

**PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE LAS ACCIONES
DERIVADAS DEL CHEQUE**

**Texto de la conferencia dictada en el Curso sobre Títulos Valores, organizado por
"CONALBOS", Quirama, 27 de febrero de 1982.**

Dr. Luis Javier Lopera Salazar
Abogado Titulado U.P.B.
Profesor de la Cátedra de Títulos y Valores
en la Facultad de Derecho de la U.P.B.

Fundándose la ley en argumentos de interés social tales como el de que éste reclama que las situaciones jurídicas no permanezcan indefinidamente inciertas y el de que la prolongada falta de ejercicio de un derecho hace presumir en el titular su intención de abandonarlo o demuestra negligente gestión de sus intereses, que debe ser sancionada, ha creado la prescripción como fenómeno jurídico, una de cuyas modalidades es la prescripción liberatoria. Esta trae, como consecuencia, la de que el acreedor carezca de los medios de compeler al deudor para el cumplimiento de la obligación prometida. La prescripción extintiva se ha definido como "un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos por no haberse ejercido dichas acciones o derechos durante cierto lapso de tiempo y, concurriendo los demás requisitos legales".

Si el acreedor demanda el cumplimiento de su derecho, puede el obligado repeler esta tardía pretensión invocando como defensa la excepción de prescripción. Esta debe ser alegada expresamente y no puede ser declarada de oficio por el Juez ya que al deudor, que sabe la existencia de la obligación, le puede repugnar apoyarse en el lapso del tiempo para rechazar su pago.

El artículo 730 del Código de Comercio dice: "Las acciones cambiarias derivadas del cheque prescriben: las del último tenedor, en seis meses, contados desde la presentación; las de los endosantes y avalistas, en el mismo término, contado desde el día siguiente a aquel en que paguen el cheque".

El cheque no es instrumento de crédito, sino un documento de pronto pago, y por eso su vida de circulación es efímera y debe ser presentado al Banco girado en breve término.

El artículo 718 del Código de Comercio señala 15 días, 30 días, 3 y 4 meses, según fuere el caso. El artículo ha sido censurado porque los dos últimos plazos nada tienen que ver con una ley nacional. Copiaron una legislación uniforme ya que no tiene sentido considerar el plazo de presentación para un cheque girado en un país latinoamericano y pagadero en otro país de América Latina, ni para el girado en algún país latinoamericano para ser pagado fuera de América Latina. Los numerales tercero y cuarto son exóticos. Es asunto concerniente con el derecho internacional privado.

La presentación de un cheque al Banco girado debe ocurrir en los términos fijados por el artículo 718 del Código siendo de interés saber que los girados en Colombia para ser pagados en la plaza de su expedición tienen quince días de término desde su fecha y los que deben ser cubiertos en diferente lugar deben ser presentados dentro de un mes, a partir de su fecha.

No obstante haber transcurrido dichos plazos de presentación, el Banco librado deberá pagar el cheque presentado por fuera del tiempo si tiene fondos suficientes del librador, o hacer la oferta de pago parcial, siempre que se presente dentro de los seis meses que sigan a su fecha.

Esto lo dispone el artículo 721 del estatuto mercantil. El artículo 829 del Código establece las reglas de cómputo de los plazos.

¿ QUE PROBLEMAS OCASIONA LA OMISION DE ESOS PLAZOS ?

En principio, la falta oportuna de presentación, entendiéndose por tal la señalada por el artículo 718, ocasiona para el tenedor del cheque las siguientes consecuencias: Por simple falta de presentación oportuna, caduca la obligación cambiaria de los suscriptores distintos del librador, en segundo lugar, por no presentarse el instrumento dentro de esos términos, no puede el tomador cobrar la sanción del 20% porque ella está supeditada a que el cheque sea presentado oportunamente.

INTERPELACION :

El girador en el cheque es un obligado directo. ¿Podría operar la caducidad de esa acción cambiaria frente al librador por la no oportuna presentación del cheque?

POSICION JURIDICA DEL LIBRADOR DEL CHEQUE

Es el creador del título. Se discute su condición de obligado principal o subsidiario y la característica de acción cambiaria directa o de regreso que pueda ejercerse en su contra.

Para algunos doctrinantes se trata de un obligado principal frente al cual cabe el ejercicio de la acción cambiaria directa. (La legislación mejicana acoge este criterio).

Fundan sus argumentos en el hecho de no darse el fenómeno de aceptación en el cheque y en la circunstancia de que el Banco es simple mandatario que cumple la promesa de pago del librador, no la de un hecho propio. Señalan otros que el girador es obligado subsidiario y como consecuencia la acción que le cabe es la de regreso. Nos parece que asiste la razón a quienes, como Bonfanti y Garrone, sostienen esta tesis intermedia: "La obligación cartular del librador no tiene naturaleza accesoria o subsidiaria (tanto que esa es la obligación que extingue el Banco al pagar). En otras palabras, que contra el librador del cheque, la acción cambiaria del tenedor es de regreso, pero principal (no subsidiaria o de garantía como frente a los endosantes)".(1) En efecto, la vinculación del girador del cheque es prevalente siendo el ejercicio de la acción de regreso simple consecuencia de la naturaleza jurídica del documento, que, en su desarrollo, exige la presentación al Banco librado como condición de cualquiera otra de cobro.

La intensidad de su vinculación cambiaria se concluye fácilmente de los perfiles que presenta la caducidad de la acción frente al librador y respecto de los demás signatarios.

1) BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto, *De los Títulos de Crédito*, Tomo III, pág. 241. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 1970

Frente a los endosantes y sus avalistas ocurre por simple falta de presentación o de protesto oportunos, según el inciso final del artículo 729 del Código de Comercio. De manera que si el tenedor del cheque deja transcurrir los plazos de presentación señalados por el artículo 718 del mismo estatuto, o si cumplida dicha exigencia y negado el pago no se deja constancia oportuna de este resultado mediante el debido protesto, dicho tenedor pierde efectivamente las firmas cambiarias de estos suscriptores por caducidad de cualquier acción en su contra.

No ocurre otro tanto con el girador. La acción cambiaria contra él sólo decae en el supuesto improbable de que la provisión desaparezca por causa que le sea inimputable, como sería la quiebra del Banco.

Se trata en tal ocurrencia, de hacer gravitar el riesgo sobre el tenedor por la negligente gestión que ha hecho del cheque como instrumento de pronto pago.

Pero ordinariamente, aun en el caso de una presentación tardía o de presentación oportuna, pero adversa y de cuyo resultado negativo no haya quedado constancia formalizada en el debido protesto, puede el tenedor promover el ejercicio de la acción cambiaria contra el librador con base en el primer inciso del artículo 729: "La acción cambiaria contra el librador y sus avalistas caduca por no haber sido presentado y protestado el cheque en tiempo, si durante todo el plazo de presentación el librador tuvo fondos suficientes en poder del librado y, por causa no imputable al librador, el cheque dejó de pagarse".

Se concluye pues, que el girador tiene en el cheque una vinculación más intensa, prioritaria, frente a las firmas de los endosantes y avalistas. ¿Por qué llamamos acción de regreso la que se ejerce contra el? Porque el cheque tiene un mecanismo de derecho interno, en la práctica es un mandato que un librador dirige a un banquero. Entonces, no se puede desandar el camino hacia el librador en ejercicio de una acción cambiaria, sin antes de haber cumplido el requerimiento de pago, al banquero. En ese solo sentido, no muy técnico, se llama acción de regreso la que se ejerce en su contra, pero es obligado principal. Por eso, la simple falta de presentación oportuna no hace caducar la acción cambiaria contra el librador, como tampoco la produce el no protestar debidamente el cheque.

¿ COMO SE CUENTA LA PRESCRIPCION ?

Una vez presentado el cheque y negado su pago por el Banco, principia, a partir de la fecha de presentación, a contarse seis meses. Concluido tal período sin cobro judicial del cheque, en forma que la demanda interrumpa la prescripción, se habrá esta consolidado como fenómeno jurídico que impide la eficacia de cualquier cobro posterior. Seis meses de inactividad son suficiente período para que la ley sancione al último tenedor del cheque. Igual plazo tiene el demandado como endosante o avalista del cheque que, en razón de su firma, fue obligado al pago como vinculado de garantía. Debe ejercitar el reembolso en seis meses que se cuentan desde el día siguiente a aquel en que pague el cheque. De no hacerlo, prescribe su derecho y acción.

Dada la circunstancia de que el cheque no sea presentado dentro de la oportunidad señalada por el artículo 718 del Código de Comercio, la prescripción ha de iniciarse en su cuenta a partir del día siguiente a aquél en que concluyan los términos indicados por la norma mencionada, según fuere el caso. Señalar el inicio del lapso de prescripción con base en la presentación oportuna, entendiéndose por tal la indicada, parece más de acuerdo con la función del cheque como instrumento de pago. Es la tesis generalizada y más defendible. Sin embargo, puesto que la legislación colombiana sobre prescripción señala simplemente que se configura después de los seis meses desde la presentación y esta puede hacerse por fuera de los plazos del artículo 718, según lo advierte el 721 del Código de Comercio, es decir, dentro de los seis meses que sigan a la fecha del cheque, no parece absurdo sostener la tesis de que la posible presentación al banco dentro de este último lapso, podría marcar el día inicial de cuenta del término de seis meses, de necesario transcurso para la ocurrencia del fenómeno de prescripción extintiva. Sostener dicha opinión vendría a corroborar la verdad de la obligación principal que en un cheque tiene el librador, ya que los suscriptores restantes se liberan, por caducidad, ante el hecho de una presentación extemporánea, o sea, por fuera de la oportunidad indicada por fuera de la oportunidad indicada por el artículo 718. Se dice, al contrario, que con respecto al librador hay presentación viable y, frente a él, oportuna, si el cheque se presenta al banco dentro de los seis meses que sigan a su fecha. Tal tesis fue sostenida, entre otros, por el Tribunal de Bogotá, en fallo de 22 de febrero de 1974.

CADUCIDAD DE LAS ACCIONES CAMBIARIAS DERIVADAS DEL CHEQUE

Frente a los endosantes y avalistas del cheque: El tenedor de un cheque no puede permanecer inactivo sin gestionar el pronto cobro del título. Este ha de requerirse al banco en los plazos del artículo 718 del Código de Comercio, que fija la presentación dentro de los quince días hábiles y de un mes que se cuentan desde la fecha del cheque, según sea pagadero en el mismo lugar de su expedición o en diferente lugar, dentro del mismo país. Si se omitiere esta presentación oportuna se sigue como consecuencia la imposibilidad de poder demandar para el pago del cheque a los endosantes y sus avalistas. Se pierden sus firmas y sólo subsiste la del librador y la de su avalista, si la hubiere. Se trata de sancionar la negligente actuación del tenedor del cheque con el fenómeno cambiario de caducidad.

El tenedor del cheque ha omitido un requisito necesario para poder cobrar el cheque de aquellos firmantes que sólo han prometido una actuación de pago en subsidio para el evento de que no lo haga el principal obligado. Son los vinculados de segunda fila. Entre ellos se encuentran los endosantes.

El mismo fenómeno de caducidad acontece si habiendo el tenedor presentado el cheque al banco oportunamente y negado éste su pago, no se deja la constancia de tal situación mediante el debido protesto. Este acto es la anotación que el banco girado o la cámara de compensación coloca en el cheque de haber sido presentado en tiempo y de no haber sido pagado total o parcialmente. Creemos que el oportuno protesto es el que se realiza dentro de los quince días comunes siguientes a la presentación del cheque al banco para su pago, con resultado adverso, siempre que tal presentación haya ocurrido en los plazos señalados por el artículo 718 del Có-

digo de Comercio. Aunque no hay norma expresa sobre el particular, pensamos que ha de darse aplicación a la que regula el protesto por falta de pago en la letra de cambio, que dice: "El protesto por falta de pago se hará dentro de los quince días comunes siguientes al vencimiento". Tal aplicación, con base en el artículo primero del Código de Comercio, que autoriza la analogía en materia comercial.

La simple falta de presentación o de protesto oportunos produce, en consecuencia, la caducidad de la acción cambiaria contra los endosantes y sus avalistas. El juez puede, de oficio, declararla y si no lo hiciere, los demandados la pueden proponer como excepción.

Caducidad frente al librador.

Con respecto al librador, no basta la simple falta de presentación y de protesto oportunos para que el cheque caduque y se pierda la firma de este signatario que es el principal obligado al pago del cheque. Aún en el caso de una presentación tardía o de presentación oportuna pero adversa y de cuyo resultado negativo no se haya dejado constancia mediante el debido protesto, puede el tenedor del cheque cobrarlo del girador ejerciendo en su contra la acción cambiaria. La caducidad de la acción cambiaria contra él, requiere además, que con posterioridad a la conclusión de los plazos de presentación ordenados por el artículo 718, el cheque deje de pagarse por causa inimputable al librador. Tal ocurre en el caso de la desaparición de la provisión por hecho, culpa, quiebra, insolvencia del banco girado, que es el ejemplo usado y que señala la improbabilidad del fenómeno de caducidad frente al librador.

Las anteriores cuatro condiciones, es decir, falta de presentación oportuna, omisión del debido protesto, fondos suficientes del librador durante los plazos de presentación en tiempo (artículo 718), negativa de pago por causa inimputable al librador, deben concurrir, para originar el fenómeno de caducidad de la acción cambiaria que tiene el tenedor y derivada del cheque, contra el girador y su avalista.

Para cobrar el cheque judicialmente al librador, sólo se requiere, mientras no se haya configurado el fenómeno de caducidad, la constancia de presentación al banco con resultados negativos, la cual no necesita establecerse mediante el protesto técnico. Con toda razón se sostiene que: "El ejercicio de la acción cambiaria en contra del librador tiene como presupuesto la presentación oportuna o inoportuna del cheque al librado para su pago y la constancia o comprobación de la negativa de éste". Lo anterior, porque, tratándose en el cheque de un mandato del girador al banquero, es necesario recurrir a éste antes de acudir a cualquier otro cobro.

CADUCIDAD DEL CHEQUE COMO TAL

Es un fenómeno distinto del de la caducidad y de la prescripción de las acciones cambiarias consagrados por los artículos 729 y 730 del Código de Comercio, en su orden. Se trata de una teoría expuesta por el doctor Alvaro Pérez Vives, publicada en "Comentarios al Código de Comercio" volumen I, colección Pequeño Foro, EDI-JUS, 1975, Medellín, págs. 246 - 247 y que ha tenido acogida en la jurisprudencia

y en la doctrina. Bajo su consideración penal fue recibida legislativamente en el nuevo Código.

La teoría consiste en la explicación que el Dr. Alvaro Pérez Vives da al artículo 721 del estatuto mercantil, disposición que, según expresa tal autor, fue norma propuesta por él y cuyo sentido es el siguiente: "El artículo 721 contempla un plazo o límite como máximo para la presentación del cheque. No se pueden dejar gravitando indefinidamente sobre una persona los riesgos de haber girado un cheque que el tenedor no quiere presentar para su cobro. Entonces se puso un límite prudencial, arbitrario como todos los límites de tiempo en las leyes, pero prudencial, de seis meses".

Las consecuencias legales de omitir la presentación dentro del plazo consagrado por el artículo 721, son éstas, según lo expresa: "Transcurridos seis meses, el cheque caduca como tal. Aquí la caducidad afecta al título valor mismo. Ya no vamos a hablar de caducidad de acciones sino de caducidad del título valor, de caducidad de los derechos cambiarios inherentes al título valor. En otras palabras, ese cheque pierde su categoría de tal, transcurridos seis meses desde la fecha. Si pierde su calidad o categoría de tal, todas las consecuencias, tanto civiles como penales, que se derivan del hecho de haber girado un cheque, desaparecen también, porque deja de ser cheque". (2)

Como se anotó, en cuanto a la materia penal, el artículo 357 del nuevo Código Penal consagra la teoría, al preceptuar en su inciso final: "No podrá iniciarse la acción penal proveniente del giro o transferencia del cheque, si hubieren transcurrido seis meses, contados a partir de la fecha de la creación del mismo, sin haber sido presentado para su pago".

En ninguno de los tratadistas de la materia cambiaria se habla de la caducidad del cheque como tal, como instituto propio del derecho de los títulos valores. Fue interpretación que del artículo 721 hizo el autor señalado.

Le hemos visto a esta teoría una cierta factibilidad y es que, si el cheque es un documento sui generis porque hay una cooperación necesaria del banquero, es lógico que haya que acudir ante éste con posibilidades de obtener el pago. Entonces, el presentar el cheque seis meses después de la fecha frustra la etapa de derecho interno del cheque. Una etapa que era necesaria para poder acudir al derecho externo, sometido a las prescripciones y a la caducidad de las acciones cambiarias. Desde ese punto de vista, es sensata la tesis del doctor Pérez Vives, porque siendo imposible ir con éxito ante el banquero, ese camino está negado por anticipado, de antemano. Queda entonces un requisito que no se puede cumplir porque ya no se ganará nada acudiendo ante el banquero extemporáneamente. Entonces, tampoco se puede cumplir la segunda etapa. que tenía presupuesto el cumplimiento

2) PEREZ VIVES, Alvaro, en **Comentarios al Código de Comercio**, Vol. I, Colección Pequeño Foro, EDIJUS' 1975, Medellín, pág. 246

válido de la primera, con esperanzas de resultado positivo. Inclusive, fuera de que el artículo 721 dice que un cheque, después de seis meses no puede ser pagado por el banquero, también está consagrada, en desarrollo de dicho precepto, por los acuerdos interbancarios entre las causales de devolución de cheques, al ser presentado después de los seis meses contados desde la fecha. En ese aspecto, le encontramos sentido lógico a la teoría del doctor Pérez Vives. En resumen, su tesis es la de que un cheque presentado después de los seis meses, deja de ser cheque; que no se trata del fenómeno de caducidad a que se refiere al artículo 729, tampoco se trata de la prescripción a que alude el artículo 730 sino de un fenómeno diferente: caducidad del cheque como tal.

No encontramos en el Código de Comercio ninguna norma que dé soporte a esa teoría, pero buscándole favorabilidad creemos que el trámite de derecho interno ante el Banco no se puede recorrer ya válidamente porque pasaron los seis meses. Y que ese requisito o trámite de derecho interno es una condición de procedibilidad para poder ejercitar acciones de regreso contra el girador y contra los endosantes.

Sucede sí, que no coincide con los términos de prescripción. Hubo una falta de simetría porque, ¿cuándo es la prescripción? La prescripción empieza seis meses después de la presentación y no desde la fecha de expedición del cheque. Tendríamos entonces el caso de un cheque que no había cumplido el fenómeno de la prescripción y ya estaría afectado por el fenómeno de caducidad del cheque como tal según la teoría de Pérez Vives.

En materia de títulos valores se ha dicho que lo que valen son las obligaciones insertadas en el documento. Y esas obligaciones están afectadas por la caducidad y por la prescripción. Por la caducidad frente a los endosantes y avalistas por simple falta de presentación y de protesto oportuno; la caducidad frente al librador, como decía el doctor Gilberto Peña Castrillón, es un fenómeno improbable. Y más que fenómeno de caducidad, se trata de saber quién soporta un riesgo ante la desaparición de unos fondos. Porque la caducidad contra el librador no solamente requiere falta de presentación oportuna, falta de protesto, sino además, que con posterioridad a la conclusión de los plazos oportunos de presentación, los fondos hayan desaparecido por causa no imputable al librador. Eso es lo que casi nunca sucede. Entonces, el protesto debido, la presentación en tiempo, no inciden para nada, ordinariamente, en la obligación cambiaria del librador, y se puede ir contra él aunque el cheque esté protestado en un volante, es decir, no tenga el debido protesto; con una mera comprobación, no se requiere ese protesto tan solemne como el señalado por el artículo 727 del Código de Comercio.

Bajo el aspecto de los derechos cambiarios se pasa a analizar el artículo 721 que dice: "Aun cuando el cheque no hubiere sido presentado en tiempo, el librado deberá pagarlo si tiene fondos suficientes del librador o hacer la oferta de pago parcial, siempre que se presente dentro de los seis meses que sigan a su fecha".

Sobre este artículo dice el Dr. Gilberto Peña Castrillón, que se trata de un acto que simplemente concierne con la cuenta corriente bancaria sin que nada tenga que ver con los términos de prescripción. El Código de Comercio, dice él, tenía

que ponerle un límite a una orden de pago que no podía quedar eterna para el banco y esa norma aparece reproducida en el contrato de cuenta corriente.

Creemos necesario citar normas de otras legislaciones sobre igual tema. Dice la ley italiana, artículo 45: "El portador mantiene sus derechos contra el librador, aun cuando el cheque bancario no haya sido presentado oportunamente o no se haya hecho el protesto o la comprobación equivalente. Si después de transcurrido el término de presentación la disponibilidad de la suma ha llegado a faltar por hecho del girado, el portador pierde tales derechos en todo o limitadamente a la parte de la suma que ha llegado a faltar". Y el 35 "La orden de no pagar la suma del cheque bancario no tiene efecto sino después de expirado el término de presentación

En defecto de tal orden, el girado puede pagar aun después de expirado dicho término".

El artículo 186 de la Ley Mejicana dice: "Aun cuando el cheque no haya sido presentado o protestado en tiempo, el librado debe pagarlo mientras tenga fondos del librador suficientes para ello".

Transcurrido el plazo, el librador podrá revocar el cheque y el Banco deberá atender la revocación pero el librador quedará obligado con el tenedor del cheque en los términos del título".

La ley uniforme de Ginebra, en su artículo 32, expresa: "La revocación del cheque no produce efectos hasta después de la expiración del plazo de presentación. Si no hay revocación, el librado puede pagar aun después de la expiración".

El proyecto intal trae sobre el particular el artículo 115: "Aun cuando el cheque no hubiere sido presentado en tiempo, el librado deberá pagarlo si tiene fondos suficientes del librador, el cheque no ha sido revocado y se presenta dentro de los seis meses que sigan a su fecha".

Y el 117 del Proyecto Centroamericano: "Aun cuando el cheque no hubiere sido presentado en tiempo, el librado deberá pagarlo si tiene fondos suficientes del librador y el cheque se presenta dentro de los seis meses que sigan a su fecha y no ha sido revocado".

CONCLUSIONES :

- A. De acuerdo con algunas de ellas, el tenedor mantiene sus derechos contra el girador, aun cuando no se presente el cheque en los términos oportunos de presentación (artículo 45 de la ley Italiana, 186 de la Mejicana).

Como consecuencia el Banco debe pagar el cheque mientras tenga fondos del librador suficientes para ello y el mandato que implica el cheque no haya sido revocado. No se señala un término al banquero, de modo que el tenedor mantiene sus derechos vigentes sobre el cheque mientras no hayan prescrito o caducado las acciones que de ellos se derivan.

- B. El Proyecto Intal y el Centroamericano contienen regulación similar, pero fijan un plazo de seis meses siguientes a la fecha del cheque para que el Banco pueda válidamente pagarlo. En igual sentido el artículo 721 del Código de Comercio Colombiano de donde se toma la teoría de la caducidad del cheque como tal.
- C. Las disposiciones tienen de común el señalar la especial vinculación del librador, puesto que la simple falta de presentación oportuna no lo exonera de su obligación de pagar el cheque.

El Código Colombiano señala un lapso de seis meses que se cuenta desde la fecha del cheque durante el cual puede el banquero pagar. Con posterioridad a dicho término debe abstenerse de hacerlo. Como conclusión el mandato u orden de pago ínsito en el cheque y base de su forma queda irremediablemente destinado a frustrarse una vez cumplido el período advertido. El cheque no puede entonces cumplir con eficacia su trayectoria de derecho interno y a cuyo desarrollo está supeditado el ejercicio de las acciones cambiarias provenientes de las firmas puestas en él. Es entonces razonable entender que pierda su condición de cheque el documento aplazado y que no recorrió el camino hacia el banquero en la oportunidad en que este hubiera podido atender el mandato.

Bajo este entendimiento hallamos razonable la teoría de Pérez Vives.

Sin embargo, encontramos incongruente la disposición del artículo 721 frente a la norma sobre prescripción del artículo 730 del Código. Somos del parecer que el artículo 721 debió decir: “. . . Siempre que se presente dentro de los seis meses que sigan a la conclusión de los plazos oportunos de presentación”. Sólo pasado tal término, pudiera decirse, con verdad, que no subsisten acciones cambiarias de eficaz ejercicio, pues han caducado o se encuentran prescritas.