicos, ni si quiera se tomó la molestia de señalar o relacionar los equipos que empleó para examinar la firma de los cheques, sino que se limitó a realizar una reproducción casi idéntica del supuesto estudio que practicó sin los equipos técnicos.

4.1.1.5. Lo que se concluye del precario estudio rendido por el señor ROMERO TINJACA, es su opinión particular y prejuiciosa de grafólogo de lo que él considera debía ser un procedimiento de visación atribuyéndose la función de juez al señalar sin sustento técnico o doctrinal, cuáles son las calidades profesionales que debe tener un cajero de banco, cuando lo requerido para los efectos de la responsabilidad examinada en este proceso era su opinión desprovista de cualquier prejuicio que señalara sin ambages si la falsedad era notoria, lo cual claramente no se observa en su opinión,

pues se limitó a realizar señalamientos, repetimos, sin sustento, de lo que él consideraba era un proceso de visación.

Si el señor ROMERO TINJACA hubiese comprendido cuál era el objeto de la prueba y su estudio fuera serio y ponderado, hubiese bastado a lo sumo cinco páginas y no dos documentos repetitivos de más de 30 folios con conclusiones vagas y generales que debieron ser objeto de solicitudes de aclaración y complementación por esta parte.

#### 4.1.2 De la ausencia de análisis crítico del peritazgo por la juez de instancia

Es claro que la Juez de instancia pasó por alto todas las irregularidades del peritazgo antes anotadas, pues de otra forma hubiese arribado a otra conclusión distinta a que la falsedad era notoria, es decir, a que la parte demandante no probó que la falsedad de las firmas estampadas en los cheques era notorio, carga que le incumbía a él en virtud de lo establecido en el artículo 733 del Código de Comercio, además que la firma impuesta en los cheques guardaba similitud con la registrada por el demandante en el banco, como pasará a verse.

4.1.2.1. La juez reprocha que no se hubiese objetado el experticio técnico, por lo cual desconoció las razones expuestas por esta parte en los alegatos de conclusión para que el peritazgo no fuera tenido en cuenta como prueba de la supuesta falsedad notoria, **pero no se puede perder de vista, que la labor del juez frente a la valoración del peritazgo no está limitado o supeditado a lo que las partes expresen en relación con la misma a través de la solicitud de la aclaración, la complementación o la formulación de la objeción por error grave, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional** (expediente D-8217):

*"Existe, en este orden de ideas, un deber judicial de valoración autónoma del dictamen pericial, el cual no se agota con su evaluación a través de los mecanismos de aclaración,*

adición y objeción antes descritos. Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema ha señalado que "... la peritación únicamente "es procedente para verificar hechos que interesan al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos", no para que suplan al Juez en la tarea de ponderar las pruebas, siendo claro, en adición, que "el sentenciador de instancia goza de autonomía para calificar y apreciar la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos del dictamen pericial, (...) mientras que la conclusión que él saque no sea contraevidente, sus juicios al respecto son inmodificables.

Antes bien, el mismo alto tribunal ha concluido que la ausencia de valoración del dictamen pericial por parte del juez, constituye error de hecho en la sentencia. Así, considera la Corte Suprema que "... [t]iene precisado la jurisprudencia de la Corte, que en la actividad desplegada por el fallador en la apreciación de un dictamen pericial, se puede incurrir tanto en error de derecho como de hecho. También ha dicho la misma fuente, que se incurre en la primera clase de error cuando se aprecia una experticia que fue allegada al proceso con pretermisión de las formalidades legales, o cuando se desecha por considerarse, de manera equivocada, que la misma no fue incorporada al expediente en legal forma, y por supuesto cuando con ocasión de su evaluación se atenta contra el régimen jurídico que gobierna el mencionado medio. Se cae en la segunda clase de error, cuando se pretermite el estudio del legalmente aducido, o se supone el que no existe, o se reduce o adiciona el contenido objetivo de la experticia, o se desacierta al calificar la precisión, fundamentación o concordancia de dicho medio probatorio, pues pese a ser una norma de derecho probatorio la que fija las pautas para que el fallador cumpla esta última labor (artículo 241 del C.P.C.), lo que finalmente se estaría alterando con tal equivocación sería el contenido objetivo de la prueba." (Negrillas y subrayado es nuestro).

Y más adelante concluye:

"En suma, la Sala concluye que existen diversos escenarios de control y contradicción del dictamen pericial. Los dos primeros analizados, esto es, la adición, aclaración y objeción, buscan contar con nuevos elementos de prueba dentro del mismo proceso, que resuelvan los yerros o dificultades que presente el dictamen, identificados por las partes interesadas. El tercero, relativo a la competencia judicial de valoración de la prueba, apunta a

223

determinar (i) el cumplimiento de las pautas legales para la recolección y práctica de la prueba; y (ii) el poder de comprobación del dictamen frente a los hechos materia de litigio.”

Es claro que el juez debe asumir una labor acuciosa para determinar su acierto frente al resultado que le ofrece el peritaje como lo señala la jurisprudencia:

*“El Juez, al observar las conclusiones del dictamen, deberá comprender el tema probatorio, primero, desde el perfil científico que lo identifica y distingue y luego interiorizarlo, arropándolo con el manto jurídico y las consecuentes derivaciones, que provocará la sentencia, sin olvidar y sobre ello se reitera, que la potencial relevancia de la prueba científica para esclarecer el hecho o para establecer la convicción sobre la verdad del hecho, no es desde luego absoluta.*

No se le puede pedir al Juez que posea una sapiencia igual o superior a la del perito, por lo que el control de la prueba, como ya se esbozó en anotación anterior, se realizará mediante el análisis del grado de aceptabilidad de los conocimientos entregados o por la racionalidad del procedimiento y conclusiones, ponderando con cautela y guiándose por el esquema racional que le permitirá, a través de las reglas de la sana crítica, calibrar y establecer el mérito del medio persuasivo”. SC7817-2016 (Subrayado por fuera de texto)

Resulta claro que la Juez de instancia pasó por alto la falta de seriedad y precisión técnica del peritaje que se anotó en los alegatos de conclusión de esta parte y que deben ser retomadas en la sustentación del presente recurso de apelación y dichas circunstancias no podían ser relevadas de su estudio arguyendo que no se objetó el dictamen pericial, pues le corresponde al juez de instancia hacer la valoración técnica del peritaje independientemente de cualquier posición de las partes frente al peritaje como se anota de forma clara en la jurisprudencia citada en precedencia.

4.1.3. Ahora bien, independiente de la labor precaria y nada técnica realizada por el señor ROMERO TINJACA en su supuesto estudio, es menester tener en cuenta que la Señora Juez desconoció en el fallo lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la notoriedad de la falsificación de las firmas de los cheques, la cual señaló con ponencia del Magistrado **CESAR JULIO VALENCIA COPETE**, el ocho (8) de septiembre de dos mil tres (2003), Ref: Expediente No. 6909, lo siguiente:

*“Es notorio lo manifiesto, palmario, patente o, como lo ha dicho la Corte, “ la evidencia clara de una cosa”, es decir, cuando “ ... ella supone un resalto a la simple vista de lo que se considera notorio, **sin que para detectarlo se requiera de un análisis minucioso, una comparación de detalles minúsculos que sólo logran advertirse con ayudas técnicas o conocimientos.** De allí que cuando lo que ha de calificarse como notorio, requiere para establecerlo de tales procedimientos, deja de serlo.” (sentencia de 31 de julio de 2001, exp. 5831, no publicada oficialmente). De suyo, entonces, para que la falsedad plasmada en el cheque previamente sustraído al cuentahabiente pueda catalogarse como notoria, requiere que aparezca de bulto a quien la aprecia, o que del examen normal del instrumento pueda colegirse su ocurrencia, **sin tornarse necesario para establecerla observaciones detalladas o técnicas.** Ante la presencia de adulteración semejante el banco responderá por el pago que haya hecho del título valor, independientemente de cualquier otra consideración, en especial, de si su cliente le dio o no aviso oportuno del extravío del formulario respectivo.”*

La Señora Juez al reconocer las conclusiones del peritazgo y analizar las firmas impuestas en los cheques y cotejarlas contra la firma registrada en el banco por el demandante para el pago de sus títulos en la forma en que lo hizo y poder arribar a que, según su criterio, la falsedad es notoria, debió abordar un sin número de detalles minuciosos para establecer las diferencias entre una y otras firmas, en clara contradicción de lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia se debe entender por notorio. Recordemos lo que expresó la Señora Juez en el fallo:

321

*Al observarse los cheques, a simple vista, parece que todos fueron diligenciados, con una misma letra y una firma similar todos ellos, que al comparar con la firma registrada en el Banco, difiere de la original, en la forma de los trazos, los inicios, los finales y continuidades. Nótese como la firma registrada del demandante se divide en tres segmentos y la firma impuesta en los cheques sólo tiene dos segmentos: el primer segmento de la firma registrada en el Banco, inicia con lo que parece ser una S, continua con un trazo más largo y termino como en una e o en un trazo curvo, continuidad que no tiene la firma impuesta en los cheques en ese primer segmento que es un trazo más lineal. El segundo segmento de la firma registrada en el Banco, tiene un poco más de trazo, no es una raya como figura en la firma impuesta en los cheques y termina como en una forma ovalada ligeramente inclinada y es mucho más grande a la impuesta en los cheques y termina allí, en la firma impuesta en los cheques, este segmento continua con el segmento final que tiene un signo final de firma completamente diferente al impuesto en los cheques." ( Subrayado fuera de texto).*

Ese análisis detallado que hace la Señora Juez que se resalta del texto del fallo en el que se relacionan los hallazgos de las diferencias que existen entre una y otras firmas, se realizó con el detenimiento y el tiempo propio que tenía para hacerse su juicio que en ningún caso o situación corresponde al análisis que exige la ley o la doctrina debe hacer el cajero de un banco en el proceso de visación de un cheque, en otras palabras, las diferencias que anota la Señora juez encontró en las firmas son de tal precisión que el cajero de un banco no está obligado a identificarlas con la exactitud que refiere la falladora. Y es que basta cotejar las firmas impuestas en los cheques con la que aparece en los registros del banco para observar que coinciden en sus características físicas, dibujo y estructura, así como la particularidad en la forma en que le demandante estampaba su firma de forma perpendicular y no horizontal, como es lo ordinario.

Y es que el juicio del perito así como el de la Señora Juez resulta contraevidente con el criterio de 12 cajeros distintos quienes fueron los que pagaron los 12 cheques en en diez oficinas diferentes del banco, todos los cuales consideraron al realizar el proceso de visación que no existía ninguna diferencia material entre la firma que

aparecía en cada uno de los títulos con la que aparecía registrada en el sistema del banco, condición que claramente no puede ser desconocida y pasarse por alto, pues doce cajeros diferentes con la debida formación y preparación para realizar esta función llegaron a la conclusión que las firmas eran similares a la del demandante por lo que autorizaron su pago. La Señora Juez desconoce este argumento de peso en la sentencia, señalando de que nunca fue alegado por el banco, cuando lo relevante es que la prueba del número de los cajeros que pagaron los cheques y el número de oficinas existe en el expediente y aparece en el respaldo de cada uno de los títulos, información que no puede desconocer o pasar por alto el juez de instancia como lo hizo, pues su obligación era examinar todos los elementos de prueba. El que se hubiese alegado esta condición por esta parte solo en la audiencia de juzgamiento corresponde a la estrategia de defensa jurídica propia del litigio y no merece ningún reproche y menos ser desconocida por la Juez o la contraparte, pues se repite, dicho argumento tiene sustento en una prueba documental (los cheques) que hace parte del expediente, el cual está al alcance y examen de la Señora Juez y de la parte demandante.

Y es que el contraste de la firma de los cheques con la que aparece en la tarjeta de firmas permite concluir sin esfuerzo que guardan identidad en tamaño, dibujos y trazos y que las diferencias entre unas y otras solo pueden ser perceptibles o identificadas a ojo de experto grafólogo en un proceso distinto al de la visación que debe cumplir un cajero o de un Juez que tiene el conocimiento y el tiempo necesario que se requiere para hacer un examen de esta naturaleza en un proceso, que en ningún caso es del cajero de un banco.

##### **5. La Imprudencia de reconocer intereses de mora**

En el fallo no se podían reconocer intereses de mora sobre el capital de los cheques, pues tal reconocimiento no es procedente en un proceso declarativo como es el que

nos ocupa, pues estaba en debate la existencia de la obligación y su cumplimiento, no nos encontrábamos ante una obligación cierta, clara y exigible de cuyo incumplimiento si se puede predicar la aplicación de intereses de mora desde la fecha en que se dio el retardo en la ejecución de la prestación.

De otro lado no debe perderse de vista que el Banco se opuso a las pretensiones de la demanda de forma legítima haciendo uso del derecho de la defensa que le asiste y actuando bajo el principio de la lealtad procesal, por lo que la imposición de los intereses de mora resultan desproporcionados e improcedentes como ya se dijo y mucho menos desde la ocurrencia de los hechos.

#### **6. Sobre la culpa del demandante**

La Juez de instancia no tuvo en cuenta en el fallo lo relativo al cuidado de los cheques por parte del demandante y la forma en que los giraba, aspecto que también debió ser objeto de estudio.

Sobre el hurto de los cheques en poder de la parte actora, es importante resaltar que, según lo expresado por él en su interrogatorio, el talonario o la chequera reposaba en una caja fuerte con clave dentro de su apartamento, el cual, según su decir, contaba con las máximas seguridades, como puerta blindada y cámaras de seguridad, entre otras, circunstancias particulares que nos llaman la atención, pues nunca expresó ni acreditó en el presente proceso cómo fue el actuar de los delincuentes para vulnerar tales barreras de seguridad, ni tampoco precisó como fueron violentados tales mecanismos, como las cerraduras de seguridad y la caja de seguridad de clave para poder acceder a la chequera, por lo que resulta lógico concluir que los delincuentes contaban con los dispositivos de acceso no solo del apartamento si no de la caja fuerte en la que reposaba la chequera del banco y por ahí también al modelo de la firma que empleaba y la forma particular que la estampaba (perpendicular) para el giro de los cheques, situación que fue

corroborada por el demandante al confirmarle al Despacho, cuando este le preguntó si la firma que registró para el pago de los cheque de su cuenta corriente número 21505985-8 era única para los efectos de su vida comercial, a lo que respondió: "si es única" (folio 102 de la audiencia del 101).

### PETICION

Teniendo que resulta claro que el juez de primera instancia adoptó una decisión basada en argumentos diferentes a los contemplados en el artículo 733 del Código de Comercio y en un experticio prejuicioso, carente de todo juicio y precisión, contradictorio e incompleto, por lo que la notoriedad que exige la norma para poder declarar la responsabilidad del banco por el pago de los cheques no fue probada, aunado a que la conducta culposa de la sociedad demandante fue la que determinó el pago de los títulos en las condiciones que reclama, solicito respetuosamente revocar en su integridad la sentencia y exonerar de toda responsabilidad del banco.

Del Señor Juez



WILSON HENRY ABRIL NIÑO  
C.C. 9.396.963 de Sogamoso  
T.P. 85714  
BANCO DE OCCIDENTE