

Cadavid, L.A. (1987). De los títulos valores. Contaduría Universidad de Antioquia, 11, 105-176.

DE LOS TITULOS-VALORES

Abogado Luis Alberto Cadavid Arango
Profesor Departamento de Contaduría
Universidad de Antioquia

Resumen

Después de un breve recorrido a través de los principios e instituciones más importantes del derecho cambiario y de observar algunas de las clasificaciones de los títulos-valores, se entra en el campo de los requisitos generales y específicos de estos documentos, de acuerdo con el tratamiento que les da nuestro Código de Comercio. Destacando lo más sobresaliente de cada uno de los títulos-valores, se llega a establecer las diferencias existentes entre ellos, a la vez que se elabora una primera noción de cuáles son los derechos y riesgos que los caracterizan de acuerdo con su especie y la circulación que tengan dentro del tráfico mercantil.

La acción cambiaria, su caducidad, prescripción, excepciones, etc. en su desarrollo elemental, sirven para prevenir hechos que son de común ocurrencia en esta clase de bienes tan utilizados hoy en día en buen número de nuestras prácticas mercantiles.

INTRODUCCION

Los títulos-valores constituyen uno de los temas más interesantes del derecho comercial. Su utilización constante en las diversas prácticas mercantiles sirve de apoyo para realzar su importancia y por consiguiente conlleva a la necesidad de buscar su más adecuado manejo.

Para conocer los títulos-valores, los principios que los gobiernan y la función que cumplen dentro de la actividad mercantil, es necesario adentrarse en los elementos fundamentales que constituyen la estructura teórica que a través de los tiempos se ha venido decantando, gracias a la notable dedicación y esfuerzo de los tratadistas nacionales y extranjeros.

Después de hacer un breve y sencillo recorrido por los diversos tópicos de la teoría cambiaria y por los rasgos específicos de cada uno de los títulos-valores enunciados en nuestro Código de Comercio, el lector podrá darle a la materia la relevancia que se merece y dedicarle adicionalmente una buena labor a su profundización y análisis.

Este trabajo no va dirigido ni a estudiosos ni a especialistas en derecho cambiario; él simplemente es una primera aproximación, un punto de partida en la labor de divulgación que se hace necesario llevar a cabo sobre materias que de manera especial atañen a los contadores públicos y a otros profesionales relacionados con la administración empresarial y con la economía en general.

1. Definición de los títulos-valores

El artículo 619 del Código de Comercio se expresa así: "Los títulos-valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio de la obligación. De otro lado el deudor se viene a legitimar, pagándose de contenido crediticio, corporativos o de participación, y de tradición o representativos de mercancías".

1.1. Explicación de la definición

- 1.1.1. **Son documentos:** En relación con los documentos se hace necesario tener en cuenta el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, el cual a la letra dice: "Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, *todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo*, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.
Los documentos son públicos o privados.

Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público" (Hemos subrayado).

Se hizo transcripción de todo el artículo con el objeto de que se tenga aclarado desde ahora lo referente a la denominada prueba documental, cuestión importante no sólo en la materia que tratamos, sino también en cualquiera otra de índole jurídica. Además lo que se dejó subrayado conlleva uno de los aspectos más trascendentales dentro del denominado derecho cambiario (o sea el conjunto de normas que regulan los títulos-valores).

Dentro de este contexto es preciso recordar que muebles son las

cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza extraña, como las cosas inanimadas. (Art. 655 del Código Civil).

Encontrándose los títulos-valores reglamentados en el Libro III (De los Bienes Mercantiles), Título III, podemos, entonces concluir, que los mismos son bienes corporales muebles de naturaleza comercial.

- 1.1.2. **Necesarios:** Los títulos-valores son documentos necesarios, indispensables para reclamar el derecho que en ellos se incorpora. No puede hacerse valer el derecho incorporado en el título por otro medio distinto a él mismo.
- 1.1.3. **Para legitimar:** La legitimación implica la habilitación para pedir el cumplimiento de una obligación o para transferir el documento. Solamente el titular que aparezca en el documento puede legitimarse como titular del derecho que en el título-valor se halla incorporado, y por lo mismo, es quien puede exigir el cumplimiento de la obligación. De otro lado el deudor se viene a legitimar, pagándole a quien parece por el lado activo legitimado. Si el deudor llega a pagar a una persona que no es legítima tenedora del título-valor, paga mal y lo más probable es que se vea en la situación de tener que pagar otra vez, a quien en realidad está legitimado para exigir el cumplimiento de la obligación.
- 1.1.4. **Literal:** El principio de la literalidad conlleva a decir que el derecho que se incorpora en el título-valor está determinado, circunscrito, por lo que aparezca escrito en el documento. El artículo 626 del Código de Comercio expresa lo siguiente: "El suscriptor de un título quedará obligado conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia". De otro lado el artículo 631 del mismo Código es del siguiente contenido: "En caso de alteración del texto de un título-valor los signatarios anteriores se obligan conforme al texto original y los posteriores conforme al alterado. Se presume, salvo prueba en contrario, que la suscripción ocurrió antes de la alteración".
- 1.1.5. **Autónomo:** "Todo suscriptor de un título-valor se obligará autónomamente. Las circunstancias que invaliden la obligación de alguno o algunos de los signatarios, no afectarán las obligaciones de los demás" (Art. 627 C. de C.). Dentro de la circulación del título-valor, el derecho que va adquiriendo cada

tenedor del título, es un derecho independiente, que no tiene nada que ver con las relaciones que hayan podido tener las partes anteriores que intervinieron en la emisión del documento o que lo negociaron". Por el principio de la autonomía se torna independiente el derecho que surge del título para cada poseedor, lo que legítimamente exija en virtud del documento no puede verse perturbado por lo que haya ocurrido en las demás relaciones del deudor y por razón del mismo título. Por supuesto, el principio de la autonomía impone que quien demande la prestación sea un tercero, porque si se trata de partes inmediatamente contratantes o relacionadas no puede hablarse de autonomía alguna, ya que todo se resuelve, prácticamente, según las relaciones causales o subyacentes"¹.

"El título-valor es también autónomo o sea, confiere al tenedor un derecho que está completamente desligado del negocio que dio origen a la creación o a una transferencia anterior. Ello implica, ni más ni menos, que cualquier adquirente de aquél puede estar absolutamente seguro que ningún vicio del negocio originante del título o de su transferencia puede oponerse al momento en que pretenda reclamar el derecho a él incorporado"².

Los diversos tratadistas de derecho cambiario hablan de una autonomía activa y de una autonomía pasiva. En el primer caso se trata de la facultad de recibir un derecho originario y no derivado del endosante. La segunda es la que emerge de las obligaciones propias e individualizadas de quienes suscriben el título-valor. Esta clase de autonomía encuentra su respaldo en varias normas del Código de Comercio, como: 627, 657, 678, 689.

- 1.1.6. **Que en ellos se incorpora:** Un título-valor no es un simple documento probatorio, es un documento constitutivo, en él hay un derecho objetivizado lo cual implica que título y derecho se funden en una sola cosa. Se da entre el documento y el derecho una conexión indisoluble a través de toda la existencia del título; por ello es válido afirmar que quien no posee el título, no posee el derecho; y a la inversa, quien posee el título, posee el derecho.

1. Peña Castrillón, Gilberto. De los títulos-valor en general y de la letra de cambio en particular, 2a. Ed. Editorial Temis, Bogotá, 1981, pp. 227 y 228.

2. Rengifo, Ramiro. La letra de cambio en el cheque, 3a. Ed. Colección Pequeño Foro, Bogotá, 1984, pp. 15 y 16.

Los artículos 624, 629 y 1186 del Código de Comercio hacen referencia al principio de la INCORPORACION.

“Lo que decide la especial función que cumple el elemento documental en los títulos-valores es la incorporación de un derecho y así lo dice el artículo 619, con lo que, sin saberlo, el legislador colombiano tomó partida por uno de los extremos de una vieja polémica. Incorporar es colocar dentro de eso y eso es lo que ocurre con los derechos respecto a la base documental de los títulos-valores. El documento recibe un derecho y conforma con él una entidad nueva —*tertius genus*—, que no podrá escindirse en adelante y que de perderse —en su sentido amplio—, no es que se pierda el derecho como cosa accesoria del documento, sino que desaparece el título-valor; o visto desde otra perspectiva, desaparece un documento que tenía incorporado un derecho, o un derecho que sólo existe jurídicamente en el documento”³.

Cuando se quiera embargar una mercancía o un crédito representados en unos títulos valores, dicho embargo deberá recaer sobre los títulos que incorporan tales derechos. En caso de títulos-valores representativos de mercancías tenemos: certificado de depósito, carta de porte y conocimiento de embarque. Tratándose de títulos-valores de contenido crediticio, tenemos: la letra de cambio, el pagaré, el cheque, las facturas cambiarias (de compraventa y de transporte), etc.

Es procedente tener presente que el contrato de prenda con tenencia del acreedor puede recaer sobre títulos-valores, habida consideración de que ellos son bienes corporales muebles de naturaleza comercial.

- 1.1.7. **Los títulos-valores pueden ser de contenido crediticio:** Un título-valor de contenido crediticio es aquel que incorpora una orden o una promesa incondicional de pagar una determinada suma de dinero. Valga la pena repetir que entre ellos tenemos: la letra de cambio, título éste sobre el cual se elaboró, desarrolló y sistematizó en gran parte la teoría sobre los títulos-valores. Otros títulos de contenido crediticio son el pagaré, el cheque, las facturas cambiarias (de compraventa y de transporte) y el bono de prenda.
- 1.1.8. **Los títulos-valores pueden ser representativos de mercancías:** Son aquellos en los cuales se incorporan mercancías, o sea que se considera que tales mercancías se hallan o existen dentro del docu-

3. Peña Castrillón, Gilberto, Op. cit., pp. 13 y 14.

mento. En esta clase de títulos tenemos: los certificados de depósito (expedidos por los almacenes generales de depósito, los cuales se encuentran en la clase de los denominados intermediarios financieros); la carta de porte (originada en el contrato de transporte no marítimo) y el conocimiento de embarque (originado en el contrato de transporte marítimo).

- 1.1.9. **Los títulos-valores pueden ser corporativos o de participación:** Esta clase de títulos incorporan el derecho a reclamar o percibir ciertas sumas de dinero, además de que revisten a sus poseedores para ejercer determinadas facultades o atribuciones como: la calidad de socio en sociedades comanditarias por acciones y anónimas, con los derechos anexos a tal calidad (votar, inspeccionar libros, etc.). En esta clase de títulos tenemos las acciones de las sociedades antes mencionadas y los bonos emitidos por sociedades.

Los títulos-valores de participación o corporativos no son ni órdenes de pago ni promesas de pago (esto implica una diferencia con los de contenido crediticio), ellos más bien implican una inversión o ahorro colocado en la sociedad que emite la acción o el bono, como en forma acertada lo expresa PEÑA CASTRILLON.

2. **Clasificación de los títulos-valores**

Los tratadistas de derecho cambiario se han ocupado de llevar a cabo varias clasificaciones de los títulos-valores, incluyendo algunas que obedecen más a criterios personales que a las propias normas mercantiles.

2.1. **Primera clasificación**

Desde el punto de vista del derecho que ellos incorporan: en los apartes anteriores se dejó explicada esta clasificación; basta repetir que ella se encuentra fundamentada en el artículo 619 del C. de Co. y que en razón de la misma los títulos-valores pueden ser: de contenido crediticio, de tradición o representativos de mercancías y corporativos o de participación.

2.2. **Segunda clasificación**

Desde el punto de vista de cómo se da la legitimación según cada forma de circulación:

- 2.1.1. **Títulos-valores al portador:** "Son títulos al portador los que no se expidan a favor de persona determinada, aunque no incluyan la cláusula "al portador", y los que contengan dicha cláusula.

La simple exhibición de título legitimará al portador y su tradición se producirá por la sola entrega" (Art. 668 C. de Co.).

Como bien pueden observarse, en los títulos-valores al portador la tradición se lleva a cabo por medio de la simple entrega, sin que sea necesario dejar constancia escrita en el título de dicha transferencia. Además, se tendrá como poseedor legítimo del documento quien lo exhiba.

- 2.2.2. **Títulos-valores a la orden:** "Los títulos-valores expedidos a favor de determinada persona en los cuales se agregue la cláusula" a la orden "o se exprese que son transferibles por endoso, o se diga que son negociables, o se indique su denominación específica de título-valor, serán a la orden y se transferirán por endoso y entrega del título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 646" (Art. 651 C. de Co.).

"Para que el tenedor de un título a la orden pueda legitimarse, la cadena de endosos deberá ser ininterrumpida" (Art. 661 C. del Co.).

En esta clase de títulos-valores la transferencia de los derechos que en ellos se incorporan se lleva a cabo por medio de la constancia escrita de dicha transferencia (endoso) y por la entrega del documento. O sea que se tendrá por legítimo poseedor a aquel que tenga el título y a la vez figure literalmente como la persona a quien se le hizo su transferencia.

- 2.2.3. **Títulos-valores nominativos:** "El título-valor será nominativo cuando en él o en la norma que rige su creación se exija la inscripción del tenedor en el registro que llevará el creador del título. Sólo será reconocido como tenedor legítimo quien figure a la vez, en el texto del documento y en el registro de éste.

La transferencia de un título nominativo por endoso dará derecho al adquirente para obtener la inscripción de que se trata en este artículo" (Art. 648 C. de Co.).

"Salvo justa causa, el creador del título no podrá negar la anotación en su registro de la transmisión del documento. La persona a quien se le haya transferido un título nominativo podrá acudir al juez para que haga la anotación de la transferencia en el respectivo registro, si el creador del título se negare a hacerla" (Art. 649 C. de Co.).

Cabe observar que esta misma clasificación (2.2.) corresponde a la denominada LEY DE CIRCULACION DE LOS TITULOS-VALORES.

2.3. Tercera clasificación.

Desde el punto de vista de la forma como se promete el pago: "Por la forma como se promete el pago, habría una gran clasificación en títulos a base de orden y títulos a base de promesa.

- a) **A base de orden:** letra de cambio, cheque, facturas cambiarias de compraventa y de transporte, libranzas.
- b) **A base de promesa:** pagaré, bono simple, acciones, bono de prenda, certificado de depósito, carta de porte y conocimiento de embarque, cupones de acciones y bonos.

En los primeros el creador es siempre parte indirecta porque da una orden de pago a un tercero; en los segundos el creador es siempre parte directa porque promete (promitente) pagar directamente él. En aquellos siempre habrá partes indirectas y puede haber o no directas; en éstos siempre habrá partes directas aunque eventualmente no haya partes indirectas.

No debe confundirse el título a base de orden con el título a la orden.

El primero puede ser al portador, y el segundo, obviamente, no. De igual manera, el título-valor a base de promesa puede ser a la orden o al portador.

Tiene importancia esta preclasificación en cuanto a su estructura formal, porque en los títulos a base de orden intervienen tres personas (las mismas o distintas) en los actos de creación, cuando en los otros solamente intervienen dos⁴.

2.4. Otras clasificaciones

Se dan otras clasificaciones de los títulos-valores, pero sobre ellas no entraremos a dar mayores explicaciones, simplemente enunciaremos algunas:

Desde el punto de vista de la persona del emisor: en este sentido los títulos-valores pueden ser públicos y privados, según sean emitidos por entidades de derecho público o por personas de derecho privado.

Desde el punto de vista del derecho incorporado: según esta clasi-

4. Trujillo Calle, Bernardo. De los títulos-valores, 5a. Ed. Librería Editorial El Foro de la Justicia, Bogotá, 1983. pp. 65 y 66.

ficación los títulos-valores pueden ser personales, reales y obligacionales.

3. **El endoso.**

"El endoso es una cláusula accesoria e inseparable del título-valor, en virtud de la cual el acreedor cambiario pone a otro en su lugar, transfiriéndole el título con efectos limitados o ilimitados"⁵.

3.1. **Partes en el endoso:**

El endosante: es la persona que transfiere el título.

El endosatario: es la persona que recibe el título.

3.2. **Requisitos del endoso:** los requisitos mínimos que debe cumplir el endoso son los siguientes: a) Debe constar literalmente en el mismo documento; b) Debe llevar la firma del endosante; c) Debe ser incondicional; y d) Debe ser total.

Con respecto al requisito a) cabe advertir que él implica la no admisibilidad del endoso en hoja separada o documento distinto al título-valor mismo que se endosa. En el caso de que el título no tenga espacios disponibles para colocar un nuevo endoso, puede recurrirse a anexar otra hoja, pero teniendo el cuidado de que la misma quede adherida al título de manera que conforme con éste un sólo cuerpo, o sea que quede pegado en tal forma que no sea posible desprenderlo sin dejar huella de su anexión.

El requisito b) implica que la falta de firma del endosante da lugar a la inexistencia del endoso, tal como lo establece en forma clara el artículo 654 del Código de Comercio, inciso final.

En cuanto que el endoso debe ser incondicional, cabe agregar que cualquier condición que en él se exprese, se tendrá por no puesta (Art. 655 C. de Co.).

En lo que dice relación al requisito d) dice el artículo 655 del Código de Comercio: "El endoso parcial se tendrá por no escrito". Lo anterior conlleva a afirmar que tal endoso carece de validez o mejor de eficacia.

Cabría agregar para aclarar en mejor forma los conceptos de endoso condicional y endoso parcial, que cuando se presenta el primero hay endoso, pero la condición se tendrá por no puesta. Cuando se presenta el segundo no hay endoso, por ser éste ineficaz.

5. Garrigues, Joaquín, Curso de derecho mercantil, 4a. Ed. Imprenta Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1962. T.I, pp. 651 y ss.

3.3. Importancia de la fecha en el endoso: "Cuando en el endoso se omite la fecha, se presumirá que el título fue endosado el día que el endosante hizo entrega del mismo al endosatario.

El endoso posterior al vencimiento del título, producirá los efectos de una cesión ordinaria" (Art. 660 C. de Co.).

La fecha del endoso permite determinar si él produce verdaderos efectos cambiarios, o si por el contrario de lo que se trata es de una cesión ordinaria. Aunque la ley tiene previsto que en el caso de falta de fecha en el endoso del título, se presumirá que éste fue endosado en aquella en la que se hizo entrega del mismo al endosatario; lo prudente es colocar la fecha con el fin de no tener que afrontar posteriormente problemas de índole probatorio, los cuales podrían presentarse cuando se pretenda establecer la fecha de la entrega por no haberse colocado la misma al momento de efectuar el endoso.

La cesión ordinaria y el endoso producen efectos distintos. Recordemos que el endoso posterior al vencimiento del título, produce efectos de una cesión ordinaria.

Sobre la cesión existen disposiciones en el Código Civil (Arts. 1959 y ss.).

"En los títulos a la orden, la forma de transmisión es su nota característica. Estos se transfieren por endoso y entrega; el endoso, su nota característica, es esencial en los títulos de esta clase.

El endoso es forma especial de transferencia de los títulos-valores, que produce efectos diversos de los de la cesión común u ordinaria. La finalidad de esta clase de documentos, por estar destinados a la circulación, logra con el endoso su más eficaz realización. No sobra anotar que el mero endoso no tiene poder traslativo, por cuanto es menester la tradición para entender perfeccionado el negocio.

Por virtud de esta forma especial de negociación, sobresalen diferencias importantes entre ella y la cesión común. Así, por ejemplo, tenemos que:

- 1) el endoso debe constar por escrito en el título, mientras que la cesión no necesariamente ha de constar en el documento.

- 2) El endoso de un título-valor está sometido al principio de la autonomía, y el endosatario adquiere un derecho propio, no sujeto a las excepciones que podrían oponerse al cedente;
- 3) el cedente, por regla general, responde de la existencia del crédito, no de su pago. El endosante responde del pago y adquiere obligación propia a su cargo, al efectuar el endoso sin cualificarlo;
- 4) mediante el endoso de un título-valor se transfiere la propiedad sobre una cosa mueble, a la cual se ha incorporado un derecho; mientras que en la cesión; en tesis general, se da un crédito con documento meramente probatorio de su existencia.
- 5) la cesión parcial es posible, en tanto que el endoso parcial resulta imposible, puesto que el título-valor no es divisible;
- 6) la cesión podría ser consensual; el endoso es real;
- 7) la cesión puede estar sujeta a condición, al paso que el endoso no⁶.

3.4. Modalidades del endoso.

3.4.1. **Endoso en propiedad:** Por medio de esta clase de endoso se transfieren todos los derechos que emergen del título-valor. En él la persona del endosante coloca a otro (endosatario) en su lugar; por ello es por lo que este último adquiere la calidad de acreedor cambiario.

“Mediante el endoso en propiedad, el acreedor cambiario (endosante) coloca a otro en su lugar determinándolo (endoso completo) o no (endoso en blanco), y transfiriendo el título con efectos ilimitados. Es decir, mediante este endoso se transfiere la propiedad del título y se habilita al endosatario para el ejercicio pleno de los derechos que surjan de él.

Paradójicamente, el endoso más simple en lo literal, como es el endoso en blanco, es el que produce efectos plenos y otorga

6. Posse Arboleda, León. Los títulos-valores en el Código de Comercio, 3a. Ed, Editorial Temis, Bogotá, 1980, pp. 66 y 67.

al endosatario la facultad de ejercer los derechos cartulares sin restricción alguna. Igual cosa ocurre, por supuesto, con el endoso completo, con la diferencia de que este último determina literalmente el nombre del endosatario, lo cual no ocurre en el endoso en blanco.

En resumen, el endosatario en propiedad es el nuevo acreedor cambiario, su derecho es autónomo y lo ejerce en nombre propio⁷.

- 3.4.2. **Endoso en procuración:** "El endoso que contenga la cláusula "en procuración", "al cobro" u otra equivalente, no transfiere la propiedad; pero faculta al endosatario para presentar el documento a la aceptación, para cobrarlo judicial o extrajudicialmente, para endosarlo en procuración y para protestarlo. El endosatario tendrá los derechos y obligaciones de un representante, incluso los que requieren cláusula especial, salvo el de transferencia del dominio. La representación contenida en el endoso no termina con la muerte o incapacidad del endosante, pero éste puede revocarla.

El endosante que revoque la representación contenida en el endoso, deberá poner en conocimiento del deudor la revocatoria, cuando ésta no conste en el título o en un proceso judicial en que se pretenda hacer efectivo dicho título.

Será válido el pago que efectúe el deudor al endosatario ignorando la revocación del poder" (Art. 658 C. de Co.).

Es preciso tener en cuenta que por medio del endoso en procuración no se transfiere la propiedad sobre el título-valor; además el endosatario en procuración no queda facultado para transferir la propiedad, pues para ello requeriría de un poder especial. Las relaciones que surgen entre endosante y endosatario en procuración no tiene carácter cambiario, ya que ellas están reguladas por las normas de la representación y el mandato. Como el endosatario obra a nombre y por cuenta del endosante, esta es la razón para que se le puedan proponer las excepciones que cabrían contra el segundo.

Como cláusulas equivalentes a "en procuración", "al cobro" pueden utilizarse las siguientes, citadas por PEÑA CASTRILLON: para cobranza; para ejecución; para proceso; valor al cobro; por mandato; para recaudación; para reembolso, etc. (Ver op. cit. p. 105).

7. Peña Castrillón, Gilberto, Op. cit. p. 104.

LOPERA SALAZAR se refiere así a esta modalidad de endoso:

"El endoso para el cobro constituye un mandato especial cambiario mediante el cual el procurador endosatario queda facultado "para presentar el documento a la aceptación, para cobrarlo judicial o extrajudicialmente, para endosarlo en procuración y para protestarlo". Todos estos actos los ha de cumplir en nombre y representación del endosante quien permanece como titular del crédito ya que este endoso no es medio de circulación del mismo sino "un mandato en forma cambiaria". En consecuencia, los acreedores del endosante pueden embargar y secuestrar este crédito, sin que el endosatario pueda oponerse. Este endoso, como impropio que es y de acuerdo con su esencia, no conlleva la responsabilidad cambiaria del endosante quien simplemente busca facilitar el ejercicio de los derechos cambiarios en su propio beneficio. El mandato de pago debe lógicamente expedirse a su favor"⁸.

- 3.4.3. **Endoso en garantía:** "El endoso en garantía se otorgará con las cláusulas "en garantía", "en prenda" u otra equivalente. Constituirá un derecho prendario sobre el título y conferirá al endosatario, además de sus derechos de acreedor prendario, las facultades que confiere el endoso en procuración,

No podrán oponerse al endosatario en garantía las excepciones personales que se hubieren podido oponer a los tenedores anteriores" (Art. 659 C. de Co.),

El contrato de prenda se halla definido por el Código Civil en la siguiente forma: "Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito.

La cosa entregada se llama prenda,

El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario" (Art. 2409).

La definición anterior corresponde al denominado contrato de prenda con tenencia del acreedor. Este contrato puede darse tanto en materia civil como comercial. Hacemos esta aclaración para diferenciarlo del contrato de prenda sin tenencia del acreedor, el cual consideramos no puede darse con respecto a títulos-valores, a pesar de ser de naturaleza típicamente mercantil.

8. Lopera Salazar, Luis Javier, Títulos-valores, 2a, Ed. Publicado por el autor. Medellín 1981, p. 30.

El título-valor se entrega en prenda por el endosante (deudor prendario) al endosatario (acreedor prendario), sin olvidar que en el título mismo debe expresarse literalmente, por medio del endoso correspondiente (en prenda, en garantía, en caución, por vínculo real; expresiones todas éstas, que pueden utilizarse para indicar la calidad de esta clase de endoso).

El endoso en prenda o garantía no transfiere la propiedad sobre el título, lo cual implica que el endosatario no tiene facultad para endosarlo en propiedad, aunque sí puede hacerlo en procuración o al cobro. El endosatario en garantía ejerce sus derechos en forma autónoma, razón por la cual no pueden oponérsele las excepciones que se tengan contra el endosante o contra adquirentes anteriores, pues de ser así, no tendría fundamento alguno la prenda.

Los artículos 2422 del Código Civil y 1203 del Código de Comercio prohíben al acreedor prendario disponer de la prenda o apropiársela por medios diferentes a los legalmente señalados. Lo anterior implica que los bienes dados en prenda, y en el caso de que el deudor no satisfaga la obligación, el acreedor prendario debe recurrir al proceso judicial dentro del cual dichos bienes serán evaluados y rematados en pública subasta, o adjudicados por su justo precio. Lo anterior, tratándose de la realización monetaria de títulos-valores de contenido crediticio, sería algo engorroso y faltaría de economía procesal, ya que implicaría el seguimiento de todo un proceso para evaluar dinero y rematarlo, o para adjudicarlo por su justo precio (todo ello inaudito). Para resolver el caso anterior, la tesis predominante ha sido la siguiente:

“Si la deuda respaldada con el título-valor está vencida e impagada, el endosatario en garantía realiza, en su oportunidad, el instrumento negociable. Convertido en dinero, éste viene a subrogar al título-valor, pudiendo utilizarse el procedimiento que para garantía de dinero trae el artículo 1.173 del Código de Comercio que dice: “Cuando se deposite una suma de dinero en garantía de cumplimiento de una obligación, el depositario sólo estará obligado a hacer la restitución en cuanto al exceso del depósito sobre lo que el deudor debe pagar en razón del crédito garantizado”⁹.

3.5. Endoso sin responsabilidad: “El endosante contraerá obligación autónoma frente a todos los tenedores posteriores a él; pero podrá

9. Lopera Saazar, Luis Javier, Op. cit. p. 33.

liberarse de su obligación cambiaria, mediante la cláusula" sin mi responsabilidad "u otra equivalente, agregada al endoso (Art. 657 C. de Co.).

De acuerdo con el artículo 626 del Código de Comercio, el suscriptor de un título quedará obligado conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia.

Tratándose de un endoso sin responsabilidad nos encontramos frente al caso de una salvedad compatible con la esencia del título-valor, por parte de un suscriptor, en este evento el endosante.

"El endosatario de un endosante sin responsabilidad deriva del título un derecho autónomo que puede ejercer contra todos los signatarios, menos contra el endosante sin responsabilidad. Igual limitación tendrá el ejercicio del derecho de los posteriores adquirentes del título.

Son razones de carácter estrictamente práctico las que llevan a utilizar esta clase de endoso, que resulta ser una buena solución para los casos en que siendo imprescindible un endoso (el del endosante sin responsabilidad) para legitimar al endosatario, se quiera, a la vez, romper la vinculación cambiaria con ese título y tener la seguridad de que las acciones cambiarias jamás se encaminarán contra el endosante sin responsabilidad, bajo ningún pretexto¹⁰.

4. El Aval.

- 4.1. **Definición:** TRUJILLO CALLE participa de la siguiente definición: "Un acto jurídico unilateral, abstracto, de naturaleza cambiaria, que obliga en forma autónoma, distinta y personal a quien lo da (avalista) por el pago de la obligación cartular"¹¹.

LOPERA SALAZAR trae la siguiente noción de aval: "Instituto de garantía, específico y peculiar del derecho cambiario que tiene por finalidad asegurar en todo o en parte, el pago de un título-valor"¹².

Sobre el aval tratan los artículos 633 y ss. del Código de Comercio,

10. Peña Castrillón, Gilberto. Op. cit. p. 110.

11. Trujillo Calle, Bernardo. Op. cit. p. 175.

12. Lopera Salazar, Luis Javier. Op. cit. p. 65.

los cuales se hallan ubicados dentro de las generalidades de los títulos-valores. Lo anterior ha dado pie para que muchos tratadistas afirmen que el aval puede tener aplicación en cualquier clase de títulos-valores, y no sólo en aquéllos de contenido crediticio como sostienen otros.

4.2. Requisitos del aval.

- 4.2.1. **La firma del avalista:** Sobre el particular se expresa el artículo 634 del Código de Comercio, el cual nos permitimos transcribir en su totalidad con el fin de dejar claros otros aspectos importantes de la figura que tratamos: "El aval podrá constar en el título mismo o en hoja adherida a él. Podrá, también, otorgarse por escrito separado en que se identifique plenamente el título cuyo pago total o parcial se garantiza. Se expresará con el fórmula "por aval" u otra equivalente y *deberá llevar la firma de quien lo presta.*

La sola firma puesta en el título, cuando no se le pueda atribuir otra significación, se tendrá como firma de avalista.

Cuando el aval se otorgue en documento separado del título, la negociación de éste implicará la transferencia de la garantía que surge de aquél" (Hemos subrayado).

Con respecto a si el avalista tiene que ser una persona extraña al título, o si quien aparece suscribiéndolo en calidad distinta de la de avalista (girador, aceptante, endosante) pueda suscribirlo nuevamente en calidad de tal, la doctrina plantea diversos criterios dentro de los cuales la posición mayoritaria acepta que un tercero extraño al título, o una persona que se encuentre comprometida cambiariamente dentro del documento pueden avalarlo. No sobra advertir que en algunas legislaciones existen restricciones con respecto a alguno o algunos de los comprometidos cambiariamente para avalar el mismo título.

En lo relacionado a si el aval puede otorgarse en documento separado, nuestra legislación es clara al autorizar en el artículo 634 que en forma tal puede hacerse. La anterior autorización legal no deja de ser delicada en consideración a una exacta forma de interpretar los principios rectores de los títulos-valores, y de manera especial a la literalidad y autonomía.

Sobre si la firma del avalista debe aparecer en el anverso del título, o si por el contrario puede colocarse en el reverso del mismo, los criterios han sido encontrados. Consideramos que tanto en el an-

verso como en el reverso puede darse el aval, tratando eso sí, de que la firma aparezca en forma tal que no dé lugar a confusiones que puedan conllevar a darle la significación de que está garantizando las obligaciones de todas las partes en el título, lo cual podría colocarlo en una situación desventajosa sin dejar de ser avalista (Art. 637 C. de Co.).

4.2.2. **El aval debe ser incondicional:** teniendo en cuenta que el aval es una garantía cambiaria, ello implica que los principios que la gobiernan son todos de tipo cambiario. Si la orden de pagar, la promesa de pagar, la aceptación y el endoso son incondicionales, fácil es colegir que esta misma incondicionalidad deba predicarse del aval. El carácter de incondicional establece una diferencia entre el aval y la fianza, la cual según lo preceptuado por el artículo 2366 del Código Civil puede otorgarse hasta o desde cierto día o bajo condición suspensiva o resolutoria.

4.2.3. **El aval sí puede ser parcial:** En este sentido es claro el artículo 633 del Código de Comercio que a la letra dice: "Mediante el aval se garantiza, en todo o en parte, el pago de un título-valor".

De otro lado el artículo 635 del mismo código expresa: "A falta de mención de cantidad, el aval garantiza el importe total del título".

4.3. **Obligación y derechos del avalista:** "El avalista quedará obligado en los términos que correspondería formalmente al avalado y su obligación será válida aun cuando la de este último no lo sea" (Art. 636 del C. de Co.).

El avalista garantiza el pago del título-valor; de acuerdo a la posición que asuma cambiariamente, también garantiza la aceptación, pues si a quien se avala es el girador, debe tenerse en cuenta que éste será responsable de la aceptación y del pago de la letra; además de que toda cláusula que la exima de esta responsabilidad, se tendrá por no escrita (Art. 678 C. de Co.). Si se avala a un endosante que firmó sin salvedades compatibles con la esencia del título, el avalista se obliga a responder por la aceptación y pago del documento, entendiéndose en este caso cuando el título ha entrado en la circulación antes del girado haberlo aceptado. Por último si el avalado es el girado-aceptante, el avalista responde por el pago.

En cuanto a los derechos del avalista se pronuncia el artículo 638 del Código de Comercio en la siguiente forma: "El avalista que pague adquiere los derechos derivados del título-valor contra la

persona garantizada y contra los que sean responsables respecto de esta última por virtud del título". Lo anterior implica que el avalista podrá buscar la satisfacción de la obligación de todas aquellas personas que resulten obligadas frente al avalado.

Bastaría agregar con respecto al aval los siguientes puntos de interés: La autonomía de la obligación asumida por el avalista implica que no pueda oponer como suyas las excepciones personales del avalado. Por la misma autonomía su obligación será válida aun cuando la de este último no lo sea (tal sería, por ejemplo, el caso de aval por incapaz). La fianza y el aval presentan notables diferencias, dentro de las cuales se destaca de manera especial el que la primera es una garantía accesoria (sigue la misma suerte de la obligación) y el segundo, en cambio, da lugar al surgimiento de una obligación autónoma, hasta llegarse a afirmar por varios tratadistas que al darse la fianza emergen dos deudores al lado de una sola obligación; y cuando se avala hay dos obligaciones autónomas que son las del avalista y las del avalado.

5. **Requisitos comunes a los títulos-valores:** El artículo 621 del Código de Comercio señala los requisitos comunes, y al efecto expresa: "Además de lo dispuesto para cada título-valor en particular, los títulos-valores deberán llenar los siguientes requisitos:

1. La mención del derecho que en el título se incorpora, y
2. La firma de quien lo crea,

La firma podrá sustituirse, bajo la responsabilidad del creador del título, por un signo o contraseña que puede ser mecánicamente impuesto.

Si no se menciona el lugar de cumplimiento o ejercicio del derecho, lo será el del domicilio del creador del título; y si tuviere varios, entre ellos podrá elegir el tenedor, quien tendrá igualmente derecho de elección si el título señala varios lugares de cumplimiento o de ejercicio. Sin embargo, cuando el título sea representativo de mercaderías, también podrá ejercerse la acción derivada del mismo en el lugar en que éstas deben ser entregadas.

Si no se menciona la fecha y el lugar de creación del título se tendrán como tales la fecha y el lugar de su entrega".

Con respecto al requisito del número 1, se expresa así RENGIFO:

"Este numeral hace referencia a la denominación del título, es decir, si es una letra de cambio o un pagaré o un conocimiento de embarque o un bono o una acción o una factura, debe especificarse en el título su nombre"¹³.

El requisito establecido en el número 2, da lugar a la siguiente manifestación por parte de TRUJILLO CALLE:

"La regla del ord. 2o. del art. 621, al exigir el requisito de la firma del creador del título como elemento formal esencial en todos los título-valores, hace que ella sea insustituible. No está ella dentro de aquellos elementos que al faltar, la ley los suple con una simple referencia a una forma de interpretación. Su ausencia genera la excepción absoluta y real del ord. 4o. del art. 784 que puede ser alegada por cualquier deudor o cualquier acreedor, salvo en el caso especial de la conversión del negocio jurídico.

Una letra de cambio puede circular centenares de veces, por varios años, con la sola firma de su creador, por ejemplo, una letra al portador, porque la firma del girado no es indispensable y menos la de endosantes y avalistas. Y como puede nacer con una sola firma y circular con ella sola, también puede morir sin haber recibido la compañía de ninguna otra"¹⁴.

Sobre lo que es firma se expresa así el artículo 826 del C. de Co.: "Por firma se entiende la expresión del nombre de suscriptor o de alguno de los elementos que la integren o de un signo o símbolo empleado como medio de identificación personal" (Inciso segundo).

No se olvide que los requisitos anotados por el artículo 621 del C. de Co. son comunes para todos los títulos-valores, ya que de manera específica cada título en particular tiene sus propios requisitos. Con respecto a los unos y a los otros se manifiesta el artículo 620 del C. de Co.: "Los documentos y los actos a que se refiere este título sólo producirán los efectos en él previstos cuando contengan las menciones y llenen los requisitos que la ley señale, salvo que ella los presuma.

La omisión de tales menciones y requisitos no afecta el negocio jurídico que dio origen al documento o al acto".

13. Rengifo, Ramiro, Op. cit., p. 26.

14. Trujillo Calle, Bernardo, Op. cit., p. 278.

Lo dispuesto en el artículo anterior ha servido de base para que algunos tratadistas sostengan que dentro de nuestra actual legislación sobre títulos-valores, no es posible la creación de éstos por medio de la costumbre; y ello como respuesta a otra corriente que sostiene que la costumbre mercantil puede crear nuevos títulos-valores, distintos a los que se hallan reglamentados en el actual Código de Comercio.

6. De los títulos-valores en especial.

- 6.1. **La letra de cambio:** Podemos afirmar que la letra de cambio es un título-valor de contenido crediticio que incorpora obligaciones incondicionales de pagar sumas determinadas de dinero.

Las órdenes incondicionales que se presentan en la letra de cambio son dadas por una persona a otra, e inclusive a sí misma, ya que el artículo 676 del C. de Co. estipula que una letra de cambio puede girarse a la orden o cargo del mismo girador, caso este último, en el cual el girador quedará obligado como aceptante.

- 6.1.1. **Contenido de la letra de cambio:** Además de lo dispuesto en el artículo 621 del C. de Co. (ver 5.), la letra de cambio deberá contener: la orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero; el nombre del girado; la forma de vencimiento, y la indicación de ser pagadera a la orden o al portador. Estos requisitos especiales se hallan enunciados en el artículo 671 del C. de Co.

- 6.1.1.1. **La orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero:** la orden debe ser incondicionada, o sea que no debe estar sujeta a hecho alguno futuro, que pueda suceder o no.

“Este requisito distingue la letra de cambio de cualquier otro documento que se le parezca, Como título contentivo de una orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero, no puede sujetarse a condición alguna, ni quedar sometido el pago al cumplimiento de determinadas contraprestaciones por parte del creador del título. La suma debe ser determinada. Con todo, se permite que la letra contenga cláusulas de intereses o de cambio a una tasa fija o corriente (art. 672).

Esta norma del art. 672 era conveniente, porque de no decir

la ley tal cosa, la estipulación de intereses haría que la suma debida no fuera determinada, aunque fuere determinable..."¹⁵.

Es preciso tener en cuenta que la orden va dirigida por el creador de la letra de cambio (girador) al girado, sin que deba mencionarse el negocio que dio lugar a dirigir dicha orden de pago. El girado sólo se obliga cuando acepta la orden dada por el girador, o sea que es a partir de este momento cuando se convierte en girado-aceptante, y por consiguiente en principal obligado cambiario.

Sobre la posibilidad de expresar algunas obligaciones en UPAC, se refiere así PEÑA CASTRILLON:

"Volviendo a la letra de cambio —y en contra de varias opiniones— creemos que en Colombia es válido significar el derecho incorporado en una letra de cambio (o en cualquier otro título-valor de contenido crediticio) en unidades de poder adquisitivo constante (UPAC), pues la suma de dinero a que se refieren esas unidades se encuentra perfectamente determinada, día a día, mediante índices suministrados por la misma autoridad monetaria, y si bien las UPAC no son moneda corriente (mal podría serlo una simple unidad de cuenta), esas unidades expresan única y exclusivamente moneda colombiana"¹⁶.

6.1.1.2. El nombre del girado: el girado viene a ser el destinatario de la orden de pago dada por el girador. La causa por la cual se da la orden de pago no interesa en lo que atañe al título-valor, pero es bueno advertir que ella obedece a las relaciones denominadas extracambiarias, las cuales son conocidas como relaciones subyacentes, fundamentales o causales.

Volvemos a recordar, porque ello es importante, que la orden de pago puede ser dirigida por el girador contra sí mismo, anotando que en este caso sobra la presentación de la letra para su aceptación.

Resulta claro, pues, que si en la letra de cambio no se coloca el nombre del girado, faltará uno de los requisitos especiales, y por lo mismo no producirá los efectos de una letra de cambio.

15. Posse Arboleda, León. Op. cit. p. 89.

16. Peña Castrillón, Gilberto, Op. cit. p. 74.

Procedente es informar que al girado también se le da la denominación de librado; y al girador la de librador.

- 6.1.1.3. **La forma del vencimiento:** esta mención tiene por objeto delimitar la vida cambiaria de la letra fijando cuándo se hace exigible la prestación o derecho en ella incorporado.

Sobre las formas de vencimiento de la letra de cambio se expresa el artículo 673 del C. de Co. en la siguiente forma: "La letra de cambio puede ser girada:

1. A la vista;
2. A un día cierto, sea determinado o no;
3. Con vencimientos ciertos sucesivos, y
4. A un día cierto después de la fecha o de la vista".

Vencimiento a la vista: esto implica que una vez presentada la letra por quien es su tenedor legítimo se produce su vencimiento y debe llevarse a cabo el pago.

"La presentación para el pago de la letra de cambio a la vista, deberá hacerse dentro del año que siga a la fecha del título. Cualquiera de los obligados podrá reducir ese plazo, si lo consigna así en la letra. El girador podrá, en la misma forma, ampliarlo y prohibir la presentación antes de determinada época" (Art. 692 del C. de Co.).

Vencimiento a un día cierto, sea determinado o no: el día cierto y determinado equivale a expresar el día, mes y año (páguese el 18 de diciembre de 1987 o páguese el tercer viernes del mes 12 de 1987). Con respecto a día no determinado la gran mayoría de los tratadistas afirman que no es propio de la certeza que reclama el derecho cambiario, acoger una forma de vencimiento de tal naturaleza. El Código Civil dice que el día es cierto e indeterminado, si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona (ver artículo 1139 inciso 2o.); un ejemplo de esta forma de vencimiento sería: páguese cinco días después de la muerte de fulano de tal.

Con vencimientos ciertos y sucesivos: esta forma se utiliza cuando la suma total de dinero se debe pagar en cuotas periódicas y sucesivas, o en varios contados; esta forma también recibe la denomi-

nación de vencimiento por instalamentos. Sobre si es factible pactar la cláusula de aceleración del vencimiento de la totalidad de la obligación, para el caso de incumplimiento de oportuno pago en las cuotas de capital y de intereses, se expresa así LOPERA SALAZAR:

“En los títulos-valores cuyo pago se pacta por cuotas periódicas o por instalamentos es dable pactar la cláusula de aceleración de vencimiento de la totalidad de la obligación, para el caso de incumplimiento de oportuno pago en las cuotas de capital y de intereses. Ello no le resta certeza al documento y el mismo derecho cambiario lo tolera cuando un título valor con un vencimiento fijo no es aceptado o sólo lo es parcialmente. En tal evento se puede hacer exigible la obligación con prescindencia del vencimiento, mediante el ejercicio de la acción cambiaria conforme lo autoriza el artículo 780 del Código de Comercio. Tampoco en materia comercial es extraña la cláusula como puede verse en el artículo 1116 del mismo estatuto donde se autoriza que, previa estipulación al respecto, la simple mora del mutuario en el pago de la amortización de una cuota periódica dará derecho al mutuante para exigir la totalidad de la obligación”¹⁷.

Vencimiento a un día cierto después de la fecha o de la vista: En el primer caso, o sea a un día cierto después de la fecha, indica que el día de la fecha de creación de la letra se tiene como punto de partida del plazo que determina la vida del título.

En el segundo caso, o sea un día cierto después de la vista, indica que es necesario que el tenedor de la letra la presente al girado para que a partir de ese momento de la presentación se comience a contar el plazo de vencimiento.

Es procedente agregar que el artículo 674, lo mismo que el 675, ambos del estatuto mercantil, fijan los alcances de expresiones para señalar vencimientos y la forma como se entenderán ciertas expresiones.

6.1.1.4. La indicación de ser pagadera a la orden o al portador: de las tres formas de circulación de los títulos-valores (nominativos, a la orden y al portador), sólo las dos últimas son compatibles con la letra de cambio. Cuando se trata de título-valor a la orden, éste debe contener el nombre de la persona determinada a la cual o a

17. Lopera Salazar, Luis Javier, Op. cit., p. 85.

cuya orden ha de hacerse el pago, agregando la cláusula a la orden o expresando que es transferible por endoso o diciendo que es negociable o indicando su denominación específica de título-valor.

Cuando se trata de letra de cambio al portador no es necesario indicar el nombre de una persona determinada, o sea que no se expide a favor de persona determinada o se inserta la cláusula al portador.

6.1.2. Partes que intervienen inicialmente en la letra de cambio.

6.1.2.1. **El Girador o Librador:** es la persona que da la orden de pago. Es quien expide la letra y se obliga a responder de la aceptación y del pago de la misma; teniéndose por no escrita toda cláusula que lo exima de esta responsabilidad (Art. 678 C. de Co.).

La firma del girador como creador del título es uno de los requisitos esenciales para la existencia, en este caso, de la letra de cambio. Basta recordar lo preceptuado por el artículo 621 del C. de Co. en relación con los requisitos comunes que deben llevar los títulos-valores.

6.1.2.2. **El Girado o Librado:** es la persona a quien el girador da la orden de que pague a quien acredite ser tenedor legítimo de la letra de cambio. El girado al suscribir el título se convierte en el principal obligado cambiario, y por ello se le denomina girado-aceptante. Mientras el girado no firme la letra de cambio, no la ha aceptado, y por consiguiente no es obligado cambiario. No se olvide que uno de los requisitos especiales de la letra de cambio es el de que en ella aparezca el nombre del girado.

6.1.2.3. **El Beneficiario o Tomador:** es la persona a quien, o a cuya orden debe hacerse el pago ordenado por el girador al girado. El beneficiario que recibe la letra de cambio, podrá presentarla para su aceptación por parte del girado o para su pago o podrá negociar-la dando lugar al inicio de la denominada cadena de endosos, la cual dependerá en su magnitud de la circulación del título.

El beneficiario cuando negocia el título debe proceder a endosarlo, con el objeto de colocar a otra persona en su lugar, la cual será el endosatario, persona ésta que adquiere un derecho autónomo o independiente del de su endosante. El endosatario podrá también negociar la letra de cambio, y al efecto deberá proceder a endosarla nuevamente y a entregarla a quien aparezca como endosatario en dicho endoso; esta transferencia puede repetirse mu-

chas veces hasta llegar a quien se presente como último tenedor del título.

- 6.1.3. **La aceptación en la letra de cambio:** ya habíamos dicho que el girado cuando se obliga se convierte en aceptante, y que para ello ocurrirá deberá estampar su firma en el título. Sobre la constancia de la aceptación se expresa así el artículo 685 del estatuto mercantil: "La aceptación se hará constar en la letra misma, por medio de la palabra "acepto" u otra equivalente, y la firma del girado. La sola firma será bastante para que la letra se tenga por aceptada".

La aceptación convierte al aceptante en el principal obligado. El aceptante quedará obligado cambiariamente aún con el girador; y carecerá de acción cambiaria contra éste y contra los demás signatarios de la letra, salvo en el caso previsto en el artículo 639 (ver artículo 689 del C. de Co.).

PEÑA CASTRILLÓN se refiere así a la aceptación:

"La aceptación no constituye un requisito ni para la constitución de la letra ni para su eficacia circulatoria, lo que explica que, como principio general, el poseedor del título no tenga la obligación (salvo contadas excepciones), sino la facultad de presentárselo al girado para su aceptación. En efecto, el objetivo principal de la letra es que se pague, y para ello poco puede importar que se haya aceptado"¹⁸

Como requisitos de la aceptación tenemos los siguientes: debe constar en el título mismo (se acostumbra en el anverso de la letra); debe ser incondicional, pues de lo contrario equivaldrá a negativa de aceptación; podrá limitarse a cantidad menor de la expresada en la letra.

Se considera rehusada la aceptación que el girado tache antes de devolver la letra al tenedor (Art. 688 C. de Co.).

En el caso de aceptación parcial de la letra de cambio puede recurrirse inmediatamente contra los obligados de regreso, por la parte no aceptada teniendo en cuenta la diligencia de protesto si éste es procedente. Por la parte que ha aceptado el girado podrá ejercerse la acción cambiaria directa al vencimiento del plazo estipulado en el título.

18. Peña Castrillón, Gilberto, Op. cit. p. 124.

La presentación para la aceptación puede hacerla cualquiera persona, ya se trate de un tenedor legítimo o alguien que reciba el encargo de llevar a cabo dicha diligencia. Es preciso tener en cuenta que el girado una vez le es presentada la letra para su aceptación, estampa su firma en ella en señal de compromiso y procede a entregar de nuevo el título a quien lo presentó para su aceptación.

Los artículos 682, 683 y 684 del C. de Co. regulan lo concerniente al lugar de la presentación de la letra de cambio.

6.1.3.1. Necesidad y no necesidad de la presentación para la aceptación: La presentación para la aceptación de la letra de cambio es obligatoria en los siguientes casos:

En la letra de cambio cuyo vencimiento sea a día cierto después de la vista (ver artículo 680 C. de Co.).

En las letras giradas a día cierto o a día cierto después de su fecha, será potestativa la presentación para su aceptación; pero el girador, si así lo indica en el título, puede convertirla en obligatoria y señalar un plazo para que se realice (ver artículo 681 del C. de Co.).

Sobre la letra a la vista es procedente transcribir lo dicha por DE SEMO, citado por Peña Castrillón (op. cit. p. 134):

“Por regla están excluidas de la presentación para la aceptación las letras a la vista porque ellas vencen con la presentación. Sin embargo, la presentación con el fin de buscar su aceptación no debe considerarse prohibida ya que con ella el portador puede mejorar las garantías de una letra que no se propone cobrar todavía; no obstante, esto tiene como consecuencia que no se le permitirá levantar el protesto por no aceptación ya que el girador y los endosantes de una letra a la vista están obligados a hacer pagar y no a hacer aceptar el título”.

6.1.3.2. Efectos de la aceptación: el girado al aceptar la letra de cambio se convierte en obligado principal y directo con respecto al pago del título.

La obligación de pagar la letra la asume el girado, inclusive frente al mismo girador.

El hecho de ser el aceptante el obligado principal y directo del pa-

go de la letra, implica que el cobro del título debe dirigirse en primer lugar frente a él.

Si el aceptante paga la letra de cambio (después de su vencimiento), ésta se descarga y por consiguiente carecerá de acciones contra los demás signatarios.

- 6.1.4. **Presentación para el pago de la letra de cambio:** el artículo 691 del C. de Co. es del siguiente tenor: "La letra de cambio deberá presentarse para su pago el día de su vencimiento o dentro de los ocho días comunes siguientes".

De otro lado el artículo 692 del C. de Co. se expresa así: "La presentación para el pago de la letra a la vista, deberá hacerse dentro del año que siga a la fecha del título. Cualquiera de los obligados podrá reducir ese plazo, si lo consigna así en la letra. El girador podrá, en la misma forma, ampliarlo y prohibir la presentación antes de determinada época".

De los dos textos anteriores podemos concluir: La presentación de la letra de cambio para su pago es inexcusable. Cuando se trata de letras con vencimiento a día fijo, a un día cierto después de la fecha y a un día cierto después de la vista, la presentación será oportuna cuando se hace el día del vencimiento o dentro de los ocho días comunes siguientes. Tratándose de letra de cambio con vencimiento a la vista, la presentación para el pago debe llevarse a cabo dentro del año siguiente a su fecha de creación.

En lo que dice relación a la persona autorizada para hacer la presentación, no cabe duda de que sólo puede efectuarla quien esté legitimado para el evento, es decir, la persona que tenga el título en su poder y a quien le haya sido debidamente endosado si el documento es a la orden y entró en el caudal circulatorio.

Con respecto al pago propiamente dicho cabe anotar lo siguiente: El tenedor no puede rehusar un pago parcial (Art. 693 C. de Co.).

El tenedor no puede ser obligado a recibir el pago antes del vencimiento de la letra (Art. 694 C. de Co.).

El girado que paga antes del vencimiento será responsable de la validez del pago (Art. 695 del C. de Co.).

Si vencida la letra, ésta no se presenta para su cobro dentro de los términos previstos en el artículo 691, cualquier obligado podrá

depositar el importe de la misma en un banco autorizado legalmente para recibir depósitos judiciales, que funcione en el lugar donde debe hacerse el pago, a expensas y riesgo del tenedor y sin obligación de dar aviso a éste. Este depósito producirá efectos de pago (Art. 696 C. de Co.).

En lo que dice relación al depósito del importe a que alude el artículo 696 del estatuto mercantil, es procedente hacer las siguientes anotaciones: La figura del artículo antes anotado no debe confundirse con el pago por consignación de que tratan los artículos 414 y 437 del Código de Procedimiento Civil. Como bancos legalmente autorizados para recibir depósitos judiciales tenemos: el Banco Popular y la Caja Agraria. En aquellos municipios donde no existe el servicio bancario, los depósitos judiciales se hacen ante la Recaudación de Hacienda Nacional.

- 6.1.5. **El protesto en la letra de cambio:** LOPERA SALAZAR trae la siguiente noción de protesto:

“Este acto, en razón de la fe pública o notarial, otorga plena autenticidad a las declaraciones expresadas bajo la firma del notario y que comprueban la falta de aceptación, total o parcial, o la falta de pago de la letra de cambio. Es acto auténtico, público y solemne que permite, como condición de procedibilidad, el ejercicio de las acciones cambiarias de regreso, las cuales, sin su previo diligenciamiento caducarian frente a los obligados secundarios. Tiene, en consecuencia, el protesto a la vez que una finalidad probatoria del requerimiento de aceptación o de pago que el tenedor hace al girado y de la situación cambiaria insatisfecha, otra, de ser acto conservatorio de las acciones cambiarias de regreso”¹⁹.

Según el artículo 697 del C. de Co. el protesto será necesario cuando el creador de la letra o algún tenedor inserte la cláusula “con protesto”, en el anverso y con caracteres visibles.

Si la letra de cambio se presenta por conducto de un banco, la anotación que coloque el banco con respecto a la negativa de la aceptación o de pago, valdrá como protesto (Art. 708 del C. de Co.). La anterior disposición implica que siendo la letra de cambio con protesto, al ser presentada por intermedio de un banco, no se requiere para la práctica del protesto la intervención de notario público como lo establece el artículo 698 del C. de Co., sino que la

19. Lopera Salazar, Luis Javier, Op. cit., pp. 97 y 98.

anotación que haga el banco con respecto a la negativa de aceptación o de pago, tendrá el valor de protesto.

La diligencia de protesto tiene incidencia en la caducidad de la acción cambiaria de regreso. Para aclarar este punto diremos lo siguiente: en el caso de la letra de cambio tenemos como directamente obligados al girado-aceptante y a sus avalistas, si los tiene. Como obligados de regreso están el girador, los endosantes y sus avalistas, si los tienen. Además, el artículo 787 del C. de Co. nos dice que la acción cambiaria de regreso del último tenedor caducará: por no haber sido presentado el título en tiempo para su aceptación o para su pago, y por no haber levantado el protesto conforme a la ley.

En resumen, podemos concluir: están sometidas a protesto las letras de cambio en las cuales se haya insertado la cláusula "con protesto" por algún tenedor y en el anverso del título. Excepto cuando el título se presenta por intermedio de un banco, la diligencia de protesto requiere intervención de notario público. El protesto puede presentarse tanto por falta de pago como por falta de aceptación (posteriormente veremos con mejor detalle este punto). Por último, el protesto es necesario para impedir la caducidad de las acciones cambiarias de regreso, agregando que para el ejercicio de la acción cambiaria directa contra el girado-aceptante no se hace necesario presentar oportunamente el título ni llevar a cabo la diligencia de protesto, pues dicha acción no está sometida al fenómeno de la caducidad.

6.1.5.1. Requisitos que debe reunir el protesto para ser considerado en debida forma:

Debe ser oportuno: con respecto a la oportunidad es preciso mirar si se trata de aceptación o de pago. El protesto por falta de aceptación deberá hacerse antes de la fecha del vencimiento, teniendo en cuenta que las letras a la vista no se protestan por falta de aceptación.

Si se trata de protesto por falta de pago tenemos que éste se hará dentro de los quince días comunes siguientes al del vencimiento. Si la letra fuere protestada por falta de aceptación, no será necesario protestarla por falta de pago. La letra a la vista sólo se protestará por falta de pago. Lo mismo que las letras respecto a las cuales la presentación para la aceptación fuere potestativa.

Debe realizarse en el lugar señalado: el protesto se hará en los lu-

gares señalados para el cumplimiento de las obligaciones o del ejercicio de los derechos consignados en el título. Si se desconoce el lugar donde se encuentra la persona contra quien deba hacerse el protesto, éste se practicará en la oficina del notario que deba autorizarlo.

El acto del protesto servirá para comprobar la falta de aceptación, total o parcial, o la falta de pago del título; por ello su diligenciamiento implica que se surta con quien ha incumplido la obligación (girado para la aceptación y aceptante para el pago), teniendo en cuenta que si la persona contra quien haya de hacerse el protesto no se encuentra presente, la diligencia no será suspendida.

Debe ser autorizado por notario público: la persona autorizada para llevar a cabo la diligencia de protesto es el notario público, excepto cuando la letra se presenta por conducto de un banco, la anotación de este respecto de la negativa de la aceptación o del pago, valdrá como protesto.

Debe reunir los requisitos formales del artículo 706 del C. de Co.: La disposición antes aludida expresa en forma clara que el protesto se hará constar en el cuerpo de la letra o en hoja adherida a ella, bajo la firma del notario, con indicación de la fecha del acta respectiva. Además se enuncia lo que contendrá el acta que será levantada con motivo del protesto.

- 6.1.6. **Aviso de rechazo:** el artículo 707 del estatuto cambiario es del siguiente tenor: "El tenedor del título cuya aceptación o pago se hubiere rehusado, deberá dar aviso de tal circunstancia a todos los signatarios del mismo cuya dirección conste en él, dentro de los cinco días comunes siguientes a la fecha del protesto o a la presentación para la aceptación o para el pago.

El tenedor que omita el aviso será responsable, hasta una suma igual al importe de la letra, de los daños y perjuicios que se causen por su negligencia.

También podrá darse el aviso por el notario encargado de formular el protesto".

La omisión del aviso de rechazo no tiene ninguna incidencia sobre las acciones cambiarias de regreso; su repercusión tiene que ver con la denominada acción indemnizatoria, la cual en su monto podrá llegar hasta una suma igual al importe de la letra.

El tenedor y todos los endosantes pueden quedar exonerados de dar el aviso de rechazo; para ello se insertará la cláusula que así lo indique, como por ejemplo: excusado el aviso de rechazo, sin aviso, excusados los avisos, etc. Cabe anotar que cuando se da la letra sin protesto, ya porque no se anote que es con protesto o ya porque se le coloque la cláusula excusado el protesto u otra semejante (cuestión ésta innecesaria a pesar de que en muchos formatos se acostumbra), se entenderán también excusados los avisos de rechazo.

- 6.2. **El pagaré:** es una promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero. Las partes que intervienen en el pagaré son las siguientes: el emitente u otorgante que es aquella persona que promete pagar una suma determinada de dinero; de otro lado está el tomador o beneficiario que es la persona a cuyo favor se promete pagar la ya aludida suma. Si el título entra en la circulación cambiaria, el beneficiario irá siendo desplazado o reemplazado por los endosatarios.

El pagaré es un título-valor de contenido crediticio en el cual el emitente u otorgante se obliga en forma principal y directa desde el momento en que suscribe el título.

- 6.2.1. **Requisitos del pagaré:** además de los requisitos establecidos en el artículo 621, el pagaré debe contener; la promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero; el nombre de la persona a quien deba hacerse el pago; la indicación de ser pagadero a la orden o al portador, y la forma de vencimiento.

Como el artículo 711 del C. de Co. expresa que serán aplicables al pagaré en lo conducente, las disposiciones relativas a la letra de cambio; consideramos que no sea del caso entrar a explicar en forma detallada los requisitos del pagaré, ni las normas que le son aplicables, ya que basta con remitirnos a lo expresado anteriormente para la letra. En resumen podemos afirmar que al pagaré son comunes los siguientes principios que gobiernan la letra de cambio:

Puede contener cláusulas de interés y de cambio a una tasa fija o corriente.

El pagaré nominativo no es admisible, sólo puede girarse a la orden o al portador.

Puede estipularse en el pagaré cualquiera de las formas de venci-

miento estipuladas para la letra de cambio en el artículo 673 del C. de Co. El aval es también aplicable al pagaré bien sea en la posición de obligado directo (avalista del otorgante) o en la posición de obligado de regreso (avalista de un endosante).

El pagaré puede extenderse con protesto, pero si nada se dice se tendrá que es sin protesto. Claro que se hace necesario advertir que en el pagaré no se da la aceptación como en la letra, por ser ésta una orden de pago y en cambio aquél es una promesa de pago. Lo anterior implica que el protesto por falta de pago será necesario en el pagaré cuando se haya expresado en el texto del título.

La no presentación para el pago y la falta de protesto cuando éste sea necesario, producirán la caducidad de las acciones cambiarias de regreso.

En general, puede decirse, que son aplicables al pagaré todas las normas de la letra de cambio que no sean contrarias a la naturaleza jurídica de aquel título-valor.

6.3. **El cheque:** nuestra legislación comercial no define el cheque sino que se limita a enunciar los requisitos que debe contener como título-valor. Consideramos procedente presentar la siguiente definición: El cheque es un título-valor que sólo puede ser expedido en formularios impresos de cheques o chequeras y a cargo de un banco, que incorpora una orden incondicional de pagar a la vista una determinada suma de dinero y librado a la orden o al portador.

6.3.1. **Requisitos del cheque:** el artículo 713 del C. de Co. se expresa así: "El cheque deberá contener además de lo dispuesto por el artículo 621:

1. La orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero;
2. El nombre del banco librado, y
3. La indicación de ser pagadero a la orden o al portador".

Refiriéndose a los requisitos de forma en el cheque, POSSE ARBOLEDA expresa lo siguiente:

"El art. 713 del Código de Comercio señala las condiciones de forma que, además de las generales de todo título-valor, ha de contener el cheque para poder ser mirado como título-valor, conforme a lo dispuesto en el art. 620 del mismo código.

Es decir, que el cheque deberá: 1o.) llevar fecha (si no se menciona, será la de su entrega, art. 621); 2o.) indicar el lugar de su expedición (si no, lo será el del domicilio del creador, art. 621); 3o.) mencionar el derecho que en él se incorpora (art. 621); 4o.) estar firmado por quien lo gira (art. 621); 5o.) con contener una orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero (no admite, por tanto, cláusulas de interés o cambio, art. 713); 6o.) señalar el nombre del banco librado (art. 713); 7o.) indicar si es pagadero a la orden o al portador (art. 713). El documento debe corresponder al formulario que imprima el respectivo banco, o que se haya impreso con su autorización, como lo prescribe el art. 712 del Código²⁰.

Además de los requisitos que se han enunciado podemos agregar al cheque las siguientes características:

El cheque es siempre pagadero a la vista. Cualquier anotación en contrario se tendrá por no puesta. El cheque posdatado será pagadero a su presentación (Art. 717 del C. de Co.).

Es un documento eminentemente formal tal como se dejó señalado al iniciar este número (6.3.1.).

En el cheque no se da la institución de la aceptación, pues la función del librado (banco) es pagar el título, no aceptarlo. A pesar de que algunos confunden la certificación con la aceptación, es necesario advertir que se trata de dos figuras distintas.

Como título que reemplaza a la moneda es instrumento de pago; su función principal es la de servir de medio de pago y por consiguiente su duración es precaria, como puede deducirse de los cortos plazos de presentación a que está sometido, además, de que como ya se había dicho es pagadero a su presentación.

El cheque en cuanto a la caducidad y prescripción de las acciones cambiarias está sometido a normas especiales (Arts. 729, 730 y 751 del C. de Co.).

El cheque exige provisión de fondos, no obstante, la falta de dicha provisión no lo despoja de su calidad de título-valor. El artículo 714 del C. de Co. en forma textual dice: "El librador debe tener provisión de fondos disponibles en el banco librado y haber recibido de éste autorización para librar cheques a su cargo. La autoriza-

20. Posse Arboleda, León, Op. cit. p. 133.

ción se entenderá concedida por el hecho de que el banco entregue los formularios de cheques o chequera al librador". Los elementos de provisión de fondos y autorización para librar cheques pertenecen a la relación extrabancaria que se origina en el contrato de cuentacorrente bancaria celebrado entre el banco y el cuentacorrentista.

El cheque es siempre mercantil ya que el artículo 20 num. 6 del C. de Co. dispone que son mercantiles el giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores. Entonces, siendo el cheque un título-valor, ello implica que le es aplicable la norma que se acaba de enunciar.

- 6.3.2. **Circulación del cheque:** a este respecto debemos tener presente que el cheque no admite la figura de nominativo, o sea que sólo puede ser girado a la orden o al portador. En este último caso se hace necesario tener en cuenta que el cheque certificado no puede ser al portador (Art. 739, Parágrafo), y además, de acuerdo con la Ley 1a. de 1980 el cheque fiscal es incompatible con la cláusula "al portador".

Con respecto al cheque a la orden nos limitamos a sugerir una lectura detallada sobre el endoso (ver número 3), ya que en este sentido y en lo que respecta al cheque las nociones son las mismas.

Es procedente ahora entrar a considerar la denominada limitación de la negociabilidad del cheque. Sobre este aspecto se refiere el artículo 715 del C. de Co. así: "La negociabilidad de los cheques podrá limitarse insertando en ellos una cláusula que así lo indique:

Algunas de las cláusulas que se utilizan para limitar la negociabilidad de los cheques, son las siguientes: "no endosable", "no negociable", "páguese únicamente al primer beneficiario", "para consignar únicamente en la cuenta del primer beneficiario", etc.

En cuanto a los cheques de negociabilidad limitada por disposición de la ley, tenemos:

El cheque expedido o endosado a favor del banco librado, salvo que en él se indique lo contrario (Art. 716 del C. de Co.).

Los cheques fiscales que no son negociables ni podrán ser pagados en efectivo (Ley 1a. de 1980, Art. 1o. num. 4).

La transferencia de un cheque no negociable carece de efectos cambiarios y por consiguiente está sometido a las normas del derecho común que regulan la cesión ordinaria (Código Civil Arts. 1959 y ss.). Procedente es advertir que el cheque no negociable puede endosarse en procuración o al cobro, ya que esta forma de endoso no implica transferencia de la propiedad sobre el título, sino que es un medio para obtener el pago del documento.

LOPERA SALAZAR (op. cit. pp. 127 y 128) refiriéndose a la no negociabilidad del cheque alude a que hay cláusula de no negociabilidad total, como "no transferible", "páguese únicamente al primer beneficiario", "para abonar en la cuenta del primer beneficiario", etc. Dice el autor que tales menciones impiden cualquier circulación del cheque, sea por negociación cambiaria o por cualquier medio de transmisión entre vivos. De otro lado dice que hay una no negociabilidad simple originada en el derecho inglés, que se expresa con las fórmulas "no negociable", "no endosable", lo cual indica que el cheque no tiene circulación cambiaria; pero el cheque sí puede desplazarse de una persona a otra, la que adquiere un derecho derivado.

La Superintendencia Bancaria en Circular DB-040, de abril 13 de 1981, afirma entre otras cosas lo siguiente:

"Tratándose de cheques cuya negociabilidad se ha restringido cualquiera que sea la cláusula utilizada para tal efecto, el librado sólo podrá efectuar un pago válido en la medida que lo haga al tenedor legítimo del instrumento, bien directamente o por conducto de otro banco, tal como lo dispone el artículo 715 del Código de Comercio, ya sea por ventanilla o a través de la Cámara de Compensación y sin que exista obstáculo legal alguno para que el tenedor del título reciba su importe en efectivo o mediante un abono en su cuenta corriente en el banco endosatario".

- 6.3.3. **Presentación y pago del cheque:** ya sabemos que el cheque es un título-valor pagadero a su presentación. La ley ha fijado unos términos para la presentación de este título-valor. Dichos términos se hallan expresados en el artículo 718 del C. de Co. en la siguiente forma:

"Los cheques deberán presentarse para su pago:

1. Dentro de los quince días a partir de su fecha, si fueren pagaderos en el mismo lugar de su expedición;

2. Dentro de un mes, si fueren pagaderos en el mismo país de su expedición, pero en lugar distinto al de ésta;
3. Dentro de tres meses, si fueren expedidos en un país latinoamericano y pagaderos en algún otro país de América Latina, y
4. Dentro de cuatro meses, si fueren expedidos en algún país latinoamericano para ser pagados fuera de América Latina”.

Con respecto a los números 3 y 4 es preciso anotar que ellos carecen de aplicación en nuestro medio, ya que lo regulado en los mismos es cuestión atinente al derecho internacional privado y no al derecho interno del país. El injerto de tales disposiciones en nuestro estatuto cambiario, obedece a que se hizo una reproducción casi que exacta del artículo 109 del Proyecto de Ley Uniforme de títulos-valores para América Latina (INTAL).

Queda, entonces, por analizar lo referente a los términos establecidos en los otros dos numerales, advirtiendo que en el primero el plazo de quince (15) días, corresponde a días hábiles, o sea que en su contabilización no se tienen en cuenta los festivos y dominicales, como consideramos que tampoco deben contabilizarse los días en los cuales la banca no presta su servicio al público (sábados en algunas plazas y días finales de mes destinados a la elaboración del balance).

Sea ésta la oportunidad para llamar la atención sobre el contenido del artículo 829 del Código de Comercio el cual fija las reglas relativas a los plazos en materia comercial.

- 6.3.31. **Presentación del cheque en cámara de compensación:** La presentación de un cheque en cámara de compensación surtirá los mismos efectos que la hecha directamente al librado (Art. 719 del C. de Co.).

RENGIFO explica así la función de las cámaras de compensación:

“En Colombia la cámara de compensación funciona en el Banco de la República a donde cada día son llevados los cheques que cada banco recibe de sus clientes y a cargo de otros bancos. Allí son compensados previa comprobación necesaria tendiente a verificar la existencia de la cuenta corriente de cada cliente, si el cheque es regular en su forma exterior y si existen fondos disponibles. Por ello toda operación (que

en la terminología bancaria se llama "canje") se divide en dos etapas con escasa diferencia una de otra: la presentación de los cheques propiamente tal y su posterior pago, previa la verificación, por cada banco librado, de los elementos que se acaban de enunciar. Para esta verificación se procede así: llevados todos los cheques a la cámara se discriminan y clasifican por bancos. A cada representante de los bancos afiliados se le entregan los cheques librados contra su institución; el representante los lleva a su banco y hace las referidas comprobaciones; luego regresa con los cheques que, puede pagar, para la compensación propiamente tal y con aquellos que por cualquier causa no pueden serlo para que a través del banco por medio del cual llegaron a la cámara, sean devueltos al cliente depositante, con una nota de rechazo"²¹.

- 6.3.3.2. Pago de los cheques presentados fuera de tiempo:** el artículo 721 del C. de Co. se expresa en la siguiente forma: "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".

Lo anterior quiere decir que a pesar de lo dispuesto en el artículo 718 del C. de Co. se puede obtener el pago del cheque, siempre y cuando sea presentado al banco dentro de los seis meses que sigan a su creación.

- 6.3.3.3. Obligación de pago del librado:** "El banco estará obligado en sus relaciones con el librador a cubrir el cheque hasta el importe del saldo disponible, salvo disposición legal que lo libre de tal obligación.

Si los fondos disponibles no fueren suficientes para cubrir el importe total del cheque, el librado deberá ofrecer al tenedor el pago parcial, hasta el saldo disponible" (Art. 720 del C. de Co.).

Es procedente advertir que el tenedor del cheque no puede ejercitar contra el librado acción cambiaria, excepto cuando se trata de cheques certificados, con provisión garantizada (desconocidos hasta ahora dentro de nuestras prácticas comerciales), de gerencia y de viajero, casos éstos en los cuales el banco librado se convierte en obligado cambiario.

21. Peregillo, Ramiro, Op. cit., pp. 209 y 210.

De otro lado tenemos que el artículo 722 del C. de Co. dispone que cuando sin justa causa se niegue el librado a pagar un cheque o no haga el ofrecimiento de pago parcial prevenido en los artículos antecedentes, pagará al librador, a título de sanción, una suma equivalente al 20% del importe del cheque o del saldo disponible, sin perjuicio de que dicho librador persiga por las vías comunes la indemnización de los daños que se le ocasionen.

6.3.3.4. Revocación del cheque: "El librador podrá revocar el cheque, bajo su responsabilidad, aunque no hayan transcurrido los plazos para su presentación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 742. Notificada la revocación al banco, éste no podrá pagar el cheque" (Art. 724 del C. de Co.).

Para muchos tratadistas esta norma rompe con la armonía que trae el Proyecto INTAL, ya que en éste la revocación se permite si han transcurrido los plazos de presentación (ver art. 114 del texto del Proyecto de Ley Uniforme de Títulos-Valores para América Latina), en cambio los redactores de nuestro Código de Comercio optaron por no transcribir de igual manera la norma, dando origen a un injerto desarmonioso y poco conveniente.

Debe tenerse en cuenta que el librador no podrá revocar el cheque certificado antes de que transcurran los plazos de presentación (Art. 742 del C. de Co.).

De otro lado es necesario advertir que el artículo 357 del Código Penal sanciona con prisión de uno a tres años, la orden injustificada de no pago del cheque.

BECERRA TORO expone como motivos determinados del no pago de un cheque, universalmente aceptados, los siguientes:

- "a) Cuando se produce la caducidad de las acciones cambiarias de regreso;
- b) Cuando transcurre el término de prescripción;
- c) Cuando ha sido decretada su cancelación por extravío, hurto o destrucción total del título;
- d) Cuando el cheque ha sido alterado;
- e) Cuando el contrato extracambiario adolece de objeto o causa ilícitos, o cuando carece de causa, o cuando su giro se debe a la existencia de un vicio del consentimiento;

f) Cuando se ha entregado el cheque con la intención de no hacerlo negociable, o cuando todavía no se ha entregado (depósito, etc.)²².

6.3.4. **Protesto del cheque:** a diferencia de la letra de cambio en la cual el protesto es facultativo, en el cheque esta diligencia es de carácter obligatorio, ya que el artículo 729 del C. de Co. dispone que la acción cambiaria contra el librador y sus avalistas caduca por no haber sido presentado y protestado el cheque en tiempo.

Sobre cómo se lleva a cabo el protesto, el artículo 727 del C. de Co. dispone lo siguiente: "La anotación que el librado o la cámara de compensación ponga en el cheque, de haber sido presentado en tiempo y no pagado total o parcialmente, surtirá los efectos del protesto".

En cuanto a la presentación ha de entenderse que para que éste sea oportuna debe llevarse a cabo dentro de los términos establecidos por el artículo 718 del C. de Co.

Sobre la oportunidad del protesto en el cheque, es necesario aplicar por analogía la norma que para el efecto rige en la letra de cambio, y que en relación con el término para efectuarlo expresa que se hará dentro de los quince días comunes siguientes al vencimiento (Art. 703 del C. de Co.).

En lo que dice relación a cómo debe constar el protesto en el cheque, las opiniones son varias, pues algunos sostienen que el volante con que es devuelto el cheque por el banco hace las veces de protesto. En cambio otros sostienen con mejor acierto, que el protesto para tener la calidad de tal, requiere que la anotación se haga en el mismo cuerpo del cheque. De esta última posición es TRUJILLO CALLE, quien al respecto afirma:

"Pero tratándose del cheque la ley ha querido, excepcionalmente, que la anotación que el banco o la cámara de compensación ponga, de haber sido presentado en tiempo y no pagado total o parcialmente, surta los efectos de protesto cuando tal anotación se haga en el cheque. No admite allong y menos acta separada o aliunde y por eso hemos considerado que es absolutamente indispensable, para ejercer las acciones de regreso contra el girador, el protesto en el cheque,

22. Becerra Toro, Rodrigo, Teoría general de los títulos-valores, Editorial Temis, Bogotá, 1984, p. 144.

no siendo suficiente el papel que a manera de volante los bancos adhieren el título-valor"²³.

En forma similar a la anteriormente citada se pronuncia la Superintendencia Bancaria en Oficios OJ-379 de noviembre 18 de 1975 y DB-2549 de agosto 23 de 1979.

6.3.5 La caducidad y prescripción de las acciones cambiarias en el cheque: La acción cambiaria es directa cuando se ejercita contra el aceptante de una orden o el otorgante de una promesa cambiaria o sus avalistas, y de regreso cuando se ejercita contra cualquier otro obligado (Art. 781 del C. de Co.).

Frente al cheque debemos observar que el librador no es un obligado directo sino indirecto, ya que el librado es responsable frente al vínculo jurídico surgido del contrato de cuentacorrente bancaria, el cual constituye una relación de carácter extracambiarío.

Ahora, si tenemos en cuenta que la caducidad es un fenómeno propio de la acción de regreso, ya que la directa sólo prescribe, podemos concluir con un buen número de tratadistas, que en el cheque el librado no adquiere obligación cambiaria, a excepción de los casos especiales de cheques certificados, con provisión garantizada, de gerencia y de viajero, en los cuales el banco librado se constituye en obligado cambiario.

6.3.5.1. La caducidad: digamos que la caducidad es la sanción que impone la ley a quien debiendo realizar determinados actos o diligencias ordenados por ella, no los lleva a cabo, quedando impedido para adquirir el derecho del cual es titular.

Ya lo habíamos advertido, que en relación con la caducidad de la acción cambiaria que surge del cheque, existen disposiciones especiales. El artículo 729 del C. de Co. regula este fenómeno en el título-valor a que nos venimos refiriendo. El texto de dicha norma es el siguiente: "La acción cambiaria contra el librador y sus avalistas caduca por no haber sido presentado y protestando 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.

23. Trujillo Calle, Bernardo. Op. cit., p. 237.

La acción cambiaria contra los demás signatarios caduca por la simple falta de presentación o protesto oportunos”.

De acuerdo con lo expresado por la norma antes transcrita, tenemos que para que la acción cambiaria caduque frente al librador y sus avalistas, es necesario que se reúnan los cuatro requisitos siguientes:

1. Que el cheque no haya sido presentado para su pago en los plazos que para el efecto dispone el artículo 718 del C. de Co.
2. Que el protesto no haya sido efectuado en el tiempo requerido, el cual será establecido en el artículo 703 para la letra de cambio, dándole nosotros una aplicación por analogía a dicha norma.
3. Que durante el término de presentación el librador haya tenido fondos suficientes en poder del librado; y
4. Que por causa no imputable al librador deje de pagarse el cheque.

Como causas no imputables al librador pueden traerse por vía de ejemplo las siguientes: disposiciones gubernamentales que ordenen la congelación de fondos; cierre interino de los establecimientos bancarios como medida de orden público; iliquidez que conlleve la liquidación administrativa forzosa del librado; etc.

TRUJILLO CALLE con relación al artículo 729 utiliza un giro preciso que no deja duda al respecto: “La acción cambiaria contra el librador y sus avalistas caduca por no haber sido presentado y protestado el cheque en tiempo”. La copulativa “y” indica la necesidad de presentación y protesto y un protesto conforme al art. 727. En cambio la parte final del mismo Art. 729 dice: “La acción cambiaria contra los demás signatarios (endosantes y avalistas de éstos) caduca por la simple falta de presentación o protesto oportunos”. La disyuntiva “o” indica que la sola presentación es suficiente para ejercer las acciones de regreso y tal presentación se prueba con el “volante” a que hemos hecho alusión²⁴.

6.3.5.2. La prescripción: el Código Civil define la prescripción en la si-

24. Trujillo Calle, Bernardo. Op. cit. p. 238.

guiente forma: "La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

La acción cambiaria directa no caduca, pero prescribe; la acción cambiaria de regreso es susceptible de caducidad y prescripción. Con relación a la acción cambiaria de regreso hay que tener en cuenta que para hablar de prescripción con respecto a ella, es preciso que la misma no haya caducado.

El artículo 730 del C. de Co. regula la prescripción de la acción cambiaria en el cheque; dicha disposición expresa lo siguiente: "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 aquél en que paguen el cheque".

Ha de entenderse que la prescripción comienza a correr a partir de la presentación, la cual debe hacerse dentro de los términos fijados por el artículo 718 del C. de Co.; y en caso de que el cheque no sea presentado dentro de dichos términos, la prescripción se contará a partir del día siguiente a aquél en el cual concluyan los mismos.

Algunos autores han querido presentar como cuenta del término de prescripción, a partir de los seis meses expresados por el artículo 721 del C. de Co., o sea que dan a entender como que durante este lapso de tiempo pueda hacerse la presentación y a partir de ella contar el término de prescripción de la acción cambiaria y con relación al último tenedor del cheque. Somos contrarios a la anterior posición, pues consideramos, como lo hace buena parte de la doctrina, que el plazo de seis meses establecido en el artículo 721 tiene que ver con la caducidad del cheque como título-valor y no con la caducidad de la acción cambiaria, en la cual deben tenerse en cuenta como términos de presentación los establecidos en el artículo 718 del C. de Co.

- 6.3.6. **Cheques especiales:** nuestro Código de Comercio en los artículos 734 a 751 trae normas especiales en relación con ciertas clases de cheques.

6.3.6.1. **Cheque cruzado general:** cuando sobre el anverso del cheque se trazan dos líneas paralelas sin colocar ninguna inscripción, el título podrá ser cobrado por cualquier banco.

6.3.6.2. **Cheque cruzado especial:** el cruzamiento en especial si entre las líneas paralelas colocadas en el anverso del cheque, aparece el nombre del banco que debe cobrarlo. En tal caso el cheque sólo podrá ser cobrado por el banco cuyo nombre aparezca entre las líneas o por el banco a quien el anterior lo endosare para el cobro.

No se podrá borrar el cruzamiento ni el nombre del banco en él inserto. Sólo valdrán los cambios o supresiones que se hicieren bajo la firma del librador (Art. 736 del C. de Co.).

6.3.6.3. **Cheque para abono en cuenta:** el librador o el tenedor puede prohibir que el cheque sea pagado en efectivo, insertando la expresión "para abono en cuenta" u otra equivalente. Este cheque se denomina para abono en cuenta (Art. 737 del C. de Co.).

En el cheque para abono en cuenta es requisito indispensable que el beneficiario tenga cuenta abierta en el banco, o la abra; discutiéndose en este último caso si el banco tiene obligación de abrirla para permitir el cobro del título. El cobro de esta clase de cheques no puede hacerse directamente por ventanilla, o sea que su pago no podrá hacerse en efectivo, sino que se realiza por medio de un asiento contable por el cual se acredita la cuenta corriente que el beneficiario tenga en el banco librado.

Entre nosotros se presentan posiciones encontradas con respecto a si el beneficiario que no tiene cuenta en el banco librado, puede endosar el cheque en procuración al banco donde sea titular de la cuenta, para que éste lo presente al cobro ante el banco librado. De un lado la Corte Suprema de Justicia en sentencia de octubre 24 de 1980 dice que tal procedimiento no está permitido. De otro lado la Superintendencia Bancaria en circular P.D. 124 de octubre 9-80 acoge dicho procedimiento.

El hecho de que el cheque sea para abono en cuenta, sin ninguna otra especificación que impida su negociación, implica que el título será libremente negociable, pero con la advertencia de que quien lo adquiera deberá tener cuenta en el banco librado o proceder a abrirla.

Otras cláusulas análogas a la "para abono en cuenta" son las si-

guientes: para acreditar en cuenta, para compensar, para cargar en cuenta, para anotar en cuenta, para contabilidad, etc.

Una forma de limitar la negociabilidad de esta clase de cheques, sería insertando una cláusula del siguiente estilo: "abónese únicamente a la cuenta del primer beneficiario".

6.3.6.4. Cheque certificado: sobre esta clase de cheques se refiere el artículo 739 del C. de Co. en la siguiente forma: "El librador o el tenedor de un cheque puede exigir que el librado certifique la existencia de fondos disponibles para su pago. Este cheque se denomina "certificado".

Por virtud de esta certificación, el girador y todos los endosantes quedan libres de responsabilidad.

Parágrafo. La certificación no puede ser parcial ni extenderse a cheques al portador".

Algunos tratadistas han querido identificar la certificación con la aceptación, figura ésta propia de la letra de cambio. Tal identificación los lleva a concluir que es necesario aplicar al cheque certificado las regulaciones que con respecto a la aceptación rigen para la letra.

Los opositores al criterio anterior apuntan como diferencias fundamentales entre la certificación y la aceptación, las siguientes:

1. En la letra de cambio el girado-aceptante es parte directamente obligada y ello no implica liberación del girador, ya que éste no puede eximirse de la responsabilidad de la aceptación y pago de la letra (Art. 678 del C. de Co.).
2. En la letra de cambio el aceptante se obliga cambiariamente hasta tanto la acción cambiaria no prescriba; en cambio en la certificación el banco librado sólo se obliga durante los términos de presentación del cheque (Art. 740 del C. de Co.).
3. En la letra de cambio la aceptación puede ser parcial (Art. 687). La certificación no puede darse en tal forma (Art. 739).
4. La aceptación no es obligatoria. En tanto que el librador o el tenedor de un cheque pueden exigir que el librado certifique la existencia de fondos disponibles para su pago (Art. 739).
5. La aceptación no puede ser revocada por el girador de la letra

de cambio. En tanto que el librador del cheque certificado podrá revocarlo después de transcurrido el plazo de presentación del mismo (Art. 742).

La certificación no exige fórmulas especiales, ya que la expresión "visto bueno" u otras equivalentes, suscritas por el librado, o la sola firma de éste, equivaldrán a certificación (Art. 741 del C. de Co.).

Por último, la prohibición de que la certificación se extienda a cheques al portador, encuentra su razón de ser en evitar que tales títulos sean considerados como billetes de banco.

6.3.6.5. Cheque con provisión garantizada: esta clase de cheques, a pesar de estar prevista en nuestra legislación comercial (Arts. 743 y 744), no es utilizada dentro de nuestras prácticas comerciales. La primera de las disposiciones antes citadas, se refiere a estos cheques en la siguiente forma: "Los bancos podrán entregar a sus cuenta-correntistas formularios de cheques con provisión garantizada, en los cuales conste la fecha de la entrega y, en caracteres impresos, la cuantía máxima por la cual cada cheque puede ser librado.

La entrega de los formularios respectivos producirá efectos de certificación".

La norma siguiente se expresa así: "La garantía de la provisión se extinguirá si el cheque no es presentado dentro del año siguiente a la fecha de entrega de los formularios".

Algunos de los argumentos presentados para que el cheque con provisión garantizada no sean todavía de uso entre nosotros, son los siguientes:

Es muy probable que los cuentacorrentistas no tengan interés en mantener unos fondos congelados en el banco, si es el caso de que éste exija previamente una provisión para entregar los formularios respectivos.

Podrá también presentarse el caso en el cual su práctica implique una apertura de crédito, situación ésta en la cual es corriente en nuestro medio que se estén dictando medidas por parte del gobierno nacional con carácter restrictivo.

Recordemos, por último, que la entrega de los formularios pro-

duce los efectos de certificación, o sea que el girador y todos los endosantes quedan libres de responsabilidad. Se advierte que la responsabilidad del banco se extingue si el cheque no es presentado dentro del año siguiente a la entrega de los formularios.

- 6.3.6.6. **Cheques de gerencia:** a esta clase de cheques sólo se refiere el artículo 745 del C. de Co. y en la siguiente forma: "Los bancos podrán expedir cheques a cargo de sus propias dependencias".

El cheque de gerencia también es conocido como cheque de caja y cheque circular. Su característica más sobresaliente consiste en que una misma persona es a la vez librador y librado. Ello ha dado pie para que algunos consideren que se trata de un verdadero pagaré, por conllevar una promesa de pago y no una orden de pago, siendo lo último uno de los aspectos que se tienen en cuenta para identificar el cheque. A esta posición es necesario responder que dentro del articulado del Código de Comercio, y dada la función que tiene este título-valor, no cabe duda de que se trata del cheque.

En el cheque de gerencia el banco (librado) se constituye en un obligado cambiario (principal y directo).

Puede ser girado al portador, aunque en la práctica los bancos evitan hacerlo en tal forma. Es libremente negociable si mediante la cláusula correspondiente no se ha limitado su transferencia.

No se requiere ser cuentacorrentista para adquirir un cheque de esta naturaleza. Los establecimientos bancarios generalmente los venden a quienes se lo soliciten.

La utilización del cheque de gerencia obedece a operaciones como: efectuar pagos en otras plazas; transferir fondos entre distintas sucursales o agencias de un banco; para efectuar traslados de fondos de un cliente de una plaza a otra.

- 6.3.6.7. **Cheque de viajero:** los artículos 746 a 751 del C. de Co. regulan el denominado cheque de viajero, en el cual una persona es a la vez girador y girado, como se anotó en el cheque de gerencia. La primera de las normas citadas se expresa de la siguiente manera: "Los cheques de viajero serán expedidos por el librador a a su cargo y serán pagaderos por su establecimiento principal o por las sucursales o por los corresponsales que tenga el librador en su país o en el extranjero".

El beneficiario de un cheque de viajero deberá firmarlo al recibirlo y nuevamente al negociarlo, en el espacio del título a ello destinado. El que pague o reciba el cheque deberá verificar la autenticidad de la firma del tenedor, cotejándola con la firma puesta ante el librador (Art. 747 del C. de Co.).

La norma anterior da lugar para afirmar que el cheque de viajero no pueda ser girado al portador, ya que el beneficiario deberá firmarlo al recibirlo y nuevamente al negociarlo.

En cuanto a su negociabilidad puede concluirse que no habiendo norma que lo prohíba, ella podrá darse.

Tal como ocurre con el cheque de gerencia, la adquisición del cheque de viajero se hace usualmente mediante compra a cuyo precio se agrega una suma adicional por el servicio.

La falta de pago del cheque acarrea una sanción del 25^o/o del valor del cheque, la cual puede ser exigida por el tenedor mediante el ejercicio de la acción cambiaria, sin perjuicio de que también se pueda exigir la indemnización de daños y perjuicios por las vías comunes.

En cuanto a la prescripción de las acciones cambiarias la ley ha dispuesto los siguientes plazos: diez años las que se ejerzan contra el que expida el cheque. Cinco años las que se ejerzan contra el corresponsal que ponga en circulación el título.

Algunos sostienen que esta clase de cheques no está sometida a los plazos de presentación del artículo 718 del C. de Co., y por la misma razón no requieren de protesto ni los cobija el fenómeno de la caducidad. Esta posición no la comparte TRUJILLO CALLE (ver op. cit. p. 414).

Dentro del comercio internacional es conocido con el nombre de "Traveller Check".

Entre nosotros no es factible que se presente a nivel internacional en razón de las normas contenidas en el estatuto de control de cambios y demás disposiciones que restringen la circulación de divisas.

6.3.6.B. Cheque fiscal: esta clase de cheques es de reciente creación, ya que ellos aparecen en nuestra legislación a partir de cuando entró en vigencia la ley 1a. de 1980.

El artículo 1o. de la ley antes anotada es del siguiente tenor: "Denominanse cheques fiscales aquellos que son girados por cualquier concepto a favor de las entidades públicas definidas en el artículo 20 del Decreto 130 de 1976.

Los cheques fiscales creados por la presente ley tienen las siguientes características:

1. El beneficiario sólo podrá ser la entidad pública a la cual se haga el respectivo pago.
2. No podrán ser abonados en cuenta diferente a la de la entidad pública beneficiaria.
3. No podrán modificarse al reverso la forma de negociación ni las condiciones de los mismos establecidas en el artículo 713 del Código de Comercio.
4. No son negociables ni podrán ser pagados en efectivo.

A estos cheques se aplicarán en lo pertinente las normas contenidas en los artículos 737 y 738 del Código de Comercio.

Parágrafo. Prohíbese a las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria acreditar o abonar en cuentas particulares cheques girados a nombre de las entidades públicas".

Como entidades públicas a las que alude el artículo 20 del Decreto 130 de 1976, tenemos las siguientes: la nación, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las empresas industriales o comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen previsto para las empresas.

Las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación o de las entidades descentralizadas fuere igual o superior *al noventa por ciento (90%) del capital social, se sujetan a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado.*

En los cheques fiscales está permitida la negociación interbancaria por medio de cámaras de compensación; lo anterior implica que el endoso de tales cheques sólo puede hacerse en procuración y nunca en propiedad.

6.3.7. Protección penal del cheque: el artículo 357 del Código Penal (De-

creto 100 de 1980) se expresa así: "El que emita o transfiera cheque sin tener suficiente provisión de fondos o quien luego de emitirlo diere orden injustificada de no pago, incurrirá en prisión de uno a tres años, siempre que el hecho no configure delito sancionado con pena mayor.

La pena se aumentará hasta en la mitad, si la cuantía del cheque fuere superior a cien mil pesos.

La acción penal cesará por pago del cheque antes de la sentencia de primera instancia.

La emisión o transferencia de cheque posdatado o entregado en garantía no da lugar a acción penal.

No podrá iniciarse la acción penal proveniente del giro o transferencia de cheque, su hubieren transcurrido seis meses, contados a partir de la fecha de la creación del mismo, sin haber sido presentado para su pago".

El cheque como instrumento de pago merece una especial protección penal, a fin de que la confianza en él depositada no se venga a menos por los abusos que con dicho título-valor se pueden dar en la práctica comercial. Durante la vigencia del Decreto 1135 de 1970 se dieron muchos casos en los cuales el cheque fue utilizado como elemento para extorsionar a los deudores, por parte de sus acreedores. Ello obedeció más que todo a que en dicho decreto el cheque posdatado tenía protección penal cuando era presentado para su cobro después de la fecha convenida.

6.3.7.1. Emisión y transferencia: desde el punto de vista del derecho cambiario es necesario diferenciar entre lo que es la creación de un título-valor y lo que es su emisión. El artículo 625 del C. de Co. expresa: "Toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en el título-valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación.

Cuando el título se halle en poder de persona distinta del suscriptor, se presumirá tal entrega".

Dentro de la teoría de la emisión es necesaria la entrega del documento a un tercero con el objeto de hacerlo negociable.

En la teoría de la creación, el título-valor queda completo desde el momento en que se crea.

Nuestro Código de Comercio según lo expresan la mayoría de los tratadistas, adhirió a la teoría de la emisión ya que así se plantea en el artículo 625.

La anterior aclaración es importante ya que cambiariamente, y de acuerdo a la teoría de la emisión, el deudor demandado puede excepcionar en los siguientes aspectos:

1. Que el título-valor suscrito por él haya salido de su poder en contra de su propia voluntad,
2. Que el título fue entregado por él sin la intención de hacerlo negociable,
3. Que el demandante no sea tenedor de buena fe,

Si una persona crea un cheque sin el ánimo de hacerlo negociable, y alguien sustrae dicho documento y lo transfiere a otra persona, el creador del cheque no podrá ser considerado como sujeto activo del delito previsto en el artículo 357 del Código Penal si dicho título resulta impagado, ya que él no emitió el cheque. En cambio la persona que transfirió el cheque, o sea quien lo puso en circulación, sí podrá llegar a ser sujeto activo del delito de emisión o transferencia ilegal de cheque.

6.3.7.2. El dolo: el delito definido y sancionado en el artículo 357 del estatuto penal es uno de aquellos en los cuales se requiere que el agente conozca el hecho punible y quiera su realización, lo mismo que si la acepta previéndola al menos como posible. Esta figura delictiva no admite la culpa ni la preterintención.

6.3.7.3. Circunstancias del delito: la norma penal señala dos circunstancias en la comisión del delito a que venimos aludiendo. Estas circunstancias son: 1. El que emite o transfiera cheque sin suficiente provisión de fondos, 2. Quien luego de emitirlo diere orden injustificado de no pago,

Sobre la circunstancia anotada en segundo lugar, trae RENGIFO las siguientes consideraciones: "a) Si el cheque se perdió o extravió o fue objeto de hurto, estando en manos del librador y éste lo contraordena, no incurre en sanción penal pues él no ha emitido el cheque. En estas condiciones faltaría el elemento subjetivo o dolo. Sin embargo, comercial y civilmente debe responder frente al tenedor de buena fe, por el importe del título, b) Pero si contraordena el cheque porque se siente engañado o porque

considera que la obligación que dio base a la creación y emisión de aquél es inexistente o está viciada, debe considerarse incurso en el delito que se estudia, pues ningún particular puede, por sí mismo, decidir tal tipo de contienda que es resorte exclusivo de los jueces, máxime que el cheque circula abstraído de la causa que le dio origen...”²⁵

6.3.7.4. Terminación de la acción penal: la acción penal cesará por el pago del cheque antes de la sentencia de primera instancia. Con respecto a lo anterior es procedente tener en cuenta lo siguiente: Se establece una oportunidad para que el pago pueda producir el resultado procesal de cese de la acción penal. Dicha oportunidad es antes de la sentencia de primera instancia, o sea aquella proferida por el juez competente para el juzgamiento del delito.

El pago debe ser total para que tenga la virtud de hacer terminar el proceso penal. El pago parcial podrá tener incidencia en la cuantía de la pena cuando se trata de cheques por una suma superior a cien mil pesos, y lo que se abone llegue a rebajar dicha cantidad.

Somos del criterio de que para el ejercicio de la acción penal no se hace necesario haber llevado a cabo la diligencia de protesto. Basta la presentación del volante que entregan los bancos expresando la causal que dio lugar al no pago del cheque. El protesto tiene incidencia en el ejercicio de la acción cambiaria y no en el de la penal.

6.3.7.5. El cheque posdatado o entregado en garantía: sustrae el artículo 357 del estatuto de las penas al cheque posdatado o entregado en garantía, de la acción penal. En la norma que venimos citando se dice en forma enfática: “La emisión o transferencia de cheque posdatado o entregado en garantía no da lugar a acción penal”. Puede observarse con toda claridad que la disposición no entra a diferenciar entre la presentación antes o después de la fecha convenida, como sí lo hacía la legislación anterior (Decreto 1135 de 1970), en el cual si el cheque era presentado antes de la fecha no daba lugar a acción penal, pero si se presentaba después de dicha fecha era protegido penalmente.

Debe tenerse en cuenta que cheque posdatado es aquél en que el girador, cuando gira el título, coloca para su cobro una fecha posterior a aquélla en la cual lo emite. Este cheque implica una desnaturalización de la orden de pago girada contra un banco y paga-

25. Rengifo. Ramiro, Op. cit. p. 266.

dera a su presentación. Su uso se ha difundido buscando resolver una falta de provisión de fondos en un momento determinado, pero que se espera solucionar en fecha posterior, la cual se coloca en el título.

PEÑA NOSSA al referirse a las formas de probar la posdata, se expresa de la siguiente manera:

"La posdata del título se probará:

- a. Mediante documento suscrito por las partes en el que se exprese que tal título se emitió con fecha posterior.
- b. Expresar al dorso del mismo cheque que éste es posdatado bajo la firma del cuentacorrentista, girador o endosante.
- c. Cuando el cheque se consigna antes de la fecha anotada en él, la fecha del recibo puesta por el banco es plena prueba de que éste era posdatado.
- d. A manera de indicio se pueden tener en cuenta la declaración de testigos, así como la confrontación entre la numeración consecutiva de la chequera y los extractos bancarios del cuentacorrentista"²⁶.

MARTÍNEZ RAVE trae las siguientes consideraciones para diferenciar un cheque posdatado del dado en garantía:

"Un cheque dado en garantía de una obligación puede ser a la vista o posdatado. Si yo garantizo en cumplimiento de una obligación (muchas veces diferente a la de pagar una suma de dinero, como sería entregar una cosa, ejecutar u omitir una acción, formalizar una escritura, hacer un documento, etc.) con un cheque a la vista o al día y ese título-valor es impagado, no existe protección penal para ese cheque por ser documento dado en garantía y no en pago, que es lo que pretende la legislación proteger. Por eso el cheque, como documento de pago, se desvirtúa cuando se da posdatado o en garantía; a esas circunstancias se les ha dejado sin protección penal. Queda, en ambos, la protección civil (como título ejecutivo) pero no la protección penal"²⁷.

26. Peña Nossa, Lisandro, Curso de títulos-valorés, 2a. Ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1966, p. 197.

27. Martínez Rave, Gilberto y otros, Comentarios a los títulos-valorés, Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1963, pp. 65 y 66.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de septiembre de 1978 concluye que la fecha indicada en el cheque posdatado es la fecha del mismo, sin perjuicio de que el tenedor pueda presentarlo para el pago aún antes de aquel día, porque los cheques de esa estirpe, son pagaderos a su presentación.

La anterior posición de la Corte es importante para establecer desde cuando empiezan a correr los términos de caducidad y prescripción en el cheque posdatado.

6.3.7.6. Caducidad de la acción penal: *el artículo 357 del Código Penal establece que no podrá iniciarse la acción penal proveniente del giro o transferencia de cheque, si hubieren transcurrido seis meses, contados a partir de la fecha de la creación del mismo, sin haber sido presentado para su pago.*

Participamos del criterio según el cual la norma antes aludida se refiere al fenómeno de la caducidad de la acción penal y no al de la prescripción de la misma, ya que en este último caso existe reglamentación expresa en el artículo 80 del estatuto punitivo.

Desafortunadamente se presentan lamentables incongruencias entre la legislación comercial y la penal en lo relativo a la caducidad, pues podría ofrecerse el caso en el cual el librador que tuvo fondos en el banco para cubrir el cheque durante los plazos de presentación del artículo 718 del C. de Co., y después del vencimiento de éstos, da orden de no pago por caducidad de la acción cambiaria, se vería comprometido en el delito de que trata el artículo 357 del Código Penal, si dicho cheque se presenta posteriormente y sin que hayan transcurrido seis meses contados a partir de la fecha de creación del mismo. No deja, pues, de ser lamentable que un título-valor que ya no produce efectos cambiarios, siga siendo protegido penalmente. Otra cosa muy distinta es que el librador del cheque no haya tenido fondos durante los términos de presentación (Art. 718 del C. de Co.), y una vez transcurridos estos contra-ordene el cheque, pues en este caso no se ha dado la caducidad de la acción cambiaria y por lo mismo la protección penal es propio que guarde su vigencia.

El término para la prescripción de la acción penal en el delito que nos ocupa es de cinco años contados desde la consumación del mismo.

6.3.8. Sanción por falta de pago imputable al librador: "El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado por su culpa abona-

rá al tenedor, como sanción, el 200/o del importe del cheque, sin perjuicio de que dicho tenedor persiga por las vías comunes la indemnización de los daños que le ocasione" (Art. 731 del C. de Co.).

- 6.3.9. **Diversas formas de abrir cuenta corriente bancaria:** no queremos terminar este breve esbozo sobre el cheque sin hacer referencia a la titularidad de la cuenta corriente bancaria, pues consideramos que ello es de importancia para establecer en determinados casos la responsabilidad individual o colectiva en la emisión de cheques.

Vamos a enunciar algunas de las formas más corrientes de celebrar el contrato bancario que nos ocupa:

1. Cuenta corriente individual: ésta se presenta cuando una persona natural abre una cuenta corriente bancaria en la cual la única persona autorizada para girar cheques es la titular de la cuenta.
2. Cuenta corriente colectiva: cuando dos o más personas tienen abierta la cuenta y cada una de ellas tiene derecho de disposición sobre la misma. Los cuentacorrentistas serán deudores solidarios de los saldos a cargo de la cuenta colectiva (Art. 1384 del C. de Co.).

Las cuentas colectivas generalmente se anuncian como cuentas "y/o", lo cual implica que los cotitulares pueden disponer conjunta o separadamente de los fondos depositados, sin que para ello sea necesario autorización o poder.

3. Cuenta corriente conjunta: cuando dos o más personas tienen abierta la cuenta, y las mismas han de actuar conjuntamente para poder disponer de los fondos depositados. Lo anterior implica que los cheques girados contra una cuenta corriente conjunta, deberán llevar las firmas de todos los titulares de la cuenta.
4. Cuenta corriente individual con autorización a un tercero: cuando una persona natural abre una cuenta corriente bancaria, y da autorización por escrito a un tercero para girar cheques en contra de la misma. En este caso el banco debe recibir el aviso de tal autorización y la firma del autorizado debe quedar registrada en las tarjetas de control de la entidad bancaria. El tercero autorizado por el titular de la cuenta, obra en calidad de mandatario.

- 6.4. **Los bonos:** "Los bonos son títulos-valores que incorporan una

parte alícuota de un crédito colectivo constituido a cargo de una sociedad o entidad sujetas a la inspección y vigilancia del Gobierno" (Art. 752 del C. de Co.).

Algunos tratadistas colocan los bonos como títulos-valores de contenido crediticio, en cambio otros se refieren a ellos como corporativos o de participación.

Los bonos son conocidos también con los nombres de obligaciones y debentures. Lo concerniente a este título-valor se halla regulado por los artículos 752 a 756 del C. de Co., Decreto 1998 de 1972 y Decreto 1914 de 1983 modificatorio del anterior.

Los bonos pueden ser expedidos tanto en forma nominativa como a la orden o al portador (ver artículos 6o. y 18 del Decreto 1998/72).

Los artículos 48 a 53 del Decreto 1998/72 se refieren a los bonos convertibles en acciones.

Los artículos 10 al 14 del Decreto 1914/83; 2o. del Decreto 2732/84 y Circular No. 1 de septiembre 21 de 1984, conjunta de la Superintendencia de Sociedades y Comisión Nacional de Valores, se refieren a los bonos obligatoriamente convertibles en acciones.

El término de prescripción para las acciones de cobro de intereses y del capital de los bonos es de cuatro (4) años contados desde la fecha de su exigibilidad. Esta prescripción no correrá respecto de los bonos favorecidos en sorteo, cuando no se hubiere hecho la publicación ordenada en el artículo 44 (ver Decreto 1998/72, art. 58 el cual aclara la imprecisión en que incurrió el artículo 756 del C. de Co.).

6.5. Certificado de depósito y bono de prenda: "Los almacenes generales de depósito podrán expedir, como consecuencia del depósito de mercaderías, certificados de depósito y bonos de prenda.

Los certificados de depósito incorporan los derechos del depositante sobre las mercaderías depositadas y están destinadas a servir como instrumento de enajenación, transfiriendo a su adquirente los mencionados derechos.

El bono de prenda incorpora un crédito prendario sobre las mercaderías amparadas por el certificado de depósito y confiere por

sí mismo los derechos y privilegios de la prenda' (Art. 757 del C. de Co.).

El certificado de depósito y el bono de prenda podrán ser nominativos, a la orden o al portador (Art. 763, del C. de Co.).

Siendo el certificado de depósito un título-valor representativo de mercaderías, es preciso tener en cuenta el artículo 644 del C. de Co. que a la letra dice: "Los títulos representativos de mercancías atribuirán a su tenedor legítimo el derecho exclusivo de disponer de las mercancías que en ellos se especifiquen".

También le darán derecho, en caso de rechazo del título por el principal obligado, a ejercer la acción de regreso por el valor que en el título se fijó a las mercancías".

Sobre el tema tratado es necesario tener en cuenta las siguientes disposiciones legales: artículos 757 a 766 del C. de Co. los cuales se refieren en forma específica al bono de prenda y al certificado de depósito; artículos 1180 a 1191 los cuales se refieren al depósito en almacenes generales de depósito; Ley 20 de 1921, Decreto 1821 de 1929, Decreto 1023 de 1932, Decreto 356 de 1957 y Resolución 3165 de 1975 de la Superintendencia Bancaria, disposiciones relacionadas con los almacenes generales de depósito.

Los almacenes generales de depósito son entidades creadas con el fin de servir como auxiliares de crédito; su control y vigilancia le fue adscrita a la Superintendencia de Sociedades. Dichos almacenes reciben mercancías en depósito, o sea que a ellos les son entregadas para su custodia.

El certificado de depósito y, en su caso, el formulario del bono de prenda, se entregarán por el almacén a requerimiento y costo del depositante (Art. 758 del C. de Co.).

Cuando se depositan las mercancías, los almacenes expiden certificados de depósito y bonos de prenda. Los primeros incorporan el derecho sobre las mercancías depositadas y por consiguiente su titular podrá disponer de ellas y exigir al almacén su entrega, sin perjuicio de los derechos que puedan existir en favor del acreedor prendario que haya descontado el bono, ya que este último título incorpora un derecho de prenda sobre las mercancías amparadas por el certificado, confiriendo a su tenedor los derechos y privilegios del acreedor prendario.

El tenedor del certificado que haya constituido el crédito prendario, estará en la misma situación jurídica que el aceptante de una letra de cambio o el otorgante de un pagaré negociable, o sea que se tendrá como parte principalmente obligada.

El vencimiento del crédito prendario no podrá exceder el plazo del depósito.

La persona tenedora del certificado de depósito y no del bono de prenda, existiendo constancia de que este último título fue emitido, no podrá obtener la restitución de las mercancías sin antes cubrir las obligaciones que se encuentran amparadas con el bono. Con esto se busca que los derechos del acreedor prendario queden a salvo.

El certificado de depósito y el bono de prenda serán negociables conjunta o separadamente.

Para que puedan expedirse certificados de depósito y bonos de prenda, es necesario que las mercancías correspondientes se hallen libres de todo gravamen o embargo judicial que haya sido previamente notificado al almacén general. Cuando el gravamen o embargo no hubiere sido notificado antes de la expedición de los documentos, será inoponible a los tenedores (Art. 1185 del C. de Co.).

Los artículos 794 a 801 del C. de Co. traen lo relacionado con el cobro del bono de prenda. Nos permitimos hacer el siguiente resumen de dichos textos:

El bono deberá presentarse para su cobro ante el almacén, el cual si no se hubiere hecho la provisión oportuna, deberá anotarlo en el bono como falta de pago y dicha anotación surtirá los efectos de protesto. Si el almacén se niega a poner la anotación, deberá hacerse el protesto notarial como se indica para las letras de cambio. El tenedor del bono debidamente anotado o protestado podrá, dentro de los ocho días que sigan a la anotación o al protesto, exigir del almacén que proceda a la pública subasta de los bienes depositados. Realizada la subasta su producto lo aplicará al pago de: los gastos de la subasta; los créditos fiscales que graven las mercancías; los créditos provenientes del contrato de depósito y el crédito incorporado al bono de prenda. El remanente será conservado por el almacén a disposición del tenedor del certificado de depósito.

Las acciones de regreso del tenedor del bono de prenda caducarán por falta de presentación y, en su caso, de la anotación o del protesto oportuno, y por no exigir al almacén, en el término legal, la subasta de los bienes depositados.

De lo anterior podemos concluir: la caducidad de la acción cambiaria en el bono de prenda está regulada por normas especiales. El bono de prenda es un título-valor con respecto al cual el protesto no tiene carácter facultativo sino obligatorio, a fin de poder evitar la caducidad de las acciones cambiarias de regreso.

Es preciso, por último, agregar que sobre el contenido de los certificados de depósito y bonos de prenda se refieren los artículos 759 y 760 del C. de Co. A ambos títulos se aplicarán, en lo conducente, las disposiciones relativas a la letra de cambio o al pagaré negociable. Los almacenes generales de depósito gozan del derecho de retención (conservar las mercancías depositadas, hasta el entero pago de lo que se les deba por razón del depósito).

- 6.6. **Carta de porte y conocimiento de embarque:** estos dos títulos valores tendrán el carácter de representativos de las mercancías objeto del transporte.

Se hace necesario advertir que este tema ha dado lugar a que los tratadistas pongan de relieve un sinnúmero de incongruencias e incompatibilidades que surgen de las normas reguladoras de estos títulos-valores.

Se recomienda para el estudio de la carta de porte y conocimiento de embarque tener en cuenta las siguientes disposiciones: arts. 767 a 771, 981 a 990, 1008 a 1035, 1597 a 1633, 1634 a 1651 y 1884 a 1889 del C. de Co.

El artículo 768 del C. de Co. señala los requisitos que debe contener el título-valor a que venimos haciendo alusión. De otro lado el artículo 769 del mismo código hace alusión a las menciones adicionales si mediere un lapso entre el recibo de las mercancías y su embarque.

El endosante responderá de la existencia de las mercancías en el momento del endoso (Art. 770 del C. de Co.).

A la carta de porte y al conocimiento de embarque se aplicarán, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio y al pagaré.

El Decreto 1538 de 1986 en su artículo 7o. trae una norma especial para el transporte de café.

- 6.7. **Facturas cambiarias:** estos títulos-valores se dan en dos modalidades, a saber: factura cambiaria de compraventa (Arts. 772 a 774 del C. de Co.) y factura cambiaria de transporte (Arts. 775 y 776 del C. de Co. Además los artículos 777 a 779 traen disposiciones comunes a ambas.

Las facturas cambiarias aparecen reguladas legalmente a partir del Decreto 410 de 1971 (Nuevo Código de Comercio), pues anteriormente eran desconocidas como títulos-valores.

- 6.7.1. **Factura cambiaria de compraventa:** es un título-valor que el vendedor podrá librar y remitir al comprador. No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador (Art. 772 del C. de Co.).

Se trata de un título-valor de contenido crediticio sometido a la institución de la aceptación, respecto a lo cual se pronuncia así el artículo 773 del C. de Co.: "Una vez que la factura cambiaria sea aceptada por el comprador, se considerará, frente a terceros de buena fe exenta de culpa, que el contrato de compraventa ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título".

Sobre los requisitos que debe reunir este título, se pronuncia así el artículo 774 del C. de Co.:

"La factura cambiaria de compraventa deberá contener, además de los requisitos que establece el artículo 621, los siguientes:

1. La mención de ser "factura cambiaria de compraventa";
2. El número de orden del título;
3. El nombre y domicilio del comprador;
4. La denominación y características que identifiquen las mercancías vendidas y la constancia de su entrega real y material;
5. El precio unitario y el valor total de las mismas, y
6. La expresión en letras y sitios visibles de que se asimila en sus efectos a la letra de cambio.

La omisión de cualquiera de estos requisitos no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura cambiaria, pero ésta perderá su calidad de título-valor”.

Además es preciso tener en cuenta que cuando el pago haya de hacerse por cuotas, las facturas cambiarias contendrán, además:

1. El número de cuotas;
2. La fecha de vencimiento de las mismas, y
3. La cantidad a pagar en cada una.

Los pagos parciales se harán constar en las facturas indicando, asimismo, la fecha en que fueren hechos, y el tenedor extenderá al deudor los recibos parciales correspondientes” (Art. 777 del C. de Co.).

La no devolución de las facturas cambiarias en un plazo de cinco días a partir de la fecha de su recibo, se entenderá como falta de aceptación (Art. 778 del C. de Co.).

Es preciso advertir que la factura cambiaria de compraventa sólo podrá librarse cuando se trate de compraventa de *mercancías*. Se entiende, además, que dicha compraventa sea a plazos o crédito, ya que si se trata de compraventa de contado no hay razón para librar un título-valor de esta naturaleza, pues no es representativo de mercancías.

LOPERA SALAZAR trae la siguiente anotación de interés sobre la factura cambiaria:

“La factura cambiaria tiene una causa típica de creación: la compraventa o el transporte. Mientras no haya sido aceptada circula como título causal, en cuanto a la existencia del contrato de compraventa o de transporte, de manera que si estos negocios no tuvieren existencia real, no habrá factura cambiaria, ya que ésta debe corresponder a la venta efectiva de mercaderías, entregadas real y materialmente al comprador o a un contrato de transporte efectivamente ejecutado, según se expresa en los artículos 772 y 775 del estatuto comercial”²⁸.

No debe confundirse la factura cambiaria como título-valor con la

28. Lopera Salazar, Luis Javier, Op. cit. p. 159.

factura comercial corriente, la cual no tiene la calidad de ser título-valor. Se aconseja que para efectos de la contabilidad tanto del comprador como del vendedor, se expida el original y tantas copias como la necesidad lo aconseje, teniendo la precaución de anotar en cada una de estas últimas que carecen de la calidad de títulos-valores o cualquier otra expresión equivalente, ojalá en sitio y caracteres notoriamente visibles, a fin de evitar confusiones que puedan presentarse.

- 6.7.2. **Factura cambiaria de transporte:** es un título-valor que el transportador podrá librar o enviar al remitente o cargador. No podrá librarse esta factura si no corresponde a un contrato de transporte efectivamente ejecutado (Art. 775 del C. de Co.).

La factura cambiaria de transporte deberá contener, además de los requisitos que establece el artículo 621, los siguientes:

1. La mención de ser "factura cambiaria de transporte";
2. El número de orden del título;
3. El nombre y domicilio del remitente;
4. La denominación y características que identifiquen las mercancías objeto del transporte;
5. Precio de éste y su forma de pago;
6. La constancia de ejecución del transporte, y
7. La expresión en letras y sitio visibles de que se asimila en sus efectos a una letra de cambio.

A esta factura se aplicará lo dispuesto en el artículo 773 y en el inciso final del artículo 774 (Art. 776 del C. de Co.).

Tal como ocurre con la factura cambiaria de compraventa cuando el pago haya de hacerse por cuotas, las facturas cambiarias de transporte contendrán además las menciones del artículo 777 del C. de Co.

- 6.7.3. **Algunas anotaciones que son comunes a las facturas cambiarias:** ni la factura cambiaria de transporte ni la de compraventa pueden girarse al portador en razón de que no existe norma que así lo au-

torice y debemos al efecto recordar el contenido del artículo 669 del C. de Co: "Los títulos al portador sólo podrán expedirse en los casos expresamente autorizados por la ley".

En ambas facturas se da la institución de la aceptación.

A las facturas cambiarias se aplicarán, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

Si en un plazo de cinco días contados a partir de la fecha de su recibo, no hay devolución de las facturas cambiarias, se entenderá falta de aceptación.

- 6.8. **Los títulos denominados acciones:** en este punto se hace referencia a las acciones de sociedades, pero advirtiendo desde ahora que existe una corriente que con sólidos argumentos no da la calidad de título-valor a las acciones de sociedades.

GAVIRIA GUTIERREZ manifiesta entre otras cosas lo siguiente con respecto a la naturaleza jurídica del título sobre acciones nominativas:

"La acción no es un título-valor de participación porque no satisface ninguna de las exigencias legales necesarias para la configuración legal de los títulos-valores; es, pues, un simple documento probatorio, aunque con cierta aptitud para circular.

La tesis anterior es contraria a la que sustentan la mayoría de los autores; la defienden, sin embargo, algunos de ellos, como LEON POSSE ARBOLEDA.

Y no es difícil defenderla si se considera que ni la incorporación, ni la literalidad, ni la legitimación, ni la autonomía son conceptos aplicables al título de la acción nominativa..."²⁹.

Por su parte RENGIFO expresa:

"De todos modos la declaración del artículo 619 es lo suficientemente contundente como para permitir afirmar que la Acción es un título-valor. Desgraciadamente su reglamentación es tan deficiente, tan poco ajustada a los principios cambiarios que resulta difícil creer que el legislador al regularla

29. Gaviria Gutiérrez, Enrique, *Las sociedades en el Nuevo Código de Comercio*, Editorial Temis, 3a. Ed., Bogotá, 1984, p. 292.

estuviera pensando en un título-valor. Y no sólo de su regulación sino de su utilización práctica se puede concluir que mientras no se modifique su tratamiento legal no se puede encuadrar la Acción dentro de la teoría general de los títulos-valores y lo que es peor aún, resulta inútil hacer ese encuadre desde el punto de vista de la necesidad de protección de los terceros adquirentes del documento a través de la protección de su circulación. Y no obstante, no hay duda que el documento llamado Acción, por la función económica que cumple y por su utilización merecería ser tratada y considerada como título-valor³⁰.

POSSE ARBOLEDA sostiene que los títulos de acciones no son títulos-valores en la legislación colombiana (ver op. cit. pp. 25 a 29).

Frente a la naturaleza jurídica de los títulos de acciones de sociedades queremos manifestar que compartimos los argumentos de quienes son contrarios a que tales documentos tengan la calidad de títulos-valores en razón de que es notoria la dificultad para ubicarlos dentro de los principios cambiarios, tratándose más bien de títulos con respecto a los cuales se dan una reglamentación especial, la cual puede ser analizada por el lector en los artículos 377 a 418 del C. de Co.

Para que la acción dentro de nuestra legislación no pueda ser considerada como título-valor se presentan los siguientes argumentos, entre los varios que hay:

1. A lo dispuesto por el artículo 629 del C. de Co. se opone lo que para la acción ordenan los artículos 410 y 415 del mismo estatuto.
2. La acción puede enajenarse por medio de una carta de traspaso o en forma de endoso. Al expedir el título al adquirente, será menester la previa cancelación de los títulos expedidos al tradente. Lo anterior implica que el endosante no se constituye en obligado de regreso y por lo tanto no se da la garantía cambiaria que implica el endoso.
3. Para establecer quién es el propietario de la acción lo importante es la inscripción en el libro que para el efecto debe llevar la sociedad, tratándose de acciones nominativas, pues las ac-

30. Rengifo, Ramiro, Op. cit. pp. 289 y 290.

ciones al portador no están permitidas de acuerdo con la decisión 24 del Acuerdo de Cartagena.

4. Para establecer el contenido del derecho lo importante es el contrato de sociedad y no el título mismo.
5. No hay exigencias legales con respecto a la especificación de los derechos que incorpora la acción en el título mismo.
6. En las acciones el endoso puede darse en forma parcial.
7. **La acción cambiaria:** en primer lugar es procedente definir el concepto de acción cambiaria, basándonos para ello en lo que ha sido criterio generalizado de los doctrinantes. Entonces decimos que acción cambiaria es aquella que está referida a derechos sustanciales o materiales derivados o contenidos en el título-valor y que pueden hacerse valer contra cualquier deudor en forma extrajudicial o judicial.

7.1. **Procedencia de la acción cambiaria:** según el artículo 780 del C. de Co. la acción cambiaria se ejercitará:

1. En caso de falta de aceptación o de aceptación parcial.
2. En caso de falta de pago o pago o de pago parcial.
3. Cuando el girado o el aceptante sean declarados en quiebra, o en estado de liquidación, o se les abra concurso de acreedores, o se hallen en cualquier otra situación semejante.

7.2. **Acciones cambiarias directas y acciones cambiarias de regreso:** La acción cambiaria es directa cuando se ejercita contra el aceptante de una orden o el otorgante de una promesa cambiaria o sus avalistas. Como obligados directos o principales se puede enunciar los siguientes, entre otros: el aceptante de una letra de cambio, el suscriptor u otorgante de un pagaré, el comprador-aceptante de una factura cambiaria de compraventa, el remitente-aceptante de una factura cambiaria de transporte, el almacén general de depósito en un certificado de depósito y el transportador o capitán en la carta de porte y conocimiento de embarque.

Las acciones cambiarias son de regreso cuando se ejercitan contra cualquier otro obligado. Como otros obligados tenemos: el girador, los endosantes y los avalistas del primero y de los últimos.

Es preciso recordar que en lo que respecta al cheque sólo hay obli-

gados de regreso, con excepción de algunos cheques especiales en los cuales el banco se convierte en principal obligado.

PEÑA CASTRILLON al referirse a la posibilidad de exigir la prestación a los obligados de regreso, se expresa así:

“En resumen, para que el tenedor del título no pierda la posibilidad de exigir la prestación a los obligados de regreso, debe no sólo presentar oportunamente el título para su pago al obligado principal sino, también constituir con las formalidades requeridas y en forma oportuna una prueba del no pago, que es lo que se conoce como protesto. Por supuesto, igual cosa ocurre cuando se rechaza la aceptación: para que el tenedor pueda exigirles la prestación cambiaria a los obligados de regreso debe no sólo haber presentado el título para la aceptación oportunamente sino también, constituir la prueba cambiaria de ese rechazo, es decir, levantar el protesto por no aceptación, oportuna y debidamente”³¹.

- 7.3. **Caducidad de la acción cambiaria de regreso:** volvemos a repetirlo, la acción cambiaria de regreso caduca, no así la acción cambiaria directa.

Con respecto a la caducidad de la acción cambiaria de regreso se refiere el artículo 787 del C. de Co. en la siguiente forma: “La acción cambiaria de regreso del último tenedor del título caducará:

1. Por no haber sido presentado el título en tiempo para su aceptación o para su pago, y
2. Por no haber levando el protesto conforme a la ley”.

- 7.4. **Prescripción de la acción cambiaria:** con respecto a este fenómeno se hace necesario diferenciar entre la acción cambiaria directa y la acción cambiaria de regreso, recordando que ambas son susceptibles del fenómeno de la prescripción, lo que quiere decir que así el tenedor del título-valor haya cumplido los requisitos de presentación y protesto conforme lo indica la ley, deja transcurrir los términos que la misma ley confiere para el ejercicio de la acción, ésta se extingue.

- 7.4.1. **Prescripción de la acción cambiaria directa:** “La acción cambiaria

31. Peña Castrillón, Gilberto, Op. cit. p. 175.

directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento" (Art. 789 del C. de Co.).

- 7.4.2. **Prescripción de la acción cambiaria de regreso del último tenedor:** La acción cambiaria de regreso del último tenedor prescribirá en un año contado desde la fecha del protesto o, si el título fuere sin protesto, desde la fecha del vencimiento; y, en su caso, desde que concluyan los plazos de presentación (Art. 790 del C. de Co.).
- 7.4.3. **Prescripción de la acción del obligado de regreso contra los anteriores:** La acción del obligado de regreso contra los demás obligados anteriores prescribe en seis meses, contados a partir de la fecha del pago voluntario o de la fecha en que se le notifique la demanda (Art. 791 del C. de Co.).
- 7.5. **Contra quién puede dirigirse la acción cambiaria:** el tenedor del título puede ejercitar la acción cambiaria contra todos los obligados a la vez o contra alguno o algunos de ellos, sin perder en este caso la acción contra los otros y sin obligación de seguir el orden de las firmas en el título. El mismo derecho tendrá todo obligado que haya pagado el título, en contra de los signatarios anteriores (Art. 785 del C. de Co.).

Lo dispuesto en la norma anteriormente citada se refiere a la solidaridad cambiaria, y como bien lo expresa TRUJILLO CALLE (ver op. cit. p. 190) da lugar en este caso a las siguientes hipótesis: 1a.) La acción cambiaria que puede ejercitar el tenedor, solidariamente contra todos los obligados, o contra algunos o alguno; 2a.) La facultad de ese tenedor de intentar nuevamente la acción cambiaria contra quienes no hubieren sido demandados en una primera ejecución; 3a.) La discrecionalidad para el tenedor de elegir los demandados sin atenerse al orden de las firmas; 4a.) El derecho de quien ha pagado en vía de regreso contra sus obligados "regresivos".

El fenómeno de la solidaridad aparece consagrado, además, en los siguientes textos del estatuto mercantil: arts. 632 y 825.

Es necesario advertir que el cobro de un título-valor dará lugar al procedimiento ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento de firmas.

Esto implica que los títulos-valores tienen la calidad de ser ejecutivos, además de estar amparados por una presunción legal de autenticidad.

La acción de enriquecimiento sin causa: el artículo 831 del C. de Co. es del siguiente tenor: "Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro".

Más adelante el artículo 882, inciso 3o., dice: "Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación original o fundamental se extinguirá asimismo; no obstante tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año".

Esta acción es conocida también como *actio de in rem verso*. El término de prescripción de la misma es un año contado desde la extinción de la acción cambiaria.

A nivel de la legislación cambiaria colombiana la acción de enriquecimiento sin causa está autorizada contra el aceptante, el girador y los endosantes, así en los textos legales no se diga esto en forma expresa.

9. **Excepciones:** el artículo 784 enumera las excepciones que podrán oponerse contra la acción cambiaria.

Dichas excepciones han sido clasificadas en forma muy diversa por los tratadistas de derecho cambiario. Basándonos en LOPERA SALAZAR (ver op. cit. pp. 166 a 169), nos permitimos resumir este tema en la siguiente forma:

Imposibilidad para el deudor de proponer las excepciones personales derivadas de la creación o transferencia del documento frente al tenedor de buena fe exenta de culpa que no ha sido parte en el respectivo negocio (Art. 784, No. 12).

Imposibilidad del deudor para proponer la excepción de falta de entrega o de entrega sin intención de hacer negociable el documento, frente al tercer tenedor de buena fe.

Si las excepciones pueden proponerse frente a un acreedor se clasifican como relativas.

Si las excepciones pueden proponerse frente a cualquiera de los tenedores se clasifican en absolutas o reales.

Las excepciones de los numerales 1o., 2o., 3o. y 4o. tienen el carácter de absolutas, es decir, que se pueden proponer frente a cualquier acreedor.

Hay otras excepciones absolutas pero que surgen con posterioridad al nacimiento de la obligación cambiaria, como las de alteración del texto del título (Art. 784, No. 5), las que se fundan en quitas o en pago parcial, siempre que consten en el título (Art. 784, No. 7), las de consignación o depósito (Art. 784, No. 8), cancelación (Art. 784, No. 9) y prescripción y caducidad (Art. 784, No. 10).

10. **Cancelación, reposición y reivindicación de títulos-valores:** en este tema es preciso tener en cuenta que las disposiciones que lo reglamentan se hallan contenidas en los artículos 802 a 821 del C. de Co.

Reposición: si un título-valor se deteriorare en tal manera que no pueda seguir circulando, o se destruyere en parte, pero de modo que subsistan los datos necesarios para su identificación, el tenedor podrá exigir judicialmente que el título sea repuesto a su costa, si lo devuelve al principal obligado. Igualmente, tendrá derecho a que firmen el nuevo título los suscriptores del título primitivo a quienes se pruebe que su firma inicial ha sido destruida o tachada (Art. 802 del C. de Co.).

Pueden reponerse títulos nominativos, a la orden o al portador.

Cancelación: por medio del procedimiento de cancelación se pretende dejar sin efectos cambiarios un título-valor que se ha extraviado, o ha sido hurtado o ha sido completamente destruido.

Quien ha sufrido la pérdida, hurto o destrucción total del título busca por medio del procedimiento de cancelación quedar en la posibilidad de ejercer los derechos que en el documento se hallan incorporados.

El procedimiento de cancelación de los títulos-valores sólo puede llevarse a cabo con respecto a títulos nominativos o a la orden.

Si al decretarse la cancelación del título no hubiere vencido, el juez ordenará a los signatarios que suscriban el título sustituto. Si no lo hicieren, el juez lo firmará.

Aun en el caso de no haber presentado oposición, el tenedor del título cancelado conservará sus derechos contra quien obtuvo la cancelación y el cobro del título (Art. 817 del C. de Co.).

Reivindicación: los títulos-valores podrán reivindicarse en los casos de extravío, hurto o algún otro medio de apropiación ilícita.

La reivindicación o acción de dominio se halla definida en el Código Civil (Art. 946) como la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla.

La acción reivindicatoria procederá contra el primer adquirente y contra cualquier tenedor ulterior que no sea de buena fe exenta de culpa (Art. 820 del C. de Co.).

Sobre la buena fe y la buena fe exenta de culpa nos permitimos extractar de sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, junio 23 de 1958, las siguientes anotaciones:

La buena fe simple tan sólo exige una conciencia recta, honesta; pero no exige una especial conducta. Es decir, la buena fe simple puede implicar cierta negligencia, cierta culpabilidad en el contratante o adquirente de un derecho.

En cambio, la buena fe creadora de derechos o buena fe exenta de culpa exige dos elementos: un elemento subjetivo y que es el que exige para la buena fe simple: tener la conciencia de que se obra con lealtad, y segundo, un elemento objetivo o social: la seguridad de que el tradente es realmente propietario, lo cual exige averiguaciones que comprueben que aquella persona es realmente propietaria. La buena fe simple exige tan sólo conciencia, la buena fe cualificada exige conciencia y certeza.

BIBLIOGRAFIA

- ARCILA GONZALEZ, Antonio. El cheque y sus implicaciones civiles y penales. Tomo I, Ediciones Jurídicas Colón.
- CODIGO CIVIL COLOMBIANO
CODIGO PENAL COLOMBIANO
NUEVO CODIGO DE COMERCIO
- PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto. De los títulos-valores en general y de la letra de cambio en particular, 2a. Ed. Edit. Temis, Bogotá, 1981.
- RENGIFO, Ramiro. La letra de cambio el cheque. 3a. Ed. Colección Pequeño Foro, Bogotá, 1984.
- RENGIFO, Ramiro. Contratos comerciales, 2a. Ed. Colección Pequeño Foro, Vol. II, Bogotá, 1981.
- GARRIGUES, Joaquín. Curso de derecho mercantil. 4a. Ed. Imprenta Silverio Aguirre Torre. Madrid, 1962. T. I.
- TRUJILLO CALLE, Bernardo. De los títulos-valores, 5a. Ed. Librería Editorial El Foro de la Justicia, Bogotá, 1983. T. I.
- POSSE ARBOLEDA, León. Los títulos-valores en el Código de Comercio, 3a. Ed. Editorial Temis, Bogotá, 1980.
- LOPERA SALAZAR, Luis Javier. Títulos-valores, 2a. Ed. Publicado por el Autor, Medellín, 1981.
- BECERRA TORO, Rodrigo. Teoría general de los títulos-valores, Editorial Temis, Bogotá, 1984.
- SALIMA MISERQUE, Salomón. El cheque fiscal. Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1980.
- SEFAIR LOPEZ, Salim Antonio. La acción cambiaria - caducidad y prescripción del cheque. Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1977.
- PEÑA NOSSA, Lisandro. Curso de títulos-valores, 2a. Ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1986.
- MARTINEZ RAVE, Gilberto y otros. Comentarios a los títulos-valores, Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1983.
- GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Las Sociedades en el Nuevo Código de Comercio. Editorial Temis, 3a. Ed., Bogotá, 1984.