



LA SANCION DEL ARTICULO 731 DEL CODIGO DE COMERCIO

FRANCISCO ANTONIO LEON P.



El artículo 731 del Código de Comercio establece que si un cheque es presentado para su pago dentro de la oportunidad legal (quince días si fue librado en la misma plaza donde debe ser cobrado, un mes si se giró en otra plaza dentro del país, tres meses cuando sea librado en otro país latinoamericano y cuatro meses en los casos en que el giro se realice fuera de América Latina, según lo establece el artículo 718 *ibídem*)⁽¹⁾ y no es pagado por causa imputable al librador, éste deberá abonar al tenedor una sanción equivalente al veinte por ciento del importe del cheque.

Aunque la disposición es clara se ha prestado a muchos abusos, algunos quizá producto de la falta de atención con que se lee el precepto legal, otros en razón de la conducta abusiva de los tenedores de los documentos.

Por lo anterior consideramos conveniente hacer algunos comentarios sobre la correcta intelección y aplicación de dicha norma.



1. Nota del Autor: El derecho mercantil colombiano no puede regular el cobro de cheques que han de ser pagados en el exterior; en cada país se aplicarán sus propias disposiciones sobre la materia. Por tanto, se debe entender que lo dispuesto en los cardinales 3 y 4 del artículo 718 regula el cobro de los cheques que siendo pagaderos en Colombia han sido librados en otro país latinoamericano o fuera de América Latina.

I. PROTECCIÓN DEL CHEQUE

En principio, los títulos valores de contenido crediticio pueden cumplir dos funciones: servir de medios de pago o de instrumentos de crédito. El cheque, en particular, sólo es tenido en cuenta como medio de pago; así se desprende de lo dispuesto por el código de comercio, en los siguientes artículos: 714, que exige que el librador debe tener provisión de fondos disponibles en poder del librado, y el 717, de acuerdo con el cual el cheque será siempre pagadero a la vista, teniéndose por no puesta cualquier anotación en contrario, y el cheque postdatado será pagadero a su presentación.

El doctor Luis Javier Lopera Salazar dice al respecto que la finalidad peculiar del cheque es la de ser instrumento de pago y que ahí está la razón para que tenga una vida útil corta, con plazos breves para su presentación y con la particularidad de que es pagadero a su presentación, y agrega: "No es el cheque documento que pueda cumplir una circulación intensa que lo haga propicio como recurso del cambio a crédito, "generalmente pasa de las manos del tomador al banquero que lo extingue"⁽²⁾.

Siendo el cheque un instrumento de pago su recepción por el tomador o beneficiario debe equivaler, en la práctica, al recibo de dinero en efectivo, sólo que la provisión está en poder de una entidad bancaria, a la que simplemente debe presentársele el documento para que realice el desembolso o abone el dinero en cuenta, según la modalidad empleada para el cobro.

Refiriéndose a la función económica del cheque el tratadista Joaquín Rodríguez Rodríguez expresa:

Con estos antecedentes puede ya precisarse que el cheque es un instrumento de pago y no un instrumento de crédito. La diferencia entre el dinero y el cheque es, simplemente de carácter formal. Quien da un cheque lo hace como si diera dinero; quien toma un cheque, lo recibe como si obtuviese el pago en moneda de curso legal. La exigencia de que el cheque se gire sobre una previa provisión, implica que para girar un cheque hace falta tener dinero...."⁽³⁾

En este orden de ideas, quien recibe un cheque debería tener la certeza de que el título será honrado por el banco librado a la presentación oportuna. Esa necesidad, que ubicamos dentro del campo del deber ser, ha llevado al legislador a establecer una protección especial del cheque, con el propósito de evitar las defraudaciones. El legislador ha considerado necesario establecer sanciones de carácter comercial y de orden penal.

El derecho mercantil impone al librador del cheque impagado por su culpa la obligación de abonar una sanción equivalente al veinte por ciento del importe del título, a condición de que el documento haya sido presentado oportunamente para el cobro, art. 731 del Código de Comercio, dejando a salvo la posibilidad de que el tenedor demande la indemnización de perjuicios por las

2. LOPERA S. Luis Javier. Títulos Valores, Teoría General y Especial. Medellín. 2a. Ed. pág. 103.

3. RODRIGUEZ R., Joaquín. Derecho Mercantil. México D.F.. Editorial Porrúa S.A. 1982, 8a. Ed. Tomo I, pág. 366

vías comunes. La finalidad de dicha sanción no puede ser otra que evitar la emisión de cheques sin la debida provisión de fondos o que por cualquier otra causal imputable al librador no vayan a ser descargados por el librado. Adicionalmente, el sistema bancario sanciona con la cancelación de la cuenta a quien la maneja incorrectamente, circunstancia que le dificulta celebrar nuevos contratos de cuenta corriente.

La legislación penal, por su parte, tipifica como hechos punibles, la emisión o transferencia de cheques sin provisión de fondos y la revocación injustificada de la orden de pago, debiendo aclarar que el cheque postfechado o entregado en garantía carece de protección penal y que si el tenedor no presenta el título al banco librado dentro del término del artículo 621 del Código de Comercio no podrá iniciar la acción penal proveniente del giro o transferencia del cheque que resulte impagado. Prevé el estatuto penal, además, la cesación de procedimiento cuando se pague el cheque antes de que se profiera la sentencia de primera instancia. Por no ser objeto de nuestro estudio no nos detendremos en más pormenores de este régimen.

2. PROCEDENCIA

Para que el tenedor del cheque pueda demandar válidamente el pago de la sanción objeto de este análisis deben cumplirse los siguientes requisitos o condiciones de orden legal:

1. Haber presentado el cheque, al banco librado, para el cobro, dentro de la oportunidad prevista por el artículo 718, presentación que podrá realizarse por ventanilla o por el sistema de consignación en cuenta en el mismo banco librado o en cámara de compensación, con la observancia de las normas que regulan el cobro de los cheques no negociables y de los cheques especiales.

Cuando el cheque no es presentado oportunamente al banco librado no surge para el tenedor el derecho a exigir la sanción, aun cuando el título no sea efectivo.

2. Es necesario que el cheque resulte impagado total o parcialmente por culpa del librador. Si el banco rehusa el pago del título pero no hay culpa del librador tampoco se tiene el derecho a demandar la cancelación de la sanción.

Hay eventos en que el cheque puede ser devuelto sin que las causas sean imputables al librador: por ejemplo, la falta de legitimación del tenedor; la falta de certificación del endoso cuando el cheque no es negociable y se cobra por intermedio de otro banco, etc. En tales eventos el precepto contenido en el artículo 731 no es aplicable.

II. CUANTÍA

La norma establece una sanción del veinte por ciento (20%) sobre el importe del cheque. Con todo, estimamos que si el tenedor del documento acepta un pago parcial la sanción deberá aplicarse únicamente sobre el saldo insoluto. Es cierto que el artículo 731 no hace esta salvedad,

que sí se encuentra contenida en el artículo 722, pero las nociones de justicia y de equidad permiten concluir que habiéndose recibido el pago de una parte del valor incorporado no será lícito exigir el reconocimiento de la sanción sobre esa parte.

III. QUIÉN DEBE PAGARLA

De conformidad con la redacción del artículo 731 el librador es el único obligado a pagar la sanción, de modo que sólo a él se le puede demandar la satisfacción. Lo anterior quiere decir que los endosantes no están obligados a cancelarla, así en razón del endoso hayan adquirido una obligación autónoma frente a los tenedores posteriores, la que estará limitada al importe del título o del saldo insoluto y a sus derechos accesorios, todo de conformidad con lo establecido por los artículos 782 y 783 del Código de Comercio.

Contraria a derecho es, por tanto, la actitud de abogados, entidades y agencias de cobranzas que pretenden exigir a los endosantes el pago de la emeritada sanción, pues no existe norma alguna de la cual se derive esa obligación. De ahí que si en una demanda ejecutiva se pretende que se profiera mandamiento de pago por ese concepto contra un endosante o sus avalistas el Juez deberá negarlo por falta de título ejecutivo, ya que es deber suyo verificar la existencia de dicho título como condición sine qua non para dictar el citado mandamiento.

La circunstancia de que en alguna oportunidad alguien haya logrado que un endosante o un avalista de éste cancelara esta sanción implica un cobro indebido y el afectado podría exigir la devolución, pues ha pagado algo a lo que no estaba obligado. Y es que ese cobro indebido, así fuera generalizado, no puede considerarse como modificadorio de la ley. Las normas que establecen sanciones, dentro de ellas el artículo 731, son de aplicación restrictiva, aspecto que no admite controversia.

Quienes sí pueden ser obligados al pago, además del librador, son sus avalistas, si los hay en razón de lo dispuesto por el artículo 636 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual el avalista queda obligado en los mismos términos que correspondían al avalado. No cabe duda, entonces, de que pesando sobre el librador la obligación de pagar la sanción prevista por el artículo 731, si fuere el caso, sus avalistas tendrán igual responsabilidad.

IV. LA RESOLUCIÓN DEL PAGO Y EL COBRO DE LA SANCIÓN

Se observa, cada vez con mayor frecuencia, avisos que fijan las entidades públicas recaudadoras, los establecimientos comerciales y las empresas en general en los cuales se advierte que sobre todo cheque impagado se cobrará la sanción del veinte por ciento, en una expresa alusión a lo dispuesto por el artículo 731 que se viene comentando. Lo anterior es claro y en la medida en que se fundamenta en una norma legal no admite reparo alguno; sin embargo, conviene advertir que, especialmente en el caso de las entidades públicas, al aviso mencionado se le agrega que el pago se tendrá por no verificado, lo que implica que la entidad aclara de antemano que hará valer la condición resolutoria implícita, consagrada en el artículo 882 del Código de Comercio.

El citado artículo 882 estatuye que la entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa, pero que llevará implícita la condición resolutoria del pago en el evento de que el título sea rechazado o no sea honrado de cualquier manera.

Una y otra norma, aisladamente consideradas, consagran derechos a favor del tomador o beneficiario o tenedor del cheque, pero no pueden ser aplicadas simultáneamente por cuanto resultan excluyentes. En efecto, exigir al librador que a título de sanción cancele un veinte por ciento del importe del cheque tiene como fundamento ineludible que se exija el pago del derecho incorporado, vale decir, que se demande la cancelación de la suma determinada de dinero incorporada en el documento y que como sanción por el hecho de que el banco librado no atendió la orden por culpa del librador éste deba abonar un veinte por ciento del importe del título.

Por el contrario, si el tenedor del cheque decide hacer efectiva la condición resolutoria implícita no puede exigir el pago de la sanción, el cheque pierde valor y el tenedor está obligado a devolverlo o a garantizar, a satisfacción del juez, la cancelación de los perjuicios que para el deudor pueden derivarse de la no devolución.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación civil de Julio 30 de 1992, expresó:

“c) Finalmente, todo cuando va dicho hasta el momento conduce a concluir que tratándose de la entrega con fines solutorios de títulos valores de contenido crediticio y una vez cumplida la condición resolutoria, condición ésta que se considera configurada cuando a pesar de la conducta diligente observada por el acreedor - tenedor y sin necesidad de acudir a procedimiento judicial esos títulos son rechazados o de cualquier manera no se les descarga, vuelve a situarse en primer plano, a reactivarse en toda su extensión el negocio jurídico base que vinculó a las partes, pero no es ciertamente un resurgir omnímudo que faculte a ignorar de plano el ensayo de pago ocurrido, sino que lo restringen precisos límites previstos por el legislador para evitar abusos originados en la pluralidad de acciones disponibles e incompatibles en cuanto a sus posibles objetivos, ya que de no existir tales restricciones el deudor podría acabar pagando varias veces una misma obligación o lo que también reviste singular gravedad, verse forzado a cubrir indebidamente prestaciones materia de deudas desaparecidas...”

Agrega la Corte que para evitar esos riesgos y de conformidad con el artículo 882 del Código de Comercio debe entenderse que la vigencia jurídica de cualquier acción causal exige varias condiciones y señala tres, que sintetizamos así:

- a. Que las partes no hayan descartado la presunción legal de que la entrega de los títulos tiene eficacia apenas *pro solvendo*.
- b. que el título rechazado haya conservado la fuerza jurídica que pueda conservar en beneficio de quien lo entregó, de modo tal que no se vea

menoscabada por la desidia del acreedor, que puede dar lugar a la caducidad o la prescripción del instrumento.

c. Que se restituya el instrumento o se otorgue garantía suficiente para indemnizarle al deudor los perjuicios que pueda ocasionarle esa falta de devolución. ⁽⁴⁾

Dentro de este marco legal el acreedor debe tomar la determinación de ejercer la acción cambiaria o dar por resuelto el pago y acudir a la acción causal. Si toma la primera opción y el título es un cheque, presentado oportunamente al banco librado, podrá pretender que el librador le abone, además del derecho incorporado, el veinte por ciento del importe del instrumento, conforme lo prevé el artículo 731; empero, si ejerce la acción causal no le será lícito cobrar el cheque y tampoco la sanción.

A lo anterior hay que agregar, que recibido un título valor en pago de una obligación precedente, para que el acreedor pueda ejercer la acción derivada del contrato subyacente o causal es preciso que haya procurado el cobro del instrumento y que a pesar de su diligencia no haya logrado la satisfacción; de modo que no basta que haya dejado de interesarle la forma de pago que aceptó al recibir el instrumento. En apoyo de esta tesis puede citarse la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha Junio 10 de 1986, con ponencia de la doctora Mercedes Labrador de Ospina, en uno de cuyos apartes se expresó:

Se entrega el cheque con el ánimo de pagar parte de una obligación pero ya recibido encuentra el endosatorio que le es más benéfico o que no le interesa la cancelación pretendida en esta forma. Entonces no puede ya pasar a escoger la obligación original. Debe ante todo procurar hacer efectivo el pago aceptado y sólo en caso de que se presente la primera situación entonces deberá devolver el instrumento o dar caución a satisfacción del juez... ⁽⁵⁾

En el caso de los cheques librados a favor de las Entidades Fiscales (Tesorerías Municipales, Administración de Impuestos, las Direcciones de Tránsito, etc.) que puedan adelantar ejecuciones coactivas contra los deudores morosos, el tema reviste una especial importancia por una serie de aspectos que ni los Funcionarios correspondientes ni los contribuyentes se han detenido analizar y que pasan inadvertidos. Veamos:

1. El derecho de las Entidades Recaudadoras para exigir el pago por la vía coactiva se contrae de manera exclusiva a las obligaciones de carácter tributario o fiscal de que sean acreedoras,

4. Corte Suprema de Justicia. Sala de Cesación Civil. Sentencia de Julio 30 de 1992. Expediente 2528. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schlose, en "Jurisprudencia y Doctrina" Bogotá, Septiembre, 1992, pág. 784.

5. ARCILA GONZALES, Antonio. El cheque su Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá, Ediciones Jurídica Radar, 1991, pág. 94.

Nota del Autor: La primera situación a que hace referencia el texto transcrito alude al caso en que el cheque es presentado oportunamente y no hay fondos disponibles en poder del librado, dando lugar a que se cumpla la condición resolutoria casagrada por el art. 882 del Código de Comercio.

ya con fundamento en la liquidación privada presentada por el contribuyente o como consecuencia de un acto administrativo de liquidación oficial o de revisión, etc.

2. Cuando una Entidad Fiscal tiene una acreencia de otra naturaleza no puede pretender su cobro por la vía coactiva sino que debe acudir a la jurisdicción y proponer ante ésta la correspondiente demanda ejecutiva singular o con garantía real, según el caso.

3. Una de las funciones que cumplen los títulos valores es la CONSTITUTIVA, en virtud de la cual cuando se crea un documento de éstos surge una obligación nueva, diferente de la contraídas en el negocio causal. Por vía de ejemplo, si en el desarrollo de un contrato de compraventa se emiten unas letras de cambio para el pago de parte del precio las obligaciones derivadas de dichas letras son diferentes de la obligación de pagar el precio pactado en la compraventa. Dicho en otras palabras, cuando el tenedor de las letras las presente para el pago no estará exigiendo el precio de la compraventa sino la cancelación de una suma determinada de dinero incorporada en los títulos, que bien pueden haber llegado a poder de un tercero que ni siquiera conozca el origen de los mismos.

4. Así las cosas, si una Entidad Fiscal recibe un cheque para el pago de impuestos y resulta impagado, la entidad puede elegir entre tener por cumplida la condición resolutoria implícita y exigir el cumplimiento de la obligación original o demandar el pago del cheque, con las siguientes aclaraciones:

4.1. Si invalida el pago con fundamento en el artículo 882 ya citado resurge para la entidad el derecho al cobro de la obligación primigenia y sus accesorios, pero ha de tener en cuenta:

- a. Debe devolver el cheque;
- b. No puede cobrar la sanción del veinte por ciento del importe del título por cuanto resuelto el pago, el documento pierde toda eficacia y nada representa para el tenedor.

4.2. Si la Entidad desea exigir la sanción objeto de este análisis tendrá que hacer efectivo el cheque y entonces la situación presenta los siguientes matices:

- a. Se mantiene la validez del pago realizado con el cheque, luego el impuesto o la obligación correspondiente se considera cancelado.
- b. Cambia la naturaleza jurídica del título y se modifica la naturaleza de la obligación; ya no será una obligación fiscal sino una regulada por las normas de los títulos valores; tendrá carácter cambiario.
- c. La Administración no puede hacer el cobro coactivo sino que está obligada a entablar la demanda ejecutiva ante el Organismo Jurisdiccional del Poder Público.
- d. La Administración pierde la prelación; como el crédito ya no es fiscal sino un simple derecho cambiario entra a formar parte de los créditos de la quinta clase. ^(5 bis).

5 bis N.A. Los inconvenientes que el recibo de cheques representa para las entidades públicas se ha solucionado, en algunos casos, exigiendo cheques de gerencia.

Retomando el tema dentro de un contexto general, a diario se observan advertencias acerca del cobro de la sanción sobre los cheques impagados y de la resolución del pago, en las ventanillas del servicio de Caja de las empresas o aparecen impresas en los recibos de pago o en las facturas, sin que sus autores tengan conciencia plena del alcance de los preceptos legales contenidos en los artículos 731 y 882 antes citados.

Qué decir de un arrendador que atraído por el monto de la sanción exige el pago del cheque que le fue entregado para la cancelación de cánones de arrendamiento y al mismo tiempo pretende obtener la terminación del contrato por mora en el pago de la renta?. Pues tendrá que optar por una de las dos posibilidades, o cobra el valor del cheque más la sanción, teniendo por cancelados los cánones de arrendamiento o devuelve el cheque o garantiza su devolución y exige la entrega del inmueble al darse por terminado el contrato por la mora en la cancelación de la renta. En este último caso, si el arrendador no devuelve el cheque o garantiza su devolución el demandado estará habilitado para proponer la excepción de pago y ya de nada servirá que el arrendador pretenda la resolución, devolviendo el título, pues la mora debe darse al momento de la presentación de la demanda.

Conviene advertir que de acuerdo con lo sostenido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia de Julio 30 de 1992, es posible hacer efectiva la condición resolutoria del pago y ejercer la acción causal aun en el evento de que se haya entablado ejecución con fundamento en los títulos impagados, si no se logra la cancelación dentro del proceso ejecutivo. En esa oportunidad, la Corte dijo:

En efecto, si el vendedor aquí demandante, antes de acudir al extremo de pedir la resolución por incumplimiento de la compraventa, cuyas condiciones básicas se hicieron constar en la escritura 662 otorgada el 10 de mayo de 1978 ante el Notario Cuarto de la ciudad de Pereira y escalonando por lo tanto los medios de que disponía para la cabal defensa de su posición contractual, intentó primeramente obtener el pago del precio insoluto mediante el cobro por la vía ejecutiva de las diez letras de cambio que, a nombre de un tercero también testafiero y por la cantidad total de \$ 15.280.000 entregaron las sociedades compradoras, gestión esa en la cual no tuvo éxito, y si por otra parte los instrumentos que fueron base de recaudo, sin haber sido descargados pero el propio tiempo desprovistos de toda fuerza cambiaria, reposaban en los correspondientes expedientes judiciales al momento de entablarse la acción resolutoria materia del proceso sub lite, inevitable es inferir entonces la no existencia de riesgo alguno de los que contempla y se propone evitar el artículo 882 del Código de Comercio, lo que equivale a decir que al decidir del modo en que lo hizo el fallador de instancia, accediendo a decretar la resolución demandada sin que el actor devolviera los referidos títulos ni tampoco haya prestado caución, no pudo quebrantar...6.

Anotamos, igualmente, que si no obstante la presentación oportuna del título la acción cambiaria

6 Corte Suprema de Justicia, sentencia citada.

contra el librador prescribe se pierde también el derecho a la sanción del artículo 731. Evidentemente, la prescripción no impide el ejercicio de la acción y la excepción correspondiente requiere proposición expresa, pero si es planteada y el juez la declara probada se extingue tanto el derecho a la prestación principal como a la sanción, que es un derecho accesorio a aquella.

Frente a los que hemos expresado en relación con las disposiciones contenidas en los artículos 731 y 882 alguien podría argumentar que se ha olvidado lo establecido por el legislador en el artículo 643 del Código de Comercio, que prevé que *la emisión o transferencia de un título - valor de contenido crediticio no producirá, salvo que aparezca de modo inequívoco intención en contrario de las partes, extinción de la relación que dio lugar a tal emisión o transferencia.*

La existencia de esas dos normas, artículos 643 y 882, plantea una contradicción de la que los doctrinantes se han ocupado. Estimamos que debe resolverse dando aplicación preferente al artículo 882 por ser posterior, estar incluídos los dos preceptos en el mismo código y referirse a la misma materia. Con todo, si en determinado caso se predicara la prevalencia de lo dispuesto por el artículo 643, aún en ese evento se excluiría la posibilidad de que se ejercieran simultáneamente las dos acciones, la cambiaria y la causal; ésta tendría un carácter subordinado a partir de la recepción del título valor y para su ejercicio se requeriría que el instrumento no fuera descargado de alguna manera y que se devolviera o se garantizara el pago de los perjuicios que pudiera causarle al deudor la no devolución del título, no sólo porque así lo exigen razones de justicia sino por el expreso mandato del inciso segundo del artículo 643, que remite a lo dispuesto por el artículo 882 sobre el ejercicio de la acción causal.

Nos parece importante resaltar que, en el fondo, los dos textos legales coinciden en establecer que la entrega de los títulos valores por obligaciones precedentes se efectúa **pro solvendo**, a menos que, como ambos preceptos los permiten, las partes estipulen que la entrega se entiende realizada **pro soluto**.

Sobre la contradicción en comento, el doctor Bernardo Trujillo Calle ha sostenido:

Semejante enfrentamiento debe resolverse apelando a distintas fórmulas que podrían concretarse en estas:

1a) El art. 643 debe entenderse en el sentido de que él se refiere a una "extinción" de la relación que dio lugar a la emisión, pura y simple, es decir, no sometida a condición resolutoria. Se entrega un cheque para cumplir un contrato de compraventa y es intención inequívoca de pagar con ese cheque, entonces la relación fundamental queda extinguida. Se produce un fenómeno novatorio.

En el mismo caso, pero ya sobre el art. 882, ese cheque deberá ser cubierto por el banco Si el banco lo rechaza, no hay pago.

2a) Si la interpretación anterior no satisface, habrá que recurrir a las normas generales del C.C.

El art. 5o. de la ley 57 de 1887, num. 2o. dice: "Cuando las disposiciones

tengan una misma especialidad o generalidad y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior". Y el artículo 3o. de la ley 153 de 1887 expresa: "estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por su incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores..."

Regiría, pues, el art. 882 por ser posterior, por tener la misma especialidad, estar dentro del mismo código y por ofrecer aspectos incompatibles con el art. 643⁽⁷⁾.

V. LA SANCIÓN Y LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

De conformidad con el texto del artículo 731 que se viene analizando el tenedor del cheque puede exigir, además de la sanción del veinte por ciento del importe del título, la indemnización de los perjuicios que le haya podido causar el no pago del cheque por el banco librado.

Se trata simple y llanamente de que el legislador comercial prevé la posibilidad de que el tenedor o tomador del cheque sufra perjuicios a consecuencia de la devolución del cheque por una causa imputable al librador y entonces le reconoce el derecho a exigirlos, por las vías comunes.

Lo anterior significa que si el tenedor del documento desea exigir, además del veinte por ciento del importe del título, la indemnización de perjuicios deberá promover un proceso declarativo y de condena en el cual tendrá la carga de demostrar la ocurrencia de los perjuicios y su cuantía, para que al proferir sentencia el Juzgado condene al demandado a pagarlos. Consecuencialmente, la vía del proceso ejecutivo no es adecuada para obtener esta clase de condenas y por tanto no es dable acudir a la estimación jurada que regula el artículo 495 del código de procedimiento civil.

El doctor Antonio Arcila considera que la indemnización de perjuicios sólo es demandable si su monto sobrepasa el veinte por ciento del importe del título⁽⁸⁾, aspecto en el que no estamos de acuerdo por cuanto el texto legal no trae esa limitante. Consideramos que el artículo 731 del Código de Comercio establece una sanción, una pena, diferente de la obligación del librador de indemnizar al tenedor los perjuicios que le irroge la no cancelación del cheque por el banco librado. La misma redacción de la norma permite concluir que la indemnización de perjuicios no puede entenderse satisfecha, ni aún parcialmente, con el pago del veinte por ciento del importe del cheque.

Si el cheque no es presentado oportunamente no surge para el librador la obligación de abonar el veinte por ciento de su importe; cabe preguntar si en ese caso es posible demandar el pago de los perjuicios que para el tenedor se deriven de la devolución del cheque. Estimamos que el interrogante debe ser resuelto afirmativamente si tenemos en cuenta que la indemnización de perjuicios no ha sido condicionada por la ley a la presentación oportuna del instrumento.

7 TRUJILLO CALLE, Bernardo. De los Títulos Valores, 7a. ed. Bogotá, Temis, 1992, Pág. 377.

8 ARCILA GONZALEZ, Antonio. Casuística Sobre Títulos Valores. El cheque, la Letra de Cambio, el Pagaré. 1a. Ed., Medellín, Editora Jurídica de Colombia, 1991, pág. 82.

Acogemos, por tanto, el criterio del doctor Eugenio Sanín Echeverri, quien sostiene que "La acción, por vías comunes, por indemnización de daños, aunque no con apoyo en el artículo 731, puede subsistir con fundamento en los principios que rigen las obligaciones contractuales cuando haya culpa o maniobras del librador para la falta de pago".⁽⁹⁾

VI. CONCLUSIONES

Con fundamento en lo que hemos expuesto es dable concluir:

1. El cobro de la sanción del veinte por ciento sobre el importe de los cheques impagados requiere que el título haya sido presentado oportunamente al banco librado y que éste haya rehusado el pago por causa imputable al librador.
2. Sólo el librador y sus avalistas están obligados a abonar dicha sanción.
3. El tenedor del cheque impagado puede optar entre ejercer la acción cambiaria o hacer efectiva la condición resolutoria implícita y acudir a la acción derivada del contrato subyacente u originario, con la carga de devolver el cheque o de garantizar, a satisfacción del juez, la indemnización de los perjuicios que puedan derivarse de la no devolución.
4. Quien pretenda exigir el pago de la sanción no puede invocar al mismo tiempo la resolución del pago; vale decir, no se puede tener por resuelto el pago y acudir a la acción causal sino que es necesario ejercer la acción cambiaria derivada del cheque.
5. Hecha efectiva la condición resolutoria del pago el cheque pierde todo valor y no es posible demandar el pago de su importe ni que se abone el valor de la sanción.
6. Si el tenedor deja prescribir la acción cambiaria contra el librador pierde el derecho a exigir que se le abone el veinte por ciento del importe del cheque.
7. Cuando el tomador o beneficiario del cheque es una entidad fiscal y lo había recibido para el pago de impuestos debe tener presente:
 - a. Para poder exigir que se le abone la sanción tendrá que mantener la efectividad del pago realizado y se seguirá considerando realizado el pago de la obligación original.
 - b. Ni el importe del cheque ni el de la sanción pueden ser cobrados por la vía de la ejecución coactiva, sino que la entidad habrá de demandar ante el Organismo Jurisdiccional.
 - c. Si ejerce la acción cambiaria la naturaleza de la obligación cambia y el Estado pierde la prelación.
8. El haber procurado obtener el pago del título valor por medio de un proceso ejecutivo cuyos

9 SANIN ECHEVERRI, Eugenio. Títulos Valores, 5a. ed., Santafé de Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1993, pág. 160.

.....
resultados fueron ilusorios no impide dar por resuelto el pago y acudir a ejercer la acción derivada el negocio causal.

9. Además de la sanción, el tenedor del cheque puede demandar válidamente, por las vías comunes, el pago de los perjuicios que le haya irrogado el no pago del cheque, con la obligación de demostrarlos, lo que implica acreditar su cuantía. Este derecho subsiste aunque no haya lugar al abono del veinte por ciento por no haberse presentado el cheque en la oportunidad legal.

