Artículo: Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Luis Ubilla Grandi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 201
AÑO LXV
ENERO-JUNIO 1997
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTECA

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Luis Ubilla Grandi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

CHEQUE TITULO DE CREDITO. CADUCIDAD DEL CHEQUE. DERECHOS DEL PORTADOR DE UN CHEQUE CADUCADO, CHEQUE POSTDATADO O A FECHA

LUIS UBILLA G.
Profesor Derecho Comercial
Universidad Católica de la Stma. Concepción

En estas notas me propongo analizar el carácter de título de crédito del cheque, esto es, si tiene o no tal naturaleza jurídica, las consecuencias que podrían derivarse de esa naturaleza, cómo opera la institución de la caducidad en el cheque, los derechos del portador de un cheque caducado y el cheque postdatado. Trataré las materias en el orden indicado.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Se sabe que cheque admite muchas clasificaciones. Me interesa destacar aquella que, atendiendo a su naturaleza jurídica, distingue entre el cheque mandato o girado en comisión de cobranza y el denominado cheque pago. Nuestro estudio se referirá sólo al cheque pago que constituye el cheque normal y es el de común utilización en el comercio, por tanto, cada vez que mencione al cheque debe entenderse que me estoy refiriendo al cheque pago.

En un somero análisis sobre la jurisprudencia que existe acerca de la naturaleza del cheque se le visualiza como una mera orden de pago o sólo como un medio de pago (por ejemplo *RDJ*, T. LII, sec. IV, p. 186), no mencionándose su naturaleza de título de crédito, lo que ha llevado a cierta doctrina a sostener —como lo expresa Mario Verdugo Marinkovic— que el cheque "no es un título de crédito sino una orden de pago que es recibida como sustituto de dinero"[1].

Esto de ver como conceptos opuestos la orden de pago y el título de crédito, no es exclusividad de la jurisprudencia y doctrina nacionales, también se ha planteado en el extranjero.

Así, por ejemplo, Gabriel Avilés C. y José Pou de Avilés en su *Derecho Mercantil*, sostienen que "a diferencia de la letra, que representa principalmente un título de crédito, el cheque no es por su naturaleza más que un medio de pago...". Semejante doctrina también fue la de un fallo en Argentina comentado por Malarriga[2].

En este trabajo trataré de demostrar que el que el cheque sea una orden de pago

[1]Mario Verdugo Marinkovic, *Ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques, Historia, Jurisprudencia, Doctrina*. Editorial Ariete, Santiago, Chile, 1979, p. 32.

[2]Carlos Malarriga, *Tratado elemental de Derecho Comercial*, T. II, Tipográfica, Editora Argentina S.A. 1963, p. 782.

Artículo: Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Luis Ubilla Grandi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

no se contrapone a su naturaleza de título de crédito; que si bien es un medio de pago, siendo ésta su principal función económica, ella no es la única; y que de ello se derivan no despreciables consecuencias jurídicas y prácticas. Asimismo y por encontrarse en estrecha vinculación con este tema, me referiré someramente a las cuestiones del cheque caducado y del cheque postdatado.

2. CONCEPTO DE TITULO DE CREDITO

Para poder determinar si el cheque es o no título de crédito, se requiere delimitar el concepto de título de crédito.

Muchas definiciones se han dado, siendo la clásica la de Vivante, que definió al título de crédito como *documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en el mismo.*

De esa definición la doctrina clásica sobre el tema extrajo los caracteres esenciales comunes a los títulos de crédito: a) la necesidad o necesariedad; b) la literalidad; c) la autonomía.

La firma del título es *necesaria* para que nazca el derecho y la obligación correlativa; la posesión del título y su exhibición es *necesaria* para el ejercicio del derecho; la entrega del título es *necesaria* para la transferencia del derecho. Dicho de otro modo, la existencia de un título cambiario firmado, en el cual se encuentran *incorporados* el o los derechos y la o las obligaciones correlativas es el presupuesto necesario para el ejercicio o transferencia del derecho y el cumplimiento de la obligación, de ahí que extravío o deterioro del documento requiera de un procedimiento especial tendiente a *desincorporar el derecho* del documento extraviado o deteriorado para que éste pueda ser ejercido por su titular (Párrafo 9, tit. I. Ley 18.092).

La literalidad constituye un carácter que implica que los derechos y obligaciones quedan sujetos a la redacción del título que los contiene.

La autonomía del título, que no hay que confundir con la autonomía de la obligación cambiaria, es un carácter que implica que cada tenedor legítimo del documento lo tiene a título originario, de modo que su derecho y la obligación correlativa emanan directamente del título y no de quien pudiere haberlo transferido.

Aun cuando la doctrina ha agregado otros caracteres a los títulos de crédito, no hay duda que éstos y los señalados sólo tienen sentido en cuanto ellos están destinados a dar certeza y seguridad a la circulación, esto es, a facilitarla. Lo mismo cabe decir de los caracteres que la doctrina ha señalado como caracteres propios de las obligaciones en ellos contenidas.

Es justamente este destino a la circulación el que ha hecho al legislador dotar al título de crédito y a las obligaciones en el contenidas de ciertos caracteres especiales que la faciliten, dándole certeza y seguridad.

Como dice Joaquín Garrigues, citando a Ferri: "Es precisamente este destino inicial del título a la circulación, destino que va ínsito en la voluntad del creador del título, el que constituye la esencia del título de crédito, el elemento discriminatorio del cual derivan las características propias de su disciplina"[3].

[3]Joaquín Garrigues: "Tratado de Derecho Mercantil. Títulos-Valores", T. II, Madrid, *Revista de Derecho Mercantil*, 1955, p. 3.

Artículo: Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Luis Ubilla Grandi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Ascarelli, confirmando lo expuesto, expresó. "Los títulos de crédito son documentos típicamente destinados a la circulación"[4].

3. NATURALEZA JURIDICA DEL CHEQUE PAGO

¿Concurren los caracteres señalados en el punto anterior en el cheque? La respuesta afirmativa resulta innegable, puesto que la firma y posesión del cheque es absolutamente necesaria para que nazcan y se ejerzan los derechos que a él se encuentran incorporados, la entrega del cheque es absolutamente necesaria para transferir los derechos que él contiene. Asimismo, los derechos y obligaciones están sujetos a la redacción del título que los contiene, esto es, rige plenamente la literalidad. Y, por último, en caso de circulación, lo mismo que en todos los títulos de crédito, el derecho del tenedor legítimo tiene un carácter originario, el sentido que antes lo he indicado.

No hay dudas, entonces, que el cheque es, en esta primera aproximación, un título de crédito pues concurren en él todos los caracteres.

Pero, hay más, como muy bien lo señala Alvaro Puelma A. "La determinación de la naturaleza jurídica de alguna institución, tiene importancia para determinar las normas supletorias a falta de disposiciones expresas"[5].

Si así es, la naturaleza jurídica del cheque está legalmente resuelta en nuestra legislación, toda vez que el art. 11 inc. 3º de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques (en adelante también: LCCBC) dispone que "el cheque dado en pago se sujetará a las reglas generales de la letra de cambio, salvo lo dispuesto en la presente ley". En suma, es la propia ley que se encarga de determinar las normas supletorias aplicables al cheque pago a falta de disposiciones expresas, lo que implica que resuelve categóricamente el problema de su naturaleza jurídica, en el sentido que tiene la misma naturaleza que una letra de cambio.

Por otro lado y desde una perspectiva histórica, cabe recordar que cuando en Inglaterra en 1742 se prohibió a los nuevos bancos emitir billetes a la orden o al portador a cambio de los depósitos que sus clientes les efectuaran, ya que ello se reservó exclusivamente al Banco de Inglaterra, tales bancos idearon que sus clientes les giraran letras a la vista con cargo a sus depósitos. Esta práctica se extendió y así nació el instrumento que hoy conocemos como cheque.

En otras palabras, originariamente el cheque no fue sino una clase muy especial de letras a la vista en las cuales el librado debía ser necesariamente un banco que tuviera fondos disponibles a favor del girador[6 y 7]. Así las cosas, la ley chilena no hizo más que recoger la verdad histórica al hacer aplicables al cheque pago, supletoriamente, las normas generales sobre letra de cambio, precisando con esto, sin lugar a dudas, su naturaleza jurídica de título de crédito (art. 11 LCCBC).

[4]Tullio Ascarelli: *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil. Introducción y traducción*, Evelio Verdera y Tuells. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1962, p. 356.

[5]Alvaro Puelma Accorsi: *Estudio jurídico sobre operaciones bancarias.* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971, p.180.

[6]Alvaro Puelma A., ob. cit., p.170.

[7]Pedro Mario Giraldi: *Cuenta corriente bancaria y cheque.* Buenos Aires, Editorial Astrea, 1959, pp. 176, 177 y 178.

Artículo: Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Luis Ubilla Grandi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Consecuente con lo expuesto, se puede fundadamente afirmar que la naturaleza jurídica del cheque no es sino la de un título de crédito muy especial: la de una letra a la vista, de la cual sólo se diferencia porque debe cumplir con ciertas solemnidades especiales relativas a su forma, porque en este documento sólo figura como librado un banco y porque su principal función económica —no la única— es la de servir de medio de pago.

Así es aceptado universalmente. Sobre el particular, cabe destacar que un tan importante texto jurídico como el *Uniform Commercial Code, define al cheque como "una letra de cambio girada sobre un banco y pagadera a la vista"* (3-104).

Esta afirmación de que el cheque es un título de crédito y una particular categoría de letra de cambio a la vista, se ve confirmada, además, en nuestro derecho, por los siguientes argumentos:

1. Resulta innegable que el cheque, desde la fecha en que es girado hasta el vencimiento de los plazos en que puede ser presentado al cobro en conformidad a lo prevenido en el art. 23 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, prueba la obligación de pagar una suma de dinero, asunto que es característico de los títulos de crédito. Si el cheque no es atendido por el banco, el portador tiene acciones cambiarias en contra del librador y endosantes, las cuales pueden ser ejecutivas conforme a normas especiales consagradas para este tipo de instrumentos privados (arts. 34 LCCBC y 434 N° 4 del C. de Procedimiento Civil). El librador debe intereses corrientes desde la fecha del protesto, sanción que es característica del incumplimiento de las obligaciones de dar una suma de dinero (arts. 80 Ley 18.092 y 22 de la LCCBC);

2. Salvo el caso del cheque nominativo, el legislador contempla normas expeditas para que el cheque pueda circular conforme a normas que son propias de los títulos de crédito y distintas de las del derecho común, ya que ellos pueden ser girados a la orden o al portador (art. 18 LCCBC). Esto significa que pueden ser transferidos por endoso y aun por simple entrega manual (art. 164 del C. de Comercio). Es más, tratándose de cheques al portador, hay una norma expresa que tiende a facilitar en mayor medida su circulación y es aquella por la cual se establece que su endoso implica afianzamiento de pago (art. 35 LCCBC). "Si la reglamentación del cheque contiene normas destinadas a tutelar la circulación del documento y consecuentemente la del derecho a él incorporado, es porque la ley estima que durante un tiempo el derecho no será exigido. No tendría ningún sentido amparar la función circulatoria de un instrumento exclusivamente de pago, de un título de exacción sólo útil para evitar la traslación de la moneda contante. Es precisamente la función circulatoria prevista por la ley lo que incluye al cheque dentro de la categoría de los títulos de crédito, porque tal función circulatoria tutelada por el derecho con normas especiales constituye la causa final de todos los títulos de crédito y la razón de ser de su disciplina específica"[8].

El hecho de que el tiempo de circulación útil del cheque sea breve, dado la poca extensión de los plazos que el portador tiene para presentarlo al cobro, no quita valor a la conclusión señalada, ya que el plazo durante el cual pueda circular el documento no es el elemento discriminatorio como para calificarlo o quitarle el carácter de título de crédito.

[8]Pedro Mario Giraldi, ob. cit., p. 164.

Artículo: Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Luis Ubilla Grandi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

4. ¿ES SIEMPRE EL CHEQUE UN MEDIO O INSTRUMENTO DE PAGO?

Digamos, en primer lugar, que el que el cheque contenga una orden de pago no es un elemento que permita distinguirlo o separarlo del alma mater de los títulos de crédito —la letra de cambio—, ya que este instrumento privado debe, conforme a la ley, contener como cláusula esencial *la orden no sujeta a condición de pagar una cantidad de dinero* y si no cumple esa exigencia no vale como letra de cambio (arts. 1 N° 3 y 2 Ley 18.092).

De modo que, cuando se afirma que el cheque, que también es un instrumento privado, es una mera orden de pago, no se le está, en realidad, negando su carácter de título de crédito, como más de alguien lo ha creído ver.

Pero, ¿es el cheque un medio de pago?

La pregunta parecería improcedente si se tiene presente lo dispuesto en el art. 37 de la LCCBC, esto es, que la sola emisión del cheque no extingue, salvo pacto expreso en contrario, las relaciones jurídicas que motivaron su giro. Quien da en pago un cheque no paga en realidad la obligación causal, entendiendo por tal la obligación que se pretende cumplir con el giro del cheque, tal obligación causal sólo va a quedar extinguida como consecuencia de haberse atendido por el banco la orden de pago del girador. Es pacífico en la doctrina que, salvo pacto en contrario, la emisión o transferencia del cheque no significa pago ni extinción de la obligación causal por novación, hasta cuando el cheque no sea atendido por el banco. El cheque se entrega *prosolvendo y no insolutum*, menos de pacto en contrario.

Pero, además, ¿es acaso verdad que quien gira un cheque lo hace siempre con la mira o propósito de pagar una obligación?

La respuesta es negativa, pues es preciso recordar que los cheques se emiten o transfieren con otros propósitos y no sólo con miras a pagar una obligación causal.

Así, por ejemplo, si el girador gira a su propio nombre para retirar dinero efectivo del banco, no está pagando nada. Tampoco se está pagando nada si el cheque se gira como consecuencia de la contratación de un mutuo, pues el mutuante al entregar el cheque al mutuario por el importe de la suma que le presta, no le paga sino que perfecciona con dicho acto el contrato mismo.

"Y si se arguyera que es instrumento de pago aun en esos casos, desde que, inclusive en ellos, hay pago de parte del banco girado, diríamos que no es al momento del pago por el banco que se alude cuando se califica al cheque como instrumento de pago, sino al momento de su creación,... además hay que reconocer otro hecho incuestionable: el de que no pocas veces el cheque es utilizado como instrumento de crédito. Nos referimos a los cheques postdatados o a fecha que, con frecuencia, emiten en sus propios talonarios y, por tanto, en contra de sus propias cuentas y no siempre contra fondos inexistentes, personas que, al contraer una obligación cualquiera, por lo general la de pagar al contado un precio, obtienen del acreedor un plazo, no siempre corto, y convienen con él en no documentar la deuda en otra forma que emitiendo un cheque con la fecha adelantada"[9].

En resumen, expresa el mismo autor, el cheque pago es siempre un título de crédito, sólo como regla general, puede decirse que sea un instrumento de pago.

Comparto plenamente esa fundada opinión.

[9]Carlos Malarriga, ob. cit., pp.783 y 784.

Artículo: Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Luis Ubilla Grandi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

5. EL CHEQUE ES UN TITULO DE CREDITO CAMBIARIO. CONSECUENCIAS

Son títulos cambiarios aquellos que están sustancialmente sometidos a la disciplina de la letra de cambio.

Sin duda el cheque es un título cambiario, no sólo por su origen histórico, sino porque, como ya lo dije, el art. 11 de la LCCBC, en su inciso 3º, expresa que el cheque dado en pago se sujetará a las reglas generales de la letra de cambio.

La sujeción del cheque a la disciplina de la letra de cambio significa que quien se obliga firmando un cheque, ya sea en carácter de girador o de endosante, se obliga cambiariamente. En otras palabras, debe entenderse que quien firma un cheque, lo mismo que quien firma una letra de cambio, hace nacer una obligación nueva con caracteres propios y distintos de la obligación que se pretende cumplir con el giro o endoso del cheque.

Esa obligación, por disponerlo así expresamente el art. 3 N° 10 del C. de Comercio, es comercial, es además rigurosa, literal, autónoma y abstracta, como toda obligación cambiaria.

Esa obligación nace, como toda obligación cambiaria, con la firma puesta sobre el título cambiario denominado cheque y es jurídicamente distinta de la causa que motivó a que se firmara el documento. Así, alguien puede girar o endosar un cheque para documentar el precio de una compraventa, una renta de arrendamiento, la entrega del dinero del mutuante al mutuario en un mutuo, etc. Pero, jurídicamente, la obligación que asume el girador o el endosante al firmar el cheque es distinta de las antes señaladas, puesto que si así no fuera el solo giro o endoso del cheque extinguiría las obligaciones que lo motivaron, denominadas causales, y, como se sabe, ello no es así por lo dispuesto en el art. 37 de la LCCBC, que no hace más que repetir el principio que consagra el art. 12 de la Ley 18.092 de que "el giro, aceptación o transferencia de una letra no extinguen, salvo pacto expreso, las relaciones jurídicas que les dieron origen, no producen novación" y que el pago de la cambial sólo las extingue hasta la concurrencia de lo pagado.

En suma, mientras el cheque no sea atendido, subsiste la obligación que ha causado su giro o endoso.

El banco librado, como se sabe, no firma el cheque y como toda obligación cambiaria no puede surgir sino de la firma de un título cambiario, ésa es la razón por la cual el banco no es obligado cambiario al pago.

La obligación de un banco de pagar el cheque es una obligación extracambiaria. No nace del título cambiario. Nace del contrato de cuenta corriente bancaria, pues es en virtud de dicho contrato que el banco asume la obligación de atender los cheques girados por el cuentacorrentista.

La acción cambiaria es "el poder jurídico que se tiene, para acudir al órgano jurisdiccional, a los efectos de obtener el cumplimiento de la obligación asumida en un título cambiario"[10]. Si aceptamos la definición dada, que me parece correcta, debe entenderse que si perseguimos el cumplimiento de una obligación asumida en un cheque por el girador o un endosante, sin duda estaremos ejerciendo una acción cambiaria, pero el banco cuando paga no está atendiendo una obligación cambiaria, puesto que él no se

[10]Pablo Baccaro C.: *Títulos de Crédito. Letra de Cambio-Pagaré*. Tucumán, Ediciones Menru S.R.L., 1980, p. 165.

Artículo: Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Luis Ubilla Grandi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ha obligado frente al portador, sino que está cumpliendo su obligación proveniente del contrato de cuenta corriente bancaria. Lo recién mencionado no tiene nada de extraño y es la misma situación en que se encuentra el librado que atiende el pago de una letra a la vista que se le presenta, como se sabe, para que la pague, no en razón de vínculo u obligación alguno con el portador sino en virtud del pacto extracambiario que tenga o pueda tener con el girador o librador.

En suma, los motivos o causas que puedan tenerse para girar o endosar un cheque y el banco para pagarlo o no, son de carácter extracambiario.

Todo lo dicho no significa de manera alguna que neguemos que el cheque también constituye un medio de pago; ésta es, sin duda, su principal función, pero como expresa un autor "una cosa es la función económica que el instituto cumple y que la reglamentación legal tiene en cuenta y protege y otra muy distinta la de su naturaleza jurídica. Dejando de lado la utilidad del cheque como medio de pago y atendiendo exclusivamente su índole jurídica, se lo debe ubicar sin reservas dentro de la categoría de los títulos de crédito de contenido pecuniario y de naturaleza cambiaria"[11].

Me parece indudable, asimismo, que el cheque, considerado desde el punto de vista de las relaciones que existen entre el girador y el banco, es una orden de pago que áquel da a éste y que el banco debe cumplir conforme a lo convenido en el contrato de cuenta corriente bancaria, relaciones jurídicas, como ya dije, son ajenas al derecho cambiario. De ello se deduce que la obligación de pago de un cheque la asume el banco frente a su cliente y, por lo mismo, no tiene ninguna obligación frente al portador, con el cual no se encuentra vinculado de ninguna manera.

El hecho de que el cheque sea considerado, en las relaciones girador-Banco, una orden de pago, no excluye que él tenga, también, la naturaleza jurídica de un título de crédito en las relaciones girador-portador legítimo, sea éste el beneficiario o un tercero al cual el cheque ha llegado por endoso. El cheque pago tiene, pues, una naturaleza dual que debe ser tenida en cuenta: una orden de pago extracambiaria en las relaciones girador-banco y un título de crédito cambiario en las relaciones girador-portador.

Entendiéndose esta naturaleza dual del cheque se comprende fácilmente el error y confusión en que caen quienes analizan la naturaleza jurídica del cheque sólo desde la perspectiva extracambiaria, esto es, sólo como una orden de pago frente al banco. Esta singular naturaleza dual del cheque tiene, a nuestro juicio, además otras numerosas repercusiones, dentro de las cuales se encuentra aquella que tiene en la institución de la caducidad, lo que es también tema de este trabajo.

Sin embargo, antes de entrar al tema de la caducidad, me referiré a algunos aspectos puntuales de la cuenta corriente bancaria, que estimo relevantes para comprender mejor las afirmaciones que se harán más adelante.

6. LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES

No se necesita hacer una investigación muy profunda como para darse cuenta que el cheque se encuentra íntimamente ligado al contrato de cuenta corriente bancaria. En efecto, para poder girar un cheque en contra de un banco, lo normal es que se haya

[11]Pedro Mario Giraldi, ob. cit., pp. 161 y 162.

Artículo: Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Luis Ubilla Grandi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

celebrado con esa institución un contrato de cuenta corriente bancaria en forma previa. Digo lo normal, por cuanto los cheques viajeros funcionan desligados del contrato de cuenta corriente bancaria, no obstando a ello el que la naturaleza jurídica de este instrumento sea controvertida, puesto que nuestra LCCBC lo define y califica como cheque.

Por lo expuesto, resulta que es una norma general que quien gira un cheque lo hace porque previamente ha celebrado el contrato de cuenta corriente bancaria con el banco librado. Sin embargo, es preciso señalar que cuenta corriente bancaria y cheque son negocios jurídicos diversos.

Reafirmando lo expuesto, cabe recordar que si bien el cheque está vinculado a la cuenta corriente bancaria, por cuanto es el medio normal de disponer de los fondos que existen en ella, no es el único medio para hacerlo, pues el banco esta facultado para efectuar cargos por otros conceptos y porque, además, hoy está ampliamente difundido el contrato de servicios mediante tarjeta bancaria, que también permite hacer tal disposición.

En relación a este tema de la cuenta corriente, se plantean algunas cuestiones interesantes que brevemente abordaré: ¿Es un requisito de validez del cheque el que el girador tenga fondos disponibles en la cuenta corriente al momento del giro?

Como se sabe la disponibilidad de fondos del girador puede provenir de los depósitos en efectivo o de valores a la vista que haya efectuado o del crédito que con el banco haya pactado. La disponibilidad de fondos conforme a lo prevenido en el art. 22 de la LCCBC debe ser previa al giro.

Después de todo lo que hemos dicho, creo que ya resulta bastante evidente que la disponibilidad de fondos no constituye un requisito de validez del cheque. El cheque tiene tal naturaleza jurídica tenga o no tenga fondos disponibles el librador antes del giro.

Como muy bien lo expresa Giraldi, la disponibilidad de fondos "debe ser considerada no como un requisito de validez del cheque, sino como un elemento imprescindible para que éste cumpla regularmente su función económica..." Más adelante agrega: "Se trata de una condición para su regularidad cuya violación acarrea responsabilidades de otra naturaleza, pero que no produce la ineficacia del cheque como título cambiario".

"Como el banco no pagará si la disponibilidad no cubre el cheque, el titular de la cuenta corriente sólo podra librar cheques en la medida de la provisión. Si lo hace en exceso, el banco desatenderá él mismo la orden de pago porque nadie está obligado a pagar lo que no debe, pero esta circunstancia no atenuará el valor cambiario del documento"[12].

Hemos dicho que la disponibilidad de fondos conforme a la ley debe ser previa al giro, sin embargo, como lo señala el mismo autor y lo sostuvo la delegación alemana en la Conferencia de Ginebra, lo importante es que los fondos estén disponibles cuando se presente el cheque al banco. *No se sabe de un banco que en Chile haya protestado un cheque por no existir fondos disponibles al momento en que el cheque aparece girado si al momento en que es presentado al cobro sí los hay.*

Por último, cabe señalar que un gran contingente de personas ejecutadas en nuestro país por haber girado cheques sin fondos saben, mejor que nadie, que el cheque no pierde su naturaleza por esa circunstancia.

[12]Pedro Mario Giraldi, ob. cit., pp. 156 y 157.

Artículo: Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Luis Ubilla Grandi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

¿Quién es el propietario de los fondos disponibles que existen en la cuenta corriente bancaria?

Pareciera ser que la creencia general es que tales fondos son de propiedad del cliente o cuenta-correntista.

Ese parecer es el que a mi juicio ha llevado a sostener que el banco es un mandatario del cliente que al atender el cheque no hace sino cumplir la orden de su mandante de entregar sus fondos al beneficiario.

Ese mismo parecer es el que permite aceptar que se embarguen los fondos disponibles que existen en las cuentas corrientes de los clientes de los bancos. Estimo que ese parecer adolece de un profundo error, por lo siguiente:

1. Los fondos disponibles en la cuenta corriente son los que provienen de depósitos a la vista del propio cliente o del mismo banco que ha concedido el crédito y ha abonado su valor en dicha cuenta.

2. Este depósito en que se entrega como suma y no en arca cerrada cuya llave conserve el depositante o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, en conformidad a lo prevenido en el art. 2221 del C. Civil, faculta al depositario para usarlo y sólo está obligado a restituir otro tanto en la misma moneda. Es el llamado depósito irregular.

Dice Garrigues: "En el depósito normal o regular, el depositante sigue dueño de la cosa depositada. En el depósito de cosas fungibles (depósito irregular) el depositario adquiere la propiedad y puede consumirlas, devolviendo al final del depósito otro tanto de la misma especie y calidad. La adquisición por el depositario de la propiedad de la cosa depositada es la nota característica de la figura irregular del depósito"[13].

Numerosos son los fallos que aparecen en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas a continuación del art. 2221 del Código Civil que reconocen la propiedad del depositario en el depósito irregular, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica, en cuanto al riesgo de la cosa, en cuanto a la propiedad de los frutos o al pago de intereses.

No puede caber duda alguna, pues, que los fondos disponibles en la cuenta no son de propiedad del cliente, son de dominio del banco, de modo que Giraldi está en lo cierto al afirmar que "cuando el Banco paga el cheque no actúa como mandatario sino que cumple a expensas de su propio patrimonio, la obligación que tiene contraída de dar una suma de dinero, obligación proveniente de un depósito irregular pecuniario que debe restituir..."[14].

Quien gira un cheque no hace un acto de disposición de un dinero propio sino que ejercita su derecho personal o de crédito contra el banco para que éste le restituya lo depositado. El banco que paga un cheque es un depositario que cumple con su obligación de restituir lo depositado en la forma convenida en el contrato de cuenta corriente bancaria y no un mandatario que ejecuta en nombre y por cuenta de otros un acto jurídico.

En suma, el banco que cumple la orden de pago del librador no es mandatario de éste, del mismo modo que el librado o el aceptante en la letra tampoco necesariamente lo son del girador. La causa de que el banco cumpla la orden del girador no hay que buscarla en

[13]Joaquín Garrigues: *Contratos Bancarios.* Madrid, Gráficas Aguirre (2a. edición, corregida y puesta al día por Sebastián Moll), 1975, p. 361.

[14]Pedro Mario Giraldi, ob. cit., p. 145.

Artículo: Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Luis Ubilla Grandi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el mandato, pues, no es ése el contrato que se ha celebrado, sino en el contrato de cuenta corriente bancaria y en los depósitos irregulares que en ella se efectúan.

Si el dinero es de dominio del banco y no del cuentacorrentista, cabe preguntarse, ¿cómo podría ser embargado en una causa seguida en contra de este último? La cuestión resulta tanto mas interesante si se recuerda que el banco tiene, conforme a muchos contratos de cuenta corriente bancaria, el derecho a cargar en la cuenta corriente los créditos concedidos al cliente, entonces, ¿cual podría ser la razón jurídica que permitiere a un tercero de privar al banco del ejercicio de ese derecho en una causa en que no es parte?

Parece que la respuesta debiera ser que los fondos disponibles en cuenta corriente bancaria no pueden ser embargados, precisamente porque no son de propiedad del ejecutado. A lo más, se podría embargar el crédito que el cuentacorrentista tiene contra el banco.

Es mi opinión que este punto se ve confirmado por las normas especiales que hubieron de contemplarse en la Ley General de Bancos en lo relativo al pago de las obligaciones a la vista en casos de insolvencia, proposiciones de convenio o liquidación forzosa de bancos (Título XV, párrafos segundo y tercero), puesto que, de no crearse por la ley esta verdadera superpreferencia, tales créditos serían simplemente valistas. Es obvio que tal creación no habría sido necesaria si los dineros depositados en cuenta corriente bancaria fueren de propiedad del depositante.

Se comprenderá que un tratamiento más profundo de este tema excede el propósito de esta ponencia, por lo que dejo hasta aquí.

7. *LA CADUCIDAD. BREVE COMENTARIO DE UN FALLO DE LA I. CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCION*

En la Enciclopedia Jurídica Omeba se dice: "En el terreno jurídico y concretándonos a la caducidad de derechos y acciones, por ser lo más general e interesante, la caducidad se puede definir en principio como la pérdida de un derecho o acción por su no ejercicio durante el plazo señalado por la ley o la voluntad de las partes".

El art. 23 de la LCCBC señala los plazos que tiene el portador para presentar el cheque al banco librado.

Si un cheque no es presentado dentro de dichos plazos hay dos tipos de consecuencias, conforme a la naturaleza dual del cheque a la que antes me referí:

a) En cuanto orden de pago frente al banco librado: éste deja de estar obligado al pago (art. 24). Obligación que según vimos nace del contrato de cuenta corriente bancaria y del carácter de depositario irregular que tiene el banco. Obviamente la obligación de pago del banco renace si el cuentacorrentista revalida el cheque.

b) En cuanto a título de crédito cambiario: la ley dispone que el portador pierde su acción en contra de los endosantes.

Es claro, entonces, conforme a nuestra ley, que no se pierde acción en contra del girador.

Esta afirmación se ve confirmada de la lectura del inc. 3º art. 23 de la LCCBC, cuando dispone que el portador pierde también acción en contra del girador, cuando el pago se hace imposible por hecho o culpa del librado, esto es, del banco, posteriores al

Artículo: Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Luis Ubilla Grandi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

vencimiento de los plazos de caducidad. En otras palabras, si no se produce tal circunstancia se conserva acción en contra del librador.

Es obvio que la naturaleza de esa acción es la de una acción cambiaria, por lo que antes hemos expresado.

Esta cuestión acerca de si la presentación oportuna al cobro es o no un requisito necesario para ejercer acción cambiaria en contra del librador o lo que es lo mismo, si la caducidad extingue también la acción cambiaria en contra del librador, no es una cuestión nueva. En la Conferencia de Ginebra en que se redacto la Ley Uniforme sobre Cheque, el punto se discutió y es así como "se juzgó conveniente dejar en esta materia una cierta libertad a las legislaciones particulares, aprobando una reserva (art. 20 del Anexo II), por la que cada uno de los estados contratantes está facultado para no subordinar la conservación del regreso contra el librador a la presentación del cheque, o a la realización del protesto, o comprobación equivalente en tiempo útil, y para regular los efectos del recurso"[15].

Resulta evidente que en nuestro país, aun cuando no suscribió los acuerdos de esa conferencia, se optó por el camino de hacer perder acción cambiaria en contra del librador, sólo en el caso de que el pago se haya hecho imposible por hecho o culpa del librado. La redacción del art. 23 de nuestra ley claramente no subordina la acción cambiaria en contra del librador a una presentación oportuna, lo que contrasta con la norma que se da en otras legislaciones en que sí se subordina a tal presentación, por ejemplo, la ley argentina.

Nuestra ley es similar a la ley italiana y la española sobre cheques. Así el "art. 45 del decreto ley italiano establece que el portador conserva sus derechos contra el librador, aunque el cheque no haya sido presentado en tiempo, y no se haya practicado el protesto o la comprobación equivalente. Si después de transcurrido el término para la presentación, la disponibilidad de la suma llegase a faltar por hecho del girado, el portador pierde tales derechos, ya sea totalmente, ya sea parcialmente, con relación a la parte de la suma que llegase a faltar, haciendo uso de lo previsto en la reserva 25 de la Ley Uniforme. Consecuencia de la subsistencia de la garantía del librador, no obstante la falta de presentación o de la formulación del protesto en tiempo útil, es que *la acción del tenedor contra el librador no está sujeta a caducidad sino a prescripción*"[16].

En España, refiriéndose a la caducidad, perjuicio o decadencia, Luis Carlón Sánchez expresa, después de destacar las similitudes entre la caducidad en la letra de cambio y la del cheque, a la hora de marcar las diferencias: "Así mientras en la letra el perjuicio libera de responsabilidad al librador, en el cheque tal liberación no se produce, pues la obligación de él persiste aun después de transcurridos los plazos de presentación del título... Por otra parte, mientras en la letra de cambio el librado, cuando es aceptante, no se libera de su responsabilidad a consecuencia de la negligencia del tenedor (art. 49 de la LC), en el cheque, como ya se ha tenido ocasión de indicar, no responde nunca frente al tenedor, por lo que, frente a éste, es indiferente que el título se perjudique o no, pues, tanto en un caso como en otro, el librado no conserva ninguna obligación frente al tenedor del cheque, puesto que no lo ha asumido"[17].

[15]Bolaffio-Rocco-Vivante. David Supino y Jorge de Semo: *Derecho Comercial. De la Letra de Cambio, del Pagaré Cambiario, del Cheque.* T. 97 volumen II. Buenos Aires, Ediar, Soc. Anon., Editores, 1950, p. 327.

[16]Pedro Mario Giraldi, ob. cit., p. 156.

[17]Derecho Cambiario. *Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque.* Dirección: Aurelio Ménedez Menéndez. Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1992, pp. 833 y 834.

Artículo: Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Luis Ubilla Grandi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Es de toda evidencia que la acción del portador en contra del librador es cambiaria, toda vez que emana del cheque mismo, esto resulta particularmente claro si se piensa en un endosatario que deba perseguir el cobro, pues la acción que conserva él no puede emanar sino del cheque, ya que ninguna vinculación causal tiene con el girador o librador.

Si el portador conserva acción cambiaria en contra del girador en el caso del cheque caducado, es importante dilucidar a este respecto las siguientes dudas: 1) ¿Cómo puede hacerse efectiva la acción cambiaria de cobro?; y, 2) ¿Cuál es el plazo de prescripción de la acción cambiaria de cobro del girador y desde qué fecha se cuenta dicho plazo? Respecto de la primera cuestión cabe dejar establecido, en primer lugar, que conforme se expresa en la circular 2342 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras del 31 de marzo de 1988, si la causa de la negativa de pago del banco es la caducidad debe protestarse el cheque.

Antes se sostuvo por la misma Superintendencia que no cabía protestar el cheque por caducado, ya que al haber expirado la orden de pago el documento no era cheque.

La actual doctrina de la Superintendencia es la que a mi juicio se ajusta a derecho, por cuanto el que el banco no esté obligado a atender la orden de su cliente, obligación que como ya dijimos nace del contrato de cuenta corriente bancaria y no del cheque, no le quita a este documento su naturaleza jurídica de título de crédito cambiario; del mismo modo que la caducidad de acciones del portador de una letra de cambio o de un pagaré en contra de los obligados por garantía, tampoco le quitan a esos documentos su naturaleza jurídica.

La caducidad es una sanción que afecta a la exigibilidad de la acción, pero que no tiene el efecto de desvirtuar la naturaleza jurídica del instrumento. Lo mismo cabe decir respecto de la prescripción.

Por otra parte, es claro, conforme al art. 33 de la LCCBC, que en caso de falta de pago debe protestarse sin atender a la razón por la cual el pago no se hace. Nadie discute que el protesto del cheque es un acto cambiario que tiene por objeto dejar constancia fehaciente de la falta de pago y que tiene por finalidad conservar acciones en contra de los obligados cambiarios por garantía que en el caso del cheque tiene, como ya se dijo, una normativa especial, pues aun operando la caducidad se conserva acción cambiaria en contra del librador. En suma, protestar un cheque no es sino dejar constancia fehaciente de su falta de pago por el librado, lo que como efecto hace nacer la *garantía de pago en contra de los endosantes y el librador, salvo el caso de caducidad en que se pierde acción en contra de los primeros pero, por norma general, no en contra del segundo.*

Aclarado el hecho de que, si el portador lo requiere, el cheque no pagado por estar caducado debe protestarse, resulta evidente que si el portador notifica judicialmente el protesto al girador y éste no tacha de falsedad su firma en el acto de la notificación o dentro de tercero día y no consigna fondos suficientes para atender al pago del capital, intereses y costas, se habrá preparado ejecución en contra de él, del mismo modo que queda preparada la ejecución en contra del suscriptor de otros títulos de crédito cambiarios, como la letra y el pagaré, en iguales circunstancias. Todo ello conforme a lo prevenido en el art. 434 N° 4 del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto, es preciso tener presente que la ley procesal lo único que exige es que se trate de un cheque protestado, sin distinguir acerca de la causal de la negativa de pago.

Sobre el particular, Julio Olavarría Avila hace ya bastantes años escribió:

Artículo: Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Luis Ubilla Grandi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"Requiriéndolo el portador, el banco debería protestar el cheque aunque dejando la constancia de la razón del no pago. El protesto así levantado no servirá sin embargo, para requerir a los endosantes, quienes podrán prevalerse del perjuicio del cheque, ni tampoco para perseguir la responsabilidad criminal del librador. Podrá ser útil, en cambio, para entablar en contra de este último la acción ejecutiva de cobro, si notificado de él, no opusiere tacha de falsedad a su firma en el momento de la notificación o dentro de tercero día. No obstará al ejercicio de esta acción ejecutiva la circunstancia de no haberse presentado en tiempo hábil el cheque al cobro ni otras objeciones que pueda oponer el girador, como la deuda misma, la cantidad, etc."[18]

Reiteramos que el cheque caducado no hace perder acción en contra del girador, sigue siendo cheque y debe ser protestado, por lo que no hay razón alguna para no poder preparar la ejecución por la vía indicada.

Puede ocurrir que el girador tache de falsa su firma. ¿Se habrá formado el incidente a que se refiere el art. 111 de la Ley 18.092, ley que se refiere sólo a la letra de cambio y al pagaré?

Me parece que la respuesta afirmativa es indudable por las siguientes razones: Primero porque al cheque pago se le aplican supletoriamente las normas sobre letra de cambio (art. 11 LCCBC); y,

Segundo porque el art. 111 se refiere a los casos del inciso 1º del Nº 4 del art. 434 del C.P.C., sin distinguir y dentro de ésos, se encuentra el del cheque.

La cuestión de si se habrá o no configurado el delito de que trata el art. 110 de la misma ley, en caso de que resulte ser verdadera la firma tachada de falsa, es más discutible y su análisis excede el propósito de este estudio.

Si la firma resulta ser verdadera el tribunal lo declarará así y el documento constituirá título ejecutivo, sin embargo, dicha declaración sólo produce cosa juzgada formal, ya que el ejecutado podrá oponer en el juicio civil como excepción o defensa la falsedad del título o de su firma y justificarla en dicho proceso.

Si el portador del cheque no lo protesta, podrá preparar la ejecución en contra del girador por la vía contemplada por el art. 435 del C. de Procedimiento Civil, o simplemente iniciar juicio ordinario.

Resuelto lo anterior, cabe preguntarse, ¿cuál es el plazo de prescripción de la acción de cobro?

El art. 34 de la LCCBC dispone que la acción ejecutiva contra los obligados al pago de un cheque protestado prescribe en un año contado desde la fecha del protesto.

En principio, pues, parecería que la cuestión del plazo de prescripción está resuelta y es de un año y, aun cuando entendiéramos que la ley sólo se está refiriendo a la acción ejecutiva y no a la cambiaria, a igual conclusión llegaríamos si aplicamos el art. 98 de la ley sobre letra de cambio que establece igual plazo.

¿Desde qué fecha se cuenta el plazo de prescripción?

Si aplicamos el art. 34 de la LCCBC deberíamos concluir que el plazo de prescripción se cuenta desde la fecha del protesto, sin embargo ello no puede ser así, puesto que bien puede ocurrir que el protesto se efectúe en una fecha muy posterior a la

[18] Julio Olavarría Avila: *Manual de Derecho Comercial*. T.3. Santiago, Editorial Jurídica de Chile (2ª edición, revisada y corregida por su autor), 1956, pp. 471 y 472.

Artículo: Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Luis Ubilla Grandi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del giro, por ejemplo, dos años después, o bien podría ocurrir que el cheque no se proteste.

De ahí que contar el plazo desde la fecha del protesto significaría dejar al arbitrio del portador el inicio de la prescripción de la acción cambiaria, lo que no resulta ni lógico ni justo y es jurídicamente inaceptable.

¿Cuál debe ser entonces la solución para el caso del cheque caducado?

Julio Olavarría Avila, comentando el punto, expresa que todas las acciones ordinarias prescriben en el plazo de 1 año contado desde la fecha de giro del cheque que es al mismo tiempo el de su vencimiento, de acuerdo con el derogado art. 761 del C. de Comercio, hoy art. 98 Ley 18.092, aplicable en virtud de lo dispuesto en el art. 11 inciso 3° de la LCCBC[19].

El art. 761 del C. de Comercio se refería al plazo de prescripción de las acciones cambiarias, al que ahora se refiere el art. 98 de la Ley 18.092, de modo que, actualizando la opinión de Julio Olavarría Avila, la acción cambiaria para cobrar un cheque caducado prescribiría en el plazo de un año contado desde la fecha del giro.

Por mi parte, pienso que el plazo de prescripción es de un año conforme a lo prevenido en el citado art. 98 contado desde el vencimiento del plazo en que pudo presentarse al cobro. Esto porque los documentos a la vista no vencen al momento de girarse, como parece desprenderse de lo que expone Olavarría, sino al momento de presentarse al cobro, de ahí que si el cheque no fue presentado oportunamente al cobro, pienso que el plazo empieza a contarse desde el día siguiente a aquel de vencimiento del plazo que el portador pudo hacerlo.

Esta es la opinión de Joaquín Garrigues respecto de una normativa que sobre el punto, en la legislación española, es idéntica a la nuestra. Este tratadista, después de sostener que en el cheque hay acción cambiaria en contra del girador no obstante la caducidad, dice respecto del cómputo de plazo de prescripción en los títulos a la vista que él se cuenta "desde el último día del término convencional o legal para la presentación"[20].

René Roblot, profesor de Derecho, Decano Honorario de la Facultad de Derecho de Nancy, Francia, y tratadista que ha actualizado la obra de Ripert, dice que en los títulos a la vista el plazo de prescripción se cuenta desde la fecha de la presentación al pago y que en caso de falta de presentación, el plazo se empieza a contar desde la expiración del plazo previsto por la ley para la presentación. Cita sobre el punto relevante jurisprudencia[21].

Tanta fuerza lógica tiene esta tesis que el art. 52 del Decreto Ley de 30 de octubre de 1935 que en Francia reglamenta al cheque, consagra legalmente que el plazo de prescripción se cuenta desde la fecha de expiración del plazo para la presentación. Igual solución consagra el art. 54 del Decreto Ley 4776/63, en la legislación argentina.

Comentario del fallo sobre la naturaleza jurídica del cheque caducado

El fallo que brevemente comentaré fue dictado por la I. Corte de Apelaciones de Concepción el 26 de abril de 1989 y está publicado en la *Gaceta Jurídica* N° 111 del año 1989, p. 16. La doctrina de este fallo, que considero equivocada, ha sido seguida por otros fallos.

[19]Julio Olavarría Avila: p. 507.
[20]Joaquín Garrigues: ob. cit., t.II, pp. 580 y 687.
[21]René Roblot: *Les Effets de Commerce.* Paris, Sirey,1975, p. 366.

Artículo: Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Luis Ubilla Grandi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El considerando 2 del fallo expresa textualmente:

"Que, según lo dice el art. 10 de la ley recién citada, el cheque es una orden escrita y girada en contra de un banco para que éste pague, a su presentación, el todo o parte de los fondos que el librador pueda disponer en cuenta corriente".

"De lo recién dicho se desprende que el cheque es, en esencia, una orden escrita de pago girada en contra de un banco, de donde resulta evidente que desapareciendo la orden, *desaparece también el cheque*".

Como se comprende después de lo que hemos manifestado en esta ponencia, parece evidente que el fallo desconoce el carácter dual del cheque y deja sin respuesta el tema de la naturaleza cambiaria de la acción que tiene el portador en contra del girador, naturaleza que nadie le niega en la doctrina y el derecho comparado. Conviene insistir que el banco debe atender al pago del cheque en virtud del contrato de cuenta corriente bancaria, esto es, por un pacto extracambiario, y que el vencimiento del plazo de caducidad libera al banco de su obligación, pero que sigue plenamente vigente la obligación de pago del librador que es de naturaleza cambiaria como ya lo demostré. De modo que la afirmación de que vencido el plazo de caducidad el cheque desaparezca, como lo dice el considerando que analizamos, constituye en nuestra modesta opinión un grave error de concepto.

Los considerandos 4 y 5 van aún más lejos diciendo:

"4. Que como se ha dicho, caducado un cheque el banco librado no puede pagarlo, salvo el caso de excepción recién referido, lo que significa que ha dejado de ser una orden de pago y, consecuencialmente, que no se está en presencia de un cheque, sino de un instrumento privado que da cuenta de una obligación entre girador y beneficiario".

"5. Que, de este modo, el título ejecutivo hecho valer en este proceso es un instrumento privado reconocido judicialmente por su otorgante, y no un cheque, de lo que se sigue, como necesaria consecuencia, que los plazos de prescripción se rigen por las reglas generales del Código Civil y no de la Ley de Cheques, la que, por lo demás, sólo legisla sobre la prescripción de los cheques protestados pero no de los que no han sido".

Repetimos, por los fundamentos ya dados, que el documento sigue siendo cheque, no obstante haber caducado las acciones en contra de los endosantes y no obstante que al banco le haya cesado su obligación de atender al pago del cheque, de modo que sigue siendo un título de crédito cambiario, que como todo título cambiario es "un simple instrumento privado".

Hay que pensar que el portador del cheque puede ser una persona a la cual el documento haya llegado por endoso y que, por tanto, no esté ligada por ningún vínculo causal con el girador, de modo de que si fuera cierto que el cheque fuera un simple instrumento privado sujeto a las normas del derecho común, la obligación de pago del girador frente al portador carecería de causa, lo que resulta jurídicamente inaceptable. La verdad es otra y es que al ser el cheque un título de crédito cambiario, al haber circulado, funciona desligada de su causa, rigiendo plenamente el principio de inoponibilidad de excepciones.

Por lo expuesto, también nos parece equivocado sostener que los plazos de prescripción se rigen por las reglas generales del Código Civil, sobre todo si se tiene presente que la propia Ley de Cheques remite a las normas generales sobre letra de cambio. Aún si dicha norma no existiera, cabría recordar que el art. 3 Nº 10 del C. de Comercio hace acto de comercio formal a las operaciones sobre cheques, de modo que en la peor de las hipótesis cabría aplicar las normas sobre prescripción del C. de Comercio y no las del Código Civil.

Artículo: Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Luis Ubilla Grandi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

8. EL CHEQUE POSTDATADO

El art. 13 de la LCCBC dispone que entre otras menciones el cheque debe expresar:

"El lugar y la fecha de expedición".

Siguiendo a Garrigues, entendemos que es necesario puntualizar la significación jurídica de la fecha: "La indicación del día de la emisión no representa la afirmación de un hecho, sino la declaración de voluntad del librador de que el documento debe considerarse extendido ese día. La fecha es un requisito puramente formal, y la forma legal del cheque no se perjudica cuando se expresa una fecha de emisión diversa de la verdadera. Tal es el caso de los cheques llamados ante datados y postdatados. Entendemos por cheque antedatado aquel que lleva una fecha anterior a la fecha real, y por cheque postdatado el que lleva una fecha posterior a la real"[22].

El efecto de la antedata es claro, con ello se acorta, digamos convencionalmente, el plazo de caducidad y yo no veo inconveniente legal para ello.

El efecto de la post data es más complejo. Teniendo presente la naturaleza dual del cheque podemos decir que:

1. En cuanto a orden de pago que debe ser atendida por el banco librado, el cheque es siempre pagadero a la vista. Cualquier mención contraria se tendrá por no escrita. El cheque presentado al cobro antes del día indicado como fecha de emisión es pagadero el día de su presentación (art. 10 inc. 2º LCCBC).

Insistiendo en la misma idea, el art. 22 de la LCCBC, en relación con el mal llamado delito de giro doloso de cheque, expresa: "No servirá para eximirse de responsabilidad la circunstancia de haberse girado el cheque sin fecha o a una fecha posterior a la de su expedición".

Las normas legales recién citadas no dejan lugar a duda alguna en cuanto a que el hecho de que se consigne como fecha de giro una distinta que la real, no importa nulidad de la declaración cambiaria que contiene el cheque. El cheque es válido y el banco debe pagarlo a su presentación.

En cuanto a la caducidad de la orden, teniendo presente que el requisito de la fecha es puramente formal y no teniendo el banco otro medio de comprobar tal fecha de giro que la que emana del documento mismo, será ésta la que indique el inicio del cómputo del plazo de caducidad y no la efectiva y real de giro.

2. En cuanto a título de crédito cambiario: En este punto cabe recordar que los cheques son naturalmente documentos destinados a circular, aunque su lapso de circulación sea breve, tanto es así que si se quiere evitar la circulación por endoso o aun por simple entrega manual, el cheque debe ser extendido nominativamente, lo que se hace tarjando las expresiones "la orden de" y "o al portador", además de incluir el nombre del beneficiario. El cheque no es naturalmente un documento que circule conforme a las normas del derecho común y que pueda, excepcionalmente, circular por endoso o por simple entrega manual mediante la inclusión de cláusulas especiales sino todo lo contrario. Si el cheque es un instrumento naturalmente destinado a circular, entonces es natural y perfectamente posible que él sea presentado al cobro por un endosatario que ignore la

[22]Joaquín Garrigues: *Tratado de Derecho Mercantil*, t. II, p. 622.

Artículo: Cheque título de crédito. Caducidad del cheque. Derechos del portador de un cheque caducado, cheque postdatado o a fecha
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Luis Ubilla Grandi

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

fecha real de giro y sólo haya tenido en cuenta la estampada en el documento, por lo que debe ser protegido como son protegidos todos los portadores de títulos de crédito que de buena fe han confiado en la apariencia que dan las formas. No es posible considerar el requisito de la fecha que es puramente formal, como un requisito de fondo, y como consecuencia de ello aceptar la prueba de que el documento no fue girado en la fecha en que aparece girado, porque ello afecta gravemente la posibilidad de circulación del título, afectando su naturaleza misma.

Cabe, por otra parte, preguntarse si el pacto de *non petendo* entre el girador y el tomador o beneficiario, según el cual este último, a pesar de recibir un título a la vista, se obliga a utilizarlo sólo en la fecha indicada como de giro del documento, tiene o no valor entre las partes. No está de más insistir que dicho pacto carece de todo valor frente al banco librado y a terceros, pero en relación a los que lo celebraron, estoy con los que piensan que tiene pleno valor y por eso hago mías las palabras de Giraldi, quien dice: "La ley quiere, por sobre todo, preservar la función económica del título, y por ello es que lo considera siempre pagadero a la vista, haciendo caso omiso de una fecha futura; pero de eso no surge la ilicitud del acuerdo entre las partes, entiéndase bien ni, por consiguiente, la exoneración de la responsabilidad emergente del incumplimiento. La posdatación no impide la presentación del cheque con sus naturales consecuencias...; pero el incumplimiento de la obligación, de no hacer, contraída por el que la recibió, dará lugar a una indemnización según las reglas del derecho común"[23].

Refiriéndose al cheque posdatado, Joaquín Garrigues agrega que "los legisladores no han querido decretar la nulidad de estos cheques para no poner trabas a la circulación de cheques que pueden ser adquiridos de buena fe después de la fecha indicada en el documento, sin que pueda saber el adquirente si la fecha del cheque era o no la verdadera"[24].

Conviene recordar aquí lo expresado en este mismo trabajo en cuanto a que la existencia de fondos disponibles y suficientes al momento del giro no es un requisito de validez del cheque.

Por todo lo expuesto, me parece que el pacto que importa el cheque a fecha o postdatado tiene pleno valor entre las partes, por lo que los comerciantes que habiendo recibido tales instrumentos no respeten lo pactado, causando daño, quedan sujetos a la obligación de indemnizar conforme a las reglas del derecho común. Por su parte, el banco deberá pagar siempre el cheque a su presentación en cuanto él reúna los requisitos legales de tal y existan fondos disponibles, a menos que esté caducado, debiendo contarse el plazo de caducidad desde la fecha de emisión que aparece en el documento.

[23]Pedro Mario Giraldi, ob. cit., pp. 222 y 223.
[24]Joaquín Garrigues: *Contratos Bancarios*, p. 487.