

que se le devuelva la cosa. Se está, pues, en presencia de uno de los casos de excepción a que alude el ordinal 1º del artículo 1608 de nuestro código, cuando señala que el deudor está en mora si no ha cumplido su obligación en el término estipulado, "salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora".

El requerimiento en mención, exigido por el artículo 2007 del código colombiano, puede hacerse privadamente o por conducto de un funcionario judicial.

182. - La obligación de restituir afecta a quien, como subarrendatario, tenga el bien en su poder a la terminación del arriendo de primer grado, por aquello, que ya se advirtió, de que el derecho del subarrendatario al uso de la cosa no puede ser mayor, en sus términos, que el del arrendatario primitivo y, en consecuencia, expira con éste. Inclusive, el derecho alemán advierte que, en lo tocante a la restitución, el arrendatario y el subarrendatario son deudores solidarios.

183. - El deber de restitución se suspende cuando el arrendatario puede ejercer el derecho de retención, según se estudiará posteriormente.

Otras obligaciones del arrendatario.

184. - Aparte de las obligaciones fundamentales que se han dejado estudiadas, el arrendatario debe cumplir aquéllas que le impongan los términos del contrato. Pueden ser, por ejemplo, la de no introducir en el edificio alquilado ciertas sustancias o elementos o la de abstenerse de destinar el local tomado en arriendo a determinada actividad comercial.

(Continuará)

REVOCABILIDAD DE LOS CHEQUES

DR. OSCAR VILLA ZEA

De acuerdo con la legislación Colombiana, es válida la contraorden de un cheque?

La Superintendencia Bancaria en repetidas ocasiones, se ha pronunciado en el sentido de que es válida la contraorden de un cheque, y por lo tanto debe ser atendida por el banco girado.

Pero la legislación colombiana nada dice al respecto. Únicamente menciona la contraorden en el artículo 116 de la ley 46 de 1923 ordinal 5º —reglamentaria de los instrumentos negociables—, al decir que no se requiere dar aviso del rechazo al girador, cuando éste ha contraordenado el instrumento. La ley mencionada no reglamenta la contraorden ni los efectos de élla y tampoco hay ninguna otra disposición que lo haga.

¿En qué se basa pues, la afirmación de la Superintendencia y cuál es su valor?

En cuanto al valor de tal concepto, la misma entidad se pronuncia en el siguiente sentido:

"Como la Superintendencia Bancaria lo ha manifestado siempre que se le ha pedido su opinión sobre un tema relacionado con el alcance y aplicación o interpretación de las leyes, en general, —y más aún en los contratos en que sean partes los bancos u otras entidades sometidas a su vigilancia— los conceptos que élla emita al respecto no tienen ninguna fuerza obligatoria, y el acatamiento que pueda prestárseles por el aspecto doctrinario sólo depende de las razones o argumentos en que se apoye. (Mayo 22 de 1951).

Como el concepto de la Superintendencia Bancaria es suficientemente claro, sobran los comentarios al respecto. En consecuencia, pasamos a analizar "Las razones o argumentos en que se apoya", para conocer su valor doctrinario.

Dice la Superintendencia:

"Uno de los puntos más debatidos en la legislación sobre cheques es el relativo a la facultad del girador para revocar la orden de pago. Existen sobre el particular, entre otras, tres tendencias:

- "1ª Otorga al girador la facultad sin restricciones de revocar la orden de pago (Leyes inglesa, americana, ecuatoriana y peruana).
- "2ª Otorga dicha facultad, pero únicamente después de vencido el plazo para la presentación al cobro (Leyes alemana, mejicana, y en parte la belga).
- "3ª El girador no puede contraordenar el pago sino en caso de pérdida o robo del cheque (Leyes francesa y chilena).

"La Ley 46 de 1923 fue tomada de la legislación americana sobre instrumentos negociables, según la cual el girador puede revocar sin restricciones la orden de pago. Descansa este sistema en el principio de que el cheque no constituye cesión en favor del beneficiario o tenedor de parte de los fondos que el librador tenga en el banco, a menos que el cheque haya sido ya pagado o visado al recibir el aviso.

"El cheque, según las leyes americana y colombiana, es una letra de cambio girada a su presentación contra un banco. Las disposiciones sobre letras de cambio pagaderas a su presentación son, por tanto, aplicables al cheque. Así debe entenderse el artículo 116 de la ley 46 de 1923 correspondiente al 114 de la ley americana y al 50 de la ley inglesa, de cuyo texto se desprende claramente que el girador tiene la facultad de contraordenar el cheque y el girado la de abstenerse de pagar, siempre que al recibo de la orden no lo haya pagado o visado (mayo 25 y mayo 30 de 1934). Doctrinas y Conceptos de la Superintendencia Bancaria, Tomo I pág. 254-55).

La circunstancia de que la ley 46 de 1923 haya sido tomada de la legislación americana, no incorpora a nuestra legislación todo el sistema cambiario americano, doctrinal y legal; solamente rige la ley 46 de 1923, ley que no reglamentó la contraorden ni sus efectos, por lo tanto para conocerlas (validez y efectos), tenemos que ceñirnos a la legislación colombiana vigente.

La Superintendencia afirma, que la revocabilidad descansa en

el principio de que el cheque no constituye cesión en favor del tenedor de parte de los fondos que el librador tenga en el banco; pero dicho principio significa, a nuestro entender, no que el girador pueda o tenga la facultad de revocar la orden, sino, que puede disponer de la previsión, retirando los fondos o girando otros cheques.

El cheque es una letra de cambio girada contra un banco y pagadera a su presentación (art. 186 ley 46 de 1923), y en tal carácter, implica una ORDEN INCONDICIONAL de pagar una suma determinada de dinero (art. 5º ley 46 de 1923).

El Diccionario Manual de la Real Academia Española de la Lengua, define la palabra "incondicional", de la siguiente manera:

"Adjetivo. Absoluto, sin restricción ni requisito".

A su vez el Código Civil Colombiano, en el art. 1530 dice:

"Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, un acontecimiento futuro, que puede suceder o no".

Y más adelante en el artículo 1534 se lee:

"Se llama condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor; casual la que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso; mixta la que en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso".

No entendemos cómo, una orden que la ley exige que sea INCONDICIONAL, pueda ser revocada; o la orden es incondicional o es revocable, es decir sometida a la voluntad del deudor lo que constituye una condición potestativa.

En cuanto a las obligaciones sometidas a condiciones potestativas, el artículo 1535 del Código Civil dispone:

"Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga".

En cuanto al artículo 116 de la ley 46 de 1923 ordinal 5º no solamente no autoriza contraordenar o revocar los instrumentos negociables, sino que establece una sanción para el girador que así procede. La sanción consiste en que para recurrir contra él en el caso de que el girado no pague o no acepte al vencimiento, no es necesario el aviso de rechazo. Con la lógica de la Superintendencia, el ordinal 4º del mismo artículo, y el 81 de la misma ley, (disponen que no es necesaria la presentación para el pago y el aviso de rechazo cuando el girador no tenía derecho a esperar que el girado aceptara o pagara), estaría autorizado para girar instrumentos negociables en estas circunstancias, es decir sin provisión de fondos, hecho que siempre ha sido prohibido y castigado por nuestra legislación, entre

otras disposiciones por las siguientes: Artículo 3º de la ley 8ª de 1925; artículo 2º del Decreto Extraordinario 14 de 1955, reemplazado por Decreto Extraordinario 1699 de 1964. Por consiguiente no creemos como lo afirma la Superintendencia que del texto del artículo 116 ya citado, "se desprende claramente que el girador tiene la facultad de contraordenar el cheque y el girado de abstenerse de pagar.....", sino todo lo contrario.

Veamos y analicemos otra doctrina de la Superintendencia Bancaria sobre revocabilidad de los cheques:

"Estima la Superintendencia que si el banco recibe por escrito, antes de la presentación para el pago o antes de visarlo, orden del girador y del beneficiario, conjuntamente, en el sentido de que se abstenga de pagar determinado cheque extraviado, no puede después el banco cubrir su importe; y si lo hace, por inadvertencia o por error, las consecuencias del descuido debe sufrirlas quien ha incurrido en él.

"Esta resolución se impone a virtud de la doctrina sobre revocabilidad del cheque, universalmente aceptada; y ya que si, de acuerdo con nuestras leyes, dicho documento no es en el fondo sino una orden incondicional, escrita, dirigida a un banco y pagadera a su presentación (Art. 186 y 128, ley 46 de 1923), no hay duda de que esta orden puede ser revocada válidamente por escrito, antes de que la reciba quien habrá de cumplirla". (Enero 12 de 1937. Op. cit. p. 255).

No encontramos la razón para que la Superintendencia sostenga que la revocación debe ser hecha no ya por el girador, sino por éste y el beneficiario conjuntamente, como lo afirma la doctrina transcrita. Los derechos del beneficiario para contraordenar el cheque, tampoco son claros; no sobra anotar que son menos que los de cualquier tenedor que podría serlo en debida forma y por lo tanto libre de las excepciones que pudieran proponerse las partes entre sí y libre de los defectos en los títulos de las partes anteriores a él. (Art. 59 Ley 46 de 1923).

El artículo 19 de la ley de Instrumentos Negociables, en la parte final dispone, que cuando el instrumento no está en poder de una parte cuya firma aparece en él, se presume que ha sido entregado por dicha parte válidamente y a sabiendas, salvo prueba en contrario. Y en el inciso anterior dice que cuando el instrumento está en manos de un tenedor en debida firma, se presume que ha sido válidamente por todas las partes anteriores. Más adelante en el artículo 61 expresa que: todo tenedor se presume serlo en debida forma, a menos que se demuestre que el título de cualquiera de las partes anteriores a él, era defectuoso.

De dónde pues, surge el derecho del beneficiario a contraordenar el cheque, si al no estar en posesión del mismo, la ley presume que lo entregó válidamente y a sabiendas y que quien lo posee es tenedor en debida forma, a menos que se le demuestre lo contrario? Por otra parte, mal podría revocar una orden quien no la dio, a menos que tenga poder para ello. No tiene pues ningún fundamento legal la doctrina de la Superintendencia.

La citada entidad afirma que tal resolución se impone en virtud de la revocabilidad del cheque UNIVESALMENTE ACEPTADA. Es cierto que tal doctrina es universalmente aceptada? NO! La misma entidad citó en la doctrina de 1934 transcrita, las leyes francesa y chilena que no permiten contraordenar el cheque, y afirma que este punto ha sido uno de los más debatido en la legislación sobre cheques. Además, en las conferencias sobre derecho cambiario de La Haya y Ginebra se adoptó el principio contrario, es decir de la irrevocabilidad, como más adelante lo veremos.

"Como argumento final la Superintendencia afirma que el cheque se puede revocar, porque "dicho documento no es en el fondo sino una orden incondicional"; que es como decir que se puede revocar porque no es sino una orden irrevocable. O la orden es incondicional o no lo es, pero puede ser las dos cosas al mismo tiempo. Ya vimos que es una condición potestativa y cuales son sus efectos, de acuerdo con el Código Civil Colombiano, al cual recurrimos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8º de la ley 153 de 1887 y el artículo 5º de la Ley 57 del mismo año, de acuerdo con los cuales, cuando no hay disposición exactamente aplicable al caso controvertido se aplican las reglas que regulen casos o materias semejantes, y que fija el orden en que prefieren los códigos así: Civil, de Comercio, etc

Se arguye también para sostener la revocabilidad del cheque, no ya por la Superintendencia Bancaria, sino por algunos tratadistas, que el contrato de Cuenta Corriente Bancaria, es un contrato de depósito o que por lo menos participa de la naturaleza de él, y que como el mandato es revocable, también lo es el cheque. Es cierto que el mandato es revocable y de acuerdo con ello el cliente o mandante o cuentahabiente, podría terminar la cuenta con el banco, pero ello no implica necesariamente que pueda revocar los cheques emitidos durante la vida de la cuenta. Es más, de acuerdo con doctrina y jurisprudencia colombianas, el banco está en la obligación de pagar los cheques presentados aún después de la muerte del girador, o de terminada la cuenta corriente, siempre que haya fondos suficientes para ello.

Que la revocabilidad del cheque se desprende de la circunstancia de que el cheque no implica cesión de la provisión o parte de ella al beneficiario, es otra de las razones aducidas para sostener la revocabilidad (Rocco, Vivante y Bolaffio. Derecho Comercial, tomo 9º volumen II, pág. 288 Nº 762). La ley colombiana sobre instrumentos negociables, no tiene el principio de que el cheque no implica cesión de la provisión. El artículo 190 de la mencionada ley, dice que el cheque por sí mismo no equivale a una provisión de fondos, hecha por el girador al banco, cuando lo que debió decir, de acuerdo con la disposición que se quiso traducir, fue todo lo contrario, es decir que se requiere la provisión, pero que el cheque no implica cesión de la misma a favor del beneficiario o tenedor.

¿Qué alcance tiene la no cesión de la provisión al beneficiario o tenedor? Quiere decir, que el banco está en la obligación de pagar cualquier cheque que le sea presentado, mientras tenga fondos por cuenta del girador, para ello, cualquiera que sea el orden o la precedencia en que se han girado. Si el cheque implicara cesión de la provisión, el banco tendría que pagar los cheques en el mismo orden en que fueron girados en el tiempo, circunstancia ésta, imposible de ser conocida por el banco.

El girador una vez emitido un cheque, y entregado al beneficiario, puede disponer de la provisión retirando los fondos, pero de ahí no se desprende que pueda contraordenarlo.

El error cometido por el artículo 190 de la ley 46 de 1923, que afirma que el cheque no implica provisión de fondos, fue en parte corregido por la ley 8ª de 1925 art. 3º; Decreto Extraordinario 1858 de 1951, art. 2º y Decreto Extraordinario 14 de 1955, art. Nº 27, actualmente Decreto Ley Nº 1699 de 1964. Dichas normas castigan el giro de cheques sin previa provisión de fondos, pero no se pronuncian en el sentido de si el cheque implica cesión de la provisión.

Parece que la tendencia más aceptada en la actualidad, es la de irrevocabilidad del cheque. Veamos lo que al respecto anotan Rocco, Vivante y Bolaffio en la obra ya citada:

“El proyecto de La Haya sobre el cheque (1912), establecía el principio de la irrevocabilidad. Pero el de los expertos, presentado en la conferencia de Ginebra no logró uniformar la divergencia existente entre las legislaciones particulares, recomendando a los Estados adoptar providencias de carácter civil para impedir la revocación del cheque durante el transcurso del término de presentación. La posibilidad de revocación, una vez transcurrido este término, debía quedar reservada a la legislación de cada Estado.

“Propuesta presentada a la conferencia de Ginebra. Fundamento práctico del sistema de la irrevocabilidad, aceptado por la ley uniforme”.

“En la conferencia de Ginebra se presentaron numerosas propuestas que responden a distintas tendencias. La de la delegación italiana, establecía en su primera parte, que el cheque extendido a persona indeterminada o a la orden, enviado directamente al girado, con orden de pagar su monto al beneficiario, podía ser revocado a condición de que la revocación llegara al girado antes de que el cheque se hubiera entregado o pagado al portador. En cualquier otro caso la revocación sólo tenía efecto después de transcurrido el término para la presentación. A falta de revocación, el girado podría pagar después de transcurrido el término”.

“En realidad esta propuesta establecía el sistema de la irrevocabilidad, pues el envío directo del cheque al girador, es muy raro en la práctica y equivalía a contemplar sólo un caso de excepción”.

“Si se examina el problema del punto de vista estrictamente jurídico, debería afirmarse el principio de la revocabilidad, pues entre el girado y librador existe una relación de mandato. Pero consideraciones de orden práctico, encaminadas a proteger al portador del cheque contra las maniobras del girador, hacen preferible el sistema de irrevocabilidad que, después de extensos debates, fue aprobado por la ley uniforme de Ginebra (Art. 32). Además, dadas las diversas tendencias manifestadas, se insertó en el Anexo II (Art. 16), una reserva por la que los Estados particulares están facultados, respecto de los cheques pagaderos en sus territorios: a) a admitir la revocación del cheque aún antes de expirar el término para su presentación; b) a prohibir la revocación del cheque aún después de expirado el término para la presentación y adoptar las providencias necesarias para el caso de pérdida o de robo y determinar sus efectos jurídicos”.

Vimos que no por existir la relación de mandato entre el girador y el girado, se puede revocar el cheque, porque éste es de una ORDEN INCONDICIONAL; por otra parte, si existe mandato entre el girador y girado, será un mandato sui generis, que no es exactamente igual al mandato civil ni al comercial; lo que sí es revocable sin lugar a dudas, o que por lo menos puede terminar por la voluntad de una de las partes, es el contrato de cuenta corriente o de chequera o de depósito bancario, cualquiera que sea el nombre que se le quiera dar; pero repetimos, de ahí no se puede deducir la revocabilidad del cheque contra un mandato expreso de la ley (Art. 5º ley 46 de 1923. Ord. 2ª).

Para mayor información anotamos que la ley italiana sobre la materia prohíbe la revocación del cheque, antes de transcurridos los términos para su presentación (Art. 35).

Los textos aprobados en la ley uniforme sobre cheques, de Ginebra, son los siguientes:

Art. 32. "La revocación del cheque no tiene efecto sino después de la expiración del término de presentación.

"Si no hay revocación, el girador puede pagar aun después de la expiración del término.

"Cada una de las Altas Partes Contratantes se reserva, por derogación del artículo 32 de la ley uniforme, la facultad para los cheques pagados en su territorio:

- a) de admitir la revocación del cheque aún antes de la expiración del término para la presentación;
- b) de prohibir la revocación del cheque aún después de la expiración del término para la presentación.

Además, cada una de las Altas Partes Contratantes tiene la facultad de regular las medidas a tomar en caso de pérdida o robo del cheque y de determinar sus efectos jurídicos".

La Convención de Ginebra, fue aprobada por los siguientes países: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Polonia, La ciudad libre de Dantzig, Ecuador, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Mónaco, Noruega, Los Países Bajos, Portugal, Rumania, Suecia, Suiza, Checoslovaquia, Turquía y finalmente Yugoslavia.

Por último consideramos que las siguientes normas de la ley 46 de 1923, impiden la revocación de los cheques:

Art. 5º. Ord. 2º. Para que un instrumento sea negociable es necesario que contenga una promesa o una orden INCONDICIONAL, de pagar una suma determinada de dinero.

Art. 54. El tenedor de un instrumento puede exigir judicialmente el pago de su propio nombre, y el pago que se le tenga en debida forma, descarga el instrumento. Si la ley hubiera querido permitir la revocabilidad le habría agregado la frase "A menos que el girador le haya contraordenado" u otra semejante.

Art. 59. El tenedor en debida forma posee el instrumento libre de todo defecto en título de las partes anteriores a él y libre de las excepciones que las partes puedan proponerse entre sí, y pueden exigir el pago contra todas las partes obligadas.

Art. 63 Enumera las obligaciones del girador por el mero hecho

de tener tal calidad; en tal carácter garantiza la existencia del beneficiario y su capacidad para endosar el instrumento al tiempo de hacer el giro. Por otra parte se obliga a que a la debida presentación el instrumento será pagado o aceptado o ambas cosas, de acuerdo con el tenor literal, y a que si el instrumento es rechazado y se practican las diligencias de rechazo y protesto, PAGARA EL MONTO DE TAL INSTRUMENTO al tenedor o cualquier endosante que pueda ser obligado a pagarlo. Más adelante en el mismo artículo, *permite insertar en el instrumento* cláusulas que limiten la responsabilidad del girador para con el tenedor y aún para desconocerla. Pero si tales cláusulas o estipulaciones no se insertan en el instrumento la responsabilidad del girador es pura y simple en los términos de la ley. En consecuencia no es admisible la revocación de un cheque, a menos que esté autorizada expresamente por un texto legal, QUE NO EXISTE EN LA LEGISLACION COLOMBIANA.

Es más, contra un tenedor en debida forma, NI SIQUIERA EN JUICIO SE PODRIAN HACER VALER LAS EXCEPCIONES QUE LAS PARTES PUDIERON PROPONER ENTRE SI, mucho menos sería admisible una contraorden en este caso, y no olvidemos que "Todo tenedor se presume serlo en debida forma (Art. 61 ley 46 de 1923).

¿Cuáles son las relaciones del banco con el cliente depositante, y cuál es la naturaleza de las mismas?

Por una parte el banco se compromete a recibir los depósitos de sus clientes, y a pagar las órdenes que éstos expidan, siempre que tengan en su poder fondos suficientes para ello. En algunas ocasiones el banco puede atender las órdenes a pesar de que el cliente no tenga fondos suficientes, en este caso se produce un sobregiro o descubierto en la cuenta del cliente.

A pesar de que la ley 46 de 1923, dice que el cheque es una letra de cambio girada contra un banco y pagadera a la vista, y que, las normas sobre letras de cambio, pagaderas a su presentación, son aplicables al cheque, consideramos que los dos instrumentos son fundamentalmente distintos por varios aspectos: la letra de cambio es un instrumento de crédito que generalmente se hace pagadera a un tiempo futuro, y que esencialmente no requiere ser pagadera a la vista ni girada contra un banco. El cheque es un medio de pago, debe ser por esencia pagadero a la vista y girado contra un banco. El giro de letras de cambio sin previa provisión de fondos no está contemplado como delito en nuestra legislación, lo que sí ocurre con el giro de cheques sin previa provisión de fondos en manos del girado. Aún por el aspecto fiscal son diferentes la letra de cambio y

el cheque: éste causa un impuesto de timbre de \$ 0.10, cualquiera que sea su valor, y la letra causa un impuesto de \$ 0.25 por cada \$ 100.00 o fracción de su valor. También la aceptación en la letra de cambio y en el cheque produce efectos fundamentales distintos; en la letra vincula al girado dejando intactas las obligaciones de las partes secundariamente obligadas (Girador y endosantes), cualquiera que sea la persona que solicita dicha aceptación; en el cheque se llama certificación o visación, cuando es solicitada por el tenedor, libera de sus obligaciones al girador y los endosantes.

¿Son iguales las obligaciones del girado en la letra de cambio y en el cheque?

En la letra de cambio el girado no tiene ninguna obligación cambiaria, por el instrumento mismo, mientras no se vincule a él por medio de la aceptación. El girado no podría ser demandado o mejor condenado, al pago de una letra de cambio que no ha aceptado, aun cuando en su poder se encuentren fondos del girador. Ocurre lo mismo en el caso del cheque? Qué ocurriría en el caso de que un banco se negara a pagar un cheque expedido correctamente, teniendo en su poder fondos del girador?

El párrafo 1º del artículo 6º de la ley 75 de 1916, dispone que: "aún transcurridos los términos indicados (Términos para la presentación), el girado pagará el cheque, si hubiese provisión de fondos". Con mayor razón tendrá que pagarlo en el caso de que dichos términos no hayan transcurrido, siempre que el girador tenga provisión de fondos en su poder.

¿Entonces qué efectos produce la visación o certificación en el cheque?

La visación o certificación, vincula al banco cambiariamente, aún en el caso de que el girador no tenga provisión de fondos. Por otra parte la visación o certificación o aceptación del cheque, libera de sus obligaciones a las partes secundariamente obligadas (girador y endosantes), cuando es solicitada por el tenedor (Art. 189 ley 46 de 1923), lo que no ocurre con la aceptación de una letra de cambio solicitada por el tenedor de la misma. En consecuencia no son lo mismo, ni tienen los mismos efectos de una letra de cambio pagadera a su presentación y un cheque.

En el reglamento uniforme sobre cuentas corrientes, en el numeral 1º se lee:

"El cliente se obliga a mantener en poder del banco fondos suficientes, para atender al pago de los cheques que libre contra el banco y éste a atender el pago de los cheques que hayan sido gi-

rados de acuerdo con las disposiciones legales....." (las subrayas son nuestras). El banco, pues, en cierta forma, acepta por anticipado todos los cheques que el cliente gire de acuerdo con las disposiciones legales, si tiene fondos suficientes para ello. Y este acuerdo entre el cliente y el banco, es perfectamente válido y no contraviene ninguna disposición legal, y de acuerdo con los términos del mismo podría ser revocable por cualquiera de las partes. Pero no se debe olvidar que el cheque es un instrumento abstracto, completamente independiente del contrato que le dio origen, mucho más, cuando está en manos de un tenedor en debida forma.

Como ya varias veces hemos anotado, el artículo 5º de la ley 46 de 1923, exige que el cheque contenga UNA ORDEN INCONDICIONAL, sin embargo en el mismo numeral 1º del acuerdo uniforme sobre cuentas corrientes se dice que: "El banco solamente atenderá las órdenes de no pago de cheque que reciba por escrito, provenientes del girador o de autoridad competente" y en el numeral 5º del mismo acuerdo se lee: "Los cheques no podrán contener condición alguna para su pago.....", lo cual está de acuerdo con la ley 46 pero en desacuerdo con el numeral 1º del mismo acuerdo uniforme. La disposición de la ley no puede ser modificada por el banco y su cliente, a menos, que la misma ley lo permitiera lo que no ocurre en este caso.

En ninguna parte la ley colombiana dispone que de los depósitos bancarios se debe disponer por medio de cheques, en consecuencia el banco y su cliente podrían celebrar un acuerdo por medio del cual el banco se compromete a pagar las órdenes de pago, provenientes de su cliente y que no tuvieran las características del cheque, las cuales si podrían ser revocadas, de acuerdo con las cláusulas del contrato celebrado, pero dichas órdenes no estarían sometidas a las disposiciones de la ley 46 de 1923 y no serían por tanto instrumentos negociables, y tendrían que cederse de acuerdo con las normas del Código Civil, sobre cesión de derechos. Si el cliente dispone de sus depósitos por medio de cheques, están sometidos a las normas de la ley 46 que no pueden ser modificadas por acuerdos particulares, que cuando más, surtirían efectos solamente entre las partes que intervinieron en ellos, pero en ningún caso a terceros de buena fe que nada tuvieron que ver en ellos.

El artículo 1518 del Código Civil, al reglamentar el objeto de las obligaciones, nos dice que: "es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público", y

para que una obligación sea válida es necesario que el objeto de la misma sea física y moralmente posible. Hay un principio de derecho, universalmente aceptado, que es el mismo que enuncia el artículo citado y que es el siguiente: A lo imposible nadie se obliga. Luego mal podría el banco obligarse a aceptar la contraorden de un cheque, ya que dicha obligación tendría un objeto moralmente imposible, lo que haría que dicha obligación fuese más que nula, inexistente. Por otra parte, el artículo 16 del Código Civil, dispone que: "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres".

Consideramos innecesario, analizar la naturaleza del contrato de depósito bancario, por considerar que cualquiera que ella sea (cuenta corriente, depósito comercial, mutuo, mandato, etc.), si en su ejecución se emiten instrumentos negociables, con los requisitos del artículo 5º de la ley 46 de 1923, son las normas de esta ley las que regulan dichos instrumentos, y mientras afecten a terceros de buena fe (y aunque no los afecten) no pueden ser modificadas por convenios particulares.

Los autores antes citados, Rocco Vivante y Bolaffio, al anotar las características de la letra de cambio, dicen: 4º. "Es un título de crédito autónomo, en cuanto confiere al poseedor de buena fe un derecho propio inmune al influjo de las relaciones habidas entre los anteriores poseedor y deudor". 5º. "Es un título de crédito abstracto, esto es, desvinculado de la operación que le dio origen a su emisión o transferencia". (op. cit. tomo 8, pág. 29). Estas características son válidas también en el derecho colombiano; cuando la ley reglamenta lo relativo al tenedor en debida forma y sus derechos (recibe el instrumento libre de los vicios en los títulos de las partes anteriores y libre de las excepciones que las partes pudieran proponerse entre sí).

En consecuencia, no importa cual fue el contrato, o las relaciones que le dieron origen (mandato, mutuo, depósito, etc.). El cheque es autónomo y se rige por las normas de la ley 46 de 1923.

Pero es que los mencionados autores, a pesar de su prestigio y de su solvencia científica, parece que tenían el ánimo predispuesto en favor de la revocabilidad del cheque, porque se contradicen. Habíamos visto antes, que afirmaban que en estricto derecho se impone la teoría de la revocabilidad, por la no cesión de la previsión, pero que por razones de orden práctico es necesaria la de la irrevocabilidad. Sin embargo, veamos lo que dicen al hablar de la naturaleza de la letra de cambio:

"En conclusión, consideramos aceptable la llamada teoría de la

emisión, por la cual la obligación del deudor cambiario se hace eficaz no con la redacción y firma del título, sino con la emisión de éste. Así, mientras se rechaza la idea de un contrato para quedar en el campo del acto unilateral, se modifica sin embargo, la teoría de la simple creación. A partir del momento de la emisión, en virtud de su promesa unilateral el deudor se encuentra obligado Y NO PUEDE REVOCAR SU PROMESA.....". (op. cit. vol I, pág. 25). (Las mayúsculas son nuestras). De modo pues, que en estricto derecho no se impone la teoría de la revocabilidad, sino, todo lo contrario.

Más adelante continúan los mismos tratadistas, al hablar de la orden incondicional:

"La orden debe ser incondicionada, esto es, pura y simple (pur et simple), en el texto francés de la ley uniforme), al igual que tratándose de la letra. Esto es, por el carácter abstracto, autónomo y riguroso del título, no se admite que la obligación puede estar sometida a condición suspensiva o resolutoria. NI QUE SE LA REFIERA A ANTERIORES RELACIONES EXISTENTES ENTRE LAS PARTES". (Las mayúsculas no son del texto).

Aún a riesgo de cansar al lector, nos vamos a permitir continuar transcribiendo los mismos autores, en lo relacionado con la cláusula "Avisado", inserta en el título, por considerar la Conferencia de Ginebra que afectaba la incondicionalidad de la orden. Con mayor razón consideramos que la afecta la facultad de contraordenar, no autorizada por la ley y no inserta en el título, con la que puede ser sorprendido en su buena fe, un tenedor en debida forma.

"En el informe del comité de redacción, se dice que las expresiones "Incondicionada" y "Pura y simple" son sinónimas. Pero si ello satisface la propuesta de la delegación italiana (tanto que en el texto italiano, pudo sustituirse la una por la otra), un serio problema se presentó en este punto a la Conferencia. Se preguntó si la fórmula "Mandato puro y simple de pagar" es compatible con la cláusula "avisado" (avisé), escrito en el título por el librador. Frecuentemente, para evitar fraudes, especialmente cuando se trata de cheques expedidos entre países diferentes, se estipula entre librador y girado, que el cheque sólo se pagará cuando el girado reciba un aviso confirmatorio del librador. Algunas delegaciones señalaron que esta cláusula, inserta en el título, podría ser ventajosa al portador y evitar dificultades entre éste y el girado cuando, por llegar el aviso con retardo, el girado rehusase pagar inmediatamente. Como podría surgir la duda de si tal cláusula contradecía el carácter "incondicionado"

de la orden dada por el librador al girado, se propuso, por la delegación belga, establecer una disposición expresa, formulada en estos términos: "El librador que se proponga advertir al girado enviándole un aviso confirmatorio, puede escribir en el cheque la mención "avisado" firmado por él. La inserción de tal mención deja intactos los derechos del portador frente a todos sus obligados. La mención no puede ser testada: la testación se considerará como no realizada".

"Se objetó con razón, que la cuestión se vincula, sustancialmente, con las relaciones entre el librador y girado, tanto más cuanto que la inserción de la cláusula no perjudicaría el derecho del portador al regreso inmediato. Por tanto, la Conferencia resolvió no regular el punto en la ley uniforme e insertar, textualmente en el informe del Comité de Redacción, las siguientes consideraciones:

"La ley uniforme no ha creído deber tratar expresamente la práctica bastante generalizada, de que el librado advierta al girado de la emisión del cheque sobre él, a fin de garantizar más eficazmente la perfecta concordancia entre el cheque y el pago a efectuar. Debe entenderse que ninguna disposición de la ley uniforme prohíbe, formalmente, esta práctica. *Queda entendido que tal convención, aunque se mencione en el título, por ejemplo mediante la inserción de las palabras "después de aviso", no pueda en forma alguna, modificar la disposición del art. 1, n. 2, y deje intactos los derechos del portador*". (op. cit. tomo 8 vol. II, págs. 239 y 240). (Las subrayas no son del texto).

El artículo 1º no. 2, citado, al enumerar los requisitos del cheque, dice:

"2º. El mandato puro y simple de pagar una suma determinada", y es igual al no. 2º del artículo 5º de la ley 46 de 1923, solamente que ésta agrega "de dinero".

De modo, pues, que la argumentación de que la cuenta corriente bancaria es un mandato, por lo tanto, revocable, y que las partes pueden estipular libremente, las normas que lo han de regir, no afecta, ni puede afectar, la incondicionalidad de la orden, en el cheque. Otra cosa ocurre, si se dispone de los depósitos bancarios por medio de efectos de comercio, diferentes del cheque, lo que podría hacerse en desarrollo del artículo 945 del Código de Comercio, que dice:

"Los depósitos en los bancos públicos debidamente autorizados, serán regidos por sus estatutos".

En el presente estudio, nos limitamos a analizar las razones de orden jurídico, para sostener que en Colombia, no es posible revocar o contraordenar un cheque. Creemos que no es necesario analizar las razones de orden práctico, porque de todos es conocido lo perjudicial de dicha práctica, que sólo sirve de medio tolerado para la comisión de toda clase de estafas. Además impide la segura y rápida movilización de los depósitos bancarios.