

INTRODUCCIÓN

La Especialidad y Maestría en derecho Empresarial constituyen una rama del Derecho poco investigada como tal, pero de mucha importancia para el mundo empresarial que se encuentra cada día con una serie de situaciones que necesitan ser reguladas. Los Abogados en ejercicio profesional hemos podido encontrar en esta área un enorme potencial de trabajo que nos permitirá crecer académica y profesionalmente, sin descartar la eminente apertura hacia el progreso económico personal y de nuestras familias.

En esta oportunidad maravillosa que la vida nos brinda de poder seguir acrecentando los conocimientos, he creído conveniente analizar la temática del cheque como documento cambiario y, a pesar de la abundante investigación que notables tratadistas han realizado sobre el tema, considero que nunca está demás una revisión que pueda permitir una humilde aportación de alguien que simplemente pretende llevar a vuestra apreciada lectura un punto de vista que nos permita entender por qué y para qué fue creado el documento llamado cheque.

En este trabajo he querido sustentar una investigación que nos lleve a demostrar la naturaleza jurídica del cheque como instrumento de pago, con la finalidad de que podamos distinguirlo de los títulos de crédito, ya que consideramos que, a pesar de los múltiples usos indebidos que algunos comerciantes y varios no comerciantes le han dado, la ciencia no puede permitir que se desvirtúe el uso de este documento creado con la finalidad de ser una forma de cambio inmediato convertible en dinero.

Punto fundamental de este trabajo es develar los graves errores que se vienen cometiendo al tratar de permitir que el cheque sea utilizado como una forma de garantizar un pago diferido en el tiempo o de sustentar deudas, convirtiendo de esa manera al girador en un simple deudor y no en el autor de un acto doloso.

Prueba de lo anterior es la improvisada reforma a nuestro Código Penal que derogó expresamente, a través de la ley sin nombre publicada en el RO 555 del 24

de marzo del 2009, el Art. 368 que tipificaba y reprimía el giro del cheque sin fondos, lo cual ha permitido que hoy en día se crea equivocadamente que esta conducta antijurídica puede ser tomada como un acto mercantil que impide el ejercicio de la acción penal.

He tratado de demostrar que no sólo es imposible usar o admitir el cheque como instrumento de crédito, sino que, el giro de un cheque sin provisión de fondos es un acto doloso que puede ser, sin embargo de la reforma en nuestra ley penal, perseguido perfectamente como una forma de abuso de confianza que comete el girador para causar un daño a la persona que confiadamente recibió el documento como una forma de pago inmediata.

Espero estar a la altura de los amables lectores de este trabajo a fin de que este documento sirva como un punto de referencia para seguir debatiendo sobre el tema central e incentive a otros profesionales a dar enfoques similares o diferentes que nos lleven a la ansiada luz de la verdad jurídica.

El autor.

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÒN	1
--------------	---

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1.- Historia	7
1.2.- Ley Uniforme de Ginebra de 19 de marzo de 1931	9
1.3.- El cheque como instrumento mercantil moderno	10

CAPÍTULO II

EL CHEQUE COMO UN TÍTULO VALOR

2.1.- Concepto de Título Valor	14
2.2.- Naturaleza jurídica	16
2.3.- Caracteres	19
2.4.- Clasificación	24
2.5.- Importancia de los títulos valor en el mundo contemporáneo	26
2.6.- El cheque en función de un título valor	28

CAPÍTULO III

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

3.1.- Concepto de cheque	32
3.2.- Analogías y Diferencias con la letra de cambio	33
3.3.- Naturaleza jurídica del cheque	35
3.4.- Teorías sobre el cheque	36
3.5.- El cheque como un acto de comercio	40

CAPÍTULO IV

CONDICIONES Y REQUISITOS PARA LA EMISIÓN DEL CHEQUE

4.1.- Condiciones previas a la emisión del cheque.	44
4.2.- Requisitos para la emisión del cheque:	46
a) Requisitos intrínsecos	46
b) Requisitos extrínsecos	47
4.3.- Incumplimiento de requisitos	55
4.4.- Circulación del cheque	55
4.5.- El Contrato de Cuenta Corriente Bancaria	56

CAPÍTULO V

PRESUPUESTOS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EMISIÓN DE UN CHEQUE

5.1.- Intervinientes en la emisión y pago de un cheque	60
5.2.- Relaciones entre girador y girado	60
5.3.- Relaciones cambiarias derivadas del cheque	62
5.4.- Clases de cheque	63
5.5.- Pago del cheque	69
5.6.- Endoso del cheque	71
5.7.- El aval en un cheque	76
5.8.- Excepciones oponibles al tenedor	78

CAPÍTULO VI

EL CHEQUE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

6.1.- Análisis de la Ley de Cheques del Ecuador	82
6.2.- Contenido del cheque	83
6.3.- Falta de elementos contentivos del cheque	85
6.4.- Transmisión del cheque	85
6.5.- Presentación y pago	90
6.6.- Modalidades del cheque	95
6.7.- Acciones por falta de pago	97
6.8.- Alteraciones	99
6.9.- Prescripción	100
6.10.- Aspectos generales	101

CAPÍTULO VII

EL CHEQUE DE PAGO DIFERIDO

7.1.- Antecedentes	104
7.2.- Concepto	106
7.3.- Diferencias con el cheque postdatado	107
7.4.- Diferencias con el cheque común	108
7.5.- Teoría para su legalización	109

CAPÍTULO VIII

ACCIONES JUDICIALES RELATIVAS AL CHEQUE

8.1.- Acción Ejecutiva	112
8.2.- Acción verbal sumaria	114
8.3.- Acción Ordinaria	116
8.4.- Acción penal por giro de un cheque con insuficiencia de fondos	118
8.5.- Acción penal por giro contra cuenta cerrada	121
8.6.- Análisis de la reforma al Código Penal Ecuatoriano respecto al giro de cheques sin fondos	122
8.7.- Tenencia ilícita del cheque.	126
8.8.- El delito de enriquecimiento ilícito por mala fe en el cobro de un cheque.	118
CONCLUSIONES	131
RECOMENDACIONES	133
BIBLIOGRAFÍA	135

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1.- Historia

1.2.- Ley Uniforme de Ginebra de 19 de marzo de 1931

1.3.- El cheque como instrumento mercantil moderno

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1.- Historia

El cheque como instrumento de pago es la consecuencia del desarrollo de las operaciones bancarias de depósito a la vista que inicialmente tenía una finalidad única de custodia. Luego aparece la movilización de los depósitos bancarios para ser utilizados en el tráfico de los pagos. Era frecuente que un depositante tuviera que hacer un pago a otra persona que era también cliente del mismo banco. En tal caso, el pago en dinero en efectivo podía sustituirse mediante un acuerdo de los interesados con el banco a fin de que éste tomase el dinero de los fondos del deudor y lo pusiera a nombre del acreedor. Después se simplifica el procedimiento mediante los llamados “mandatos de transferencia”: el depositante que ha de realizar un pago se limita a ordenar al banco que, mediante las correspondientes anotaciones en su contabilidad, transfiera la cantidad en cuestión del activo del deudor al activo del acreedor. El mandato de transferencia evita el pago en numerario, pero sólo resuelve el problema cuando deudor y acreedor son clientes de un mismo banco. Para satisfacer la conveniencia de realizar pagos con cargo a un depósito bancario, aunque el acreedor no sea cliente del mismo banco, en el tráfico jurídico se inventó un documento especial cuyo uso se ha intensificado notablemente desde la mitad del siglo XIX: el cheque¹.

El cheque es el producto de la imaginación que han tenido que desplegar los comerciantes para solucionar sus necesidades cotidianas.²

En la edad Media, en las puertas de las ferias de comercio se apostaban los cambistas, cuya función era cambiar moneda de otros lugares por la que era aceptada en esa feria y por cuanto estos se encontraban sentados en los Bancos

¹ www.derechoecuador.com

² www.derechoecuador.com

se los llamaba banqueros este es el origen más remoto de los actuales bancos pero no olvidemos que la historia del Cheque está ligada con la historia de los Bancos; pues este instrumento sólo puede perfeccionarse con la participación activa de una institución de crédito³. (www.derechoecuador.com)

En Europa aparecen los Bancos de Depósitos y los comerciantes lo utilizaron para soslayar los riesgos que suponía la custodia del dinero y de paso obtener algún beneficio.

Sin embargo, el origen histórico del cheque es muy debatido. Es muy posible que surgiera simultáneamente en varios países bajo los mismos supuestos y necesidades. Desde la baja Edad Media se conoce que muchos particulares, comerciantes o no, encargaban a un banquero o gran comerciante que tenía instalaciones de particular seguridad, la custodia de sus valores (dinero, letras, pagarés, recibos...). Cuando necesitaban numerario lo obtenían a cuenta de su depósito. Su desarrollo, sin embargo, consta sobre todo desde el siglo XVI, en Inglaterra. También Bélgica tiene buenas razones para reivindicar esta difusión, desde Amberes. Pero en todo caso: to check, que significa verificar o controlar. Es un dato a tener en cuenta. 3) El cheque es un documento de origen inglés. Surgió en el siglo XVIII en la práctica bancaria inglesa. No obstante, la primera ley que regula el cheque fue la francesa de 1865, por lo cual se introdujo y aclimató en Francia. La palabra cheque está indisolublemente unida al vocablo inglés exchequer, que significa tablero (de ajedrez o de damas). El soberano inglés libraba ordenes contra su tesorería, las cuales llamaban exchequer bills, por la forma que adoptaba el tapiz que cubría la mesa de la tesorería inglesa. De la expresión exchequer bill surgió la palabra cheque. Fueron los ingleses los padres adoptivos del cheque (Bonelli) y los promotores de su divulgación, la cual se extendió al mundo entero⁴.

³ www.derechoecuador.com

⁴ .- RODRÌGUEZ RODRÌGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Octava edición. Editorial Porrúa S.A. México 1982.

El tratamiento jurídico de este título puede seguir una doble dirección, según que el documento se configure como un recibo dado a favor del banco, cual si el librador recibido de éste el importe del cheque (forma originaria del cheque en Holanda), o como una verdadera delegación o asignación especial, que induce a identificar el cheque con la letra de cambio (forma moderna del cheque). Este tratamiento cambiario del cheque caracteriza su primera aparición legislativa en la Hill of Exchange act inglesa de 1882, que considera el cheque como una letra a la vista girada sobre un banquero, e informa más tarde la reglamentación del cheque en los Códigos de Comercio y leyes especiales del siglo XIX (ley francesa de 14 de junio de 1865 completada por la de 19 de febrero de 1874; ley belga de 20 de junio de 1873; Código Federal Suizo de las obligaciones de 14 de junio de 1881; Código Italiano de 1882; Código Portugués de 1888; ley alemana de 1908). En España se reglamenta por primera vez el cheque en el C. de c. de 1885 con algunos preceptos específicos, hoy insuficientes para satisfacer las necesidades del moderno tráfico bancario sobre cheques.⁵

Los depósitos bancarios a la vista se desarrollaban con las modernas instituciones bancarias y exigieron la creación de un documento que permitiese a los dueños de capitales depositados la inmediata disposición sobre los mismos. De esta exigencia nació el cheque como título que permite al que lo suscribe disponer total o parcialmente de las cantidades de dinero que tiene depositadas en un banco⁶.

1.2.- Ley Uniforme de Ginebra de 19 de marzo de 1931

Las mismas conveniencias prácticas que impulsaron la unificación del Derecho sobre letras de cambio fueron causa de que en la Conferencia de La Haya de 1912 se abordase el problema de la unificación del Derecho sobre los cheques.

⁵ GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Séptima edición. Editorial Porrúa S.A. México 1984.

⁶ RODRÌGUEZ RODRÌGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Octava edición. Editorial Porrúa S.A. México 1982.

Pero sólo se consiguió entonces un acuerdo sobre ciertas “Resoluciones” como principios que habían de servir de base para una ulterior conferencia. Reanudados después de la guerra los trabajos de unificación del Derecho Cambiario, se extendieron también a la unificación del Derecho de cheques, para desembocar al fin en un Proyecto del Comité de Expertos jurídicos nombrado por la Sociedad de las Naciones. Este proyecto sirvió de base para la discusión de la Conferencia Internacional reunida en Ginebra en el año 1930 (13 de febrero a 7 de junio), en la que se utilizaron los mismos instrumentos de unificación que para el Derecho Cambiario. Las dificultades con que tropezaba la labor unificadora fueron, en materia de cheques, aún mayores que las que ofrecía la unificación del Derecho Cambiario. Faltaba aquí la amplia elaboración doctrinal propia de la letra de cambio y la gran exigencia acumulada en los trabajos unificadores del Derecho Cambiario. Las bases aprobadas en la Conferencia de 1912 eran insuficientes para abarcar el enorme desenvolvimiento del cheque en aquella época. Estas dificultades fueron superadas en una ley que, con el empleo prudente de ciertas reservas, según el sistema ya conocido en el sistema cambiario, constituye hoy una reglamentación uniforme del cheque, tan rigurosa y acabada desde el punto de vista técnico como elástica en sus posibilidades de adaptación.⁷

1.3.- El cheque como instrumento mercantil moderno

Actualmente el cheque constituye un documento mercantil de amplia acogida dentro de la economía moderna, ya que no sólo cumple funciones económicas importantes como la de ser medio de pago o instrumento de cambio de dinero, sino que además ha logrado dinamizar la circulación de los derechos dinerarios del girador y del beneficiario a tal punto que muchas veces el objeto de cambio – dinero- ni siquiera se moviliza de una entidad bancaria a otra por la facilidad que brindan las cámaras de compensación.

⁷ GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Séptima edición. Editorial Porrúa S.A. México 1984

La puesta en circulación de un cheque, como instrumento mercantil constituye un acto de comercio tanto para el librador como para la persona que lo recibe en pago, así como también es un acto de comercio su transmisión por endoso, para las dos partes de la relación de pago, sin que tenga trascendencia para la configuración del acto de comercio, el que las partes de la relación sean o no comerciantes⁸.

Como se ve, siendo por su naturaleza la emisión y puesta en circulación del cheque como medio de pago, un acto de comercio, tenemos como consecuencia que la relación mercantil de pago que se genera, también constituye un acto de comercio, que se regula en una ley específica, que es la ley de cheques⁹.

Es importante destacar que el cheque constituye una novación a la estructura de la tradicional letra de cambio, toda vez que esta última representa, al igual que el cheque, una orden de pago en una fecha determinada que constituye el día de su vencimiento; sin embargo, el cheque por su naturaleza, es una orden de pago a la vista, es decir, pagadera en el día de giro sin que admita fecha de vencimiento alguna, pudiendo inclusive ser pagado antes de la fecha de giro si existen fondos disponibles en el girado. Esta es sin duda la principal diferencia que existe en nuestra legislación entre el cheque y la letra de cambio, siendo el primero un documento estrictamente de pago que no admite fecha de vencimiento, mientras que la segunda constituye un documento de crédito que admite un tiempo previsto para que sea exigible su pago.

Otro aspecto sustancial en esta novación documental de los tradicionales documentos de cambio es sin duda la intervención del banco girado, que se convierte en una entidad encargada oficialmente de cumplir con la orden de pago del girador, para lo cual debe existir una relación contractual previa que permita a

⁸ ABARCA GALEAS, Luis. La Tenencia Ilícita del Cheque con Acusaciones y Defensas Penales. Librería Ley, año 1997

⁹ ABARCA GALEAS, Luis. La Tenencia Ilícita del Cheque con Acusaciones y Defensas Penales. Librería Ley, año 1997

éste último tener fondos disponibles en poder del girado. Esta intervención de la entidad bancaria le ha dado al cheque una mayor formalidad para su circulación, porque permite de alguna manera garantizar un mayor respaldo al beneficiario, sobre todo cuando el pago es asegurado con la certificación del documento por parte del girado, convirtiéndolo en un documento de pago indiscutible e inexcusable.

El Cheque como título de crédito está condicionado por la existencia de dos necesidades compartibles, pero diferentes y que son:

1.- La de la Seguridad.- que se deriva por no portar grandes cantidades de dinero, dejándola en custodia con la persona que lo puede guardar sin riesgo; y,

2.- La de Utilizar.- ese dinero que otro nos guarda; esto es en síntesis la necesidad de: Guardar y la necesidad de Utilizar¹⁰.

¹⁰ www.derechoecuador.com

CAPÍTULO II

EL CHEQUE COMO UN TÍTULO VALOR

2.1.- Concepto de Título Valor

2.2.- Naturaleza jurídica

2.3.- Caracteres

2.4.- Clasificación

2.5.- Importancia de los títulos valor en el mundo contemporáneo

2.6.- El cheque en función de un título valor

CAPÍTULO II

EL CHEQUE COMO UN TÍTULO VALOR

2.1.- Concepto de Título Valor

Respecto a la definición de Título Valor existe discrepancia en la doctrina debido a que cada autor ha pretendido entregar su propio concepto que englobe la esencia de estos documentos, siendo todos rebatibles por la naturaleza moldeable que tienen y por la transformación que exige de ellos la economía moderna.

Entre las definiciones más relevantes encontramos las siguientes:

La definición clásica de César Vivante, quien considera al título valor como “el documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo expresado en el mismo”¹¹

Vicente y Gella lo definen como “Documento que presume la existencia de una obligación de carácter patrimonial, literal y autónoma, y en el cual es necesario para que pueda exigirse por el acreedor o afectarse válidamente por el deudor al pago de la prestación en que consiste aquella”.¹²

Siguiendo a Vivante el tratadista francés Juan Escarra, define al título de crédito como “el documento necesario para permitir al portador legitimado el ejercer contra el deudor el derecho literal y autónomo que en él está expresado”¹³.

¹¹ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006

¹² MARTÍNEZ VAL, José María. Derecho Mercantil. Bosh, Casa Editorial, S.A. – Urgel, 51 bis. Barcelona 1979.

¹³ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006

Gaguirres lo define como “cierto documento cuyo valor, estando representado por el derecho al cual se refiere el documento, es inseparable del título mismo”¹⁴.

El autor belga Jean Van Ryn define al título negociable como “un documento que, por sí mismo, confiere a su poseedor determinados derechos y está sometido a un sistema jurídico peculiar, destinado a favorecer la circulación del título simplificando su modo de transmisión e incrementando la seguridad de los titulares sucesivos”¹⁵.

Personalmente considero que los títulos valores “son aquellos documentos representativos de los derechos literalmente descritos a favor del tenedor legítimo”.

Es indudable que la noción de Vivante ha sido la más acogida por la doctrina ya que engloba de forma simple la esencia misma de los títulos valores y su función económica en el comercio moderno, razón por la cual nuestra Ley de Mercado de Valores hace una referencia breve sobre aquellos cuando manifiesta en su Art. 233 que “Los valores a que se refiere el artículo 2 de esta ley, tienen el carácter de títulos valor, en consecuencia, incorporan un derecho literal y autónomo que se ejercita por su portador legitimado según la ley, constituyen títulos ejecutivos para los efectos previstos en el Art. 413 del Código de Procedimiento Civil. Se presume, salvo prueba en contrario, su autenticidad así como la licitud de su causa y la provisión de fondos”

Garrigues señala que todas las definiciones de título valor giran alrededor del mismo concepto: la atribución del título a una persona como presupuesto del ejercicio del derecho mencionado en el título. El derecho derivado del título (un derecho de crédito, generalmente aunque no siempre) sigue al derecho sobre el título (derecho real), es decir, va detrás de él¹⁶.

¹⁴ MARTÍNEZ VAL, José María. Derecho Mercantil. Bosh, Casa Editorial, S.A. – Urgel, 51 bis. Barcelona 1979

¹⁵ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006

¹⁶ MARTÍNEZ VAL, José María. Derecho Mercantil. Bosh, Casa Editorial, S.A. – Urgel, 51 bis. Barcelona 1979

2.2.- Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de los títulos valor se concentra en la incorporación al documento, de una obligación específica, literalmente descrita y que es independiente de la relación previa que sirve de base para la emisión del documento.

Importante antecedente de esto, es el deseo de los empresarios por encontrar un documento que les permitiera dar mayor agilidad a sus negocios, una mejor circulación de los capitales y reforzar la confianza y seguridad de las operaciones crediticias.

La solución fue encontrar un papel – llamado inicialmente título de crédito- que incorpore la obligación de dar. Y, ésta es la esencia del título valor: La incorporación al documento, de una obligación de contenido especial (incondicionalidad y – preferentemente- incausal)¹⁷.

Es trascendental la determinación de la naturaleza jurídica de los títulos valor, por las consecuencias que de ello se derivan. Si se los considera como un bien, les es aplicable el principio general de que “la posesión vale título” consagrado en el inciso 2do. del Art. 734 (actual 715) del Código Civil que dice “ el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo”, e igualmente se explica la irreivindicabilidad de los títulos valor, consagrada en diversas disposiciones legales, como el Art. 424 inc. 3º. del Código de Comercio y 18 de la Ley de Cheques, así como la adquisición a non dominio reconocida en el Art. 424 inc. 1º. del Código de Comercio y 18 de la Ley de Cheques, y también la posibilidad de constituir derechos sobre derechos consagrada en el Art. 570 del Código de Comercio¹⁸.

¹⁷ PAZ Y MIÑO CEVALLOS, Mario. Títulos Valor. Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, año 2006

¹⁸ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006

Vicente y Gella, sobre la naturaleza jurídica de los títulos valor dice: “El título de crédito es un trozo de papel – por emplear la expresión corriente – al que se le incorpora una obligación de carácter económico; tiene, pues un valor no per se, pero sí representativo; se trata, en definitiva, de una cosa mercantil, apta para ser objeto de todos los negocios jurídicos que recaen ordinariamente sobre la totalidad de los bienes in commercium¹⁹.

Notable discrepancia doctrinal se genera alrededor de la ubicación de los títulos valores dentro del Derecho Civil o dentro del Derecho Mercantil, en la primera rama como parte de los bienes y en la segunda como parte de las relaciones obligacionales.

Quienes consideran que los títulos valores forman parte del Derecho Civil, afirman que al ser parte de las cosas sobre las que puede ejercitarse un derecho real como la propiedad o la posesión de manera principal, o como la prenda en forma accesoria, tales documentos adquieren importancia por su sola existencia que es imprescindible para el ejercicio de dichos derechos, de tal manera que, si desaparece físicamente el título, desaparece también el derecho real y consiguientemente el derecho de crédito que contiene; siendo por lo tanto prevalente el derecho real sobre el elemento obligacional.

De su parte, quienes consideran que los títulos valores forman parte del Derecho Mercantil, consideran que la existencia simple del documento no es lo que le da importancia, sino que por el contrario, es la incorporación de la obligación literalmente descrita en él la que genera la relevancia como acto de comercio; siendo para esta teoría, prevalente el elemento obligacional sobre el derecho real de propiedad, posesión o de prenda.

Visto el título valor de este modo, cabe afirmar que “ el título de crédito representa un valor de orden patrimonial, y que hay que presumir en principio la

¹⁹ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006

indiferencia del derecho con respecto a la persona del acreedor; por eso el documento aludido, como todo otro bien económico, puede devenir objeto de cualesquiera relaciones jurídicas, y hay que suponerle, salvo precepto legal en contra o disposición taxativa de las partes – hecha constar en este caso sobre el documento mismo- como transmisible por su propia naturaleza. Los documentos en cuestión son portadores de valor –papeles, valores, wertpapier- , y en esto precisamente estriba su excepcional importancia y el gran número de aplicaciones de que la institución es objeto²⁰.

El problema de la naturaleza jurídica de los títulos valores está íntimamente relacionado con el fundamento de la “obligación cartular”. Pero aquí debemos dejar consignado que los títulos valores son una especie concreta de las cosas mercantiles, que son, en cuanto documentos, cosas muebles; que por unírseles uno o varios derechos (cosas incorporales) pueden ser objeto de derechos reales y cuando son objeto de un derecho personal pueden ser utilizados como cosas, para negocios de garantía, cambio, etc²¹.

Una segunda parte de la naturaleza de los títulos valor la constituye la relación causal que permite la emisión del documento de crédito. En este sentido, es clara la doctrina al determinar que dicha relación causal, denominada relación subyacente, queda fuera del negocio jurídico con el objeto de dar al documento el carácter de indiscutible frente al acreedor. Por lo tanto, es concluyente el afirmar de que se trata de una obligación cartular que, a través de los títulos valor permite significarla y representarla, dejando fuera a la llamada relación subyacente con lo cual se concibe también como incausal.

En definitiva podemos considerar que la única esencia jurídica de los títulos valores es su naturaleza mercantil, puesto que surgieron y se desarrollaron en el tráfico mercantil y como producto de la necesidad del empresario de encontrar una herramienta idónea para la circulación de los capitales y del crédito, cosa que no

²⁰ MARTÍNEZ VAL, José María. Derecho Mercantil. Bosh, Casa Editorial, S.A. – Urgel, 51 bis. Barcelona 1979

²¹ MARTÍNEZ VAL, José María. Derecho Mercantil. Bosh, Casa Editorial, S.A. – Urgel, 51 bis. Barcelona 1979

había podido conseguir a lo largo de la evolución jurídica dentro de los límites rigurosos que le imponía el Derecho Civil. Los títulos valores saltan sobre la lógica jurídica civilista que concibe preceptos poco moldeables que no facilitan el desarrollo mercantil, provocando muchas veces que, la simple detentación o posesión del título confiera al tenedor la posibilidad de ejercer el derecho de ejecución más allá de la demostración fehaciente de su calidad de verdadero titular del documento.

2.3.- Caracteres

La doctrina nos otorga una variada caracterización de los títulos valores, sin embargo la lógica jurídica nos lleva a la determinación de que las características esenciales se circunscriben a las siguientes:

- a) **Literalidad:** Si el título en su esencia debe traer incorporada una obligación cartular, es indispensable que esta sea descrita literalmente, con la precisión necesaria para que resulte indisputable por parte del obligado.

Williams señala que “estando el derecho incorporado en el título, este derecho, en cuanto a su contenido, extensión y modalidades, existe de conformidad al contexto del documento, en razón de que ese derecho nace con la creación del título, circula y se ejerce con él, de manera tal que el tercer adquirente adquiere el derecho documental de conformidad al tenor del documento, aun cuando su texto represente en forma incompleta o distinta la relación fundamental y siempre que ese tercero al momento de la adquisición no haya actuado a sabiendas en detrimento del deudor o con mala fe o culpa grave”²².

- b) **Incorporación:** Hemos vistos al analizar la naturaleza jurídica, que los títulos valores como documentos, se constituyen en bienes que para alcanzar

²² ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006

vigencia mercantil requieren mantener incorporado un derecho literal y autónomo, siendo dicha incorporación indispensable para su existencia jurídica. Este proceso de incorporación surgido de la relación subyacente es la que permite al documento alcanzar el valor comercial tanto para la representación del crédito como para su ágil circulación.

Garrigues nos dice que la objeción formulada por Vivante y sus seguidores se debe a que quienes la formulan no caen en cuenta de que toman como realidad una pura expresión metafórica: no se quiere decir que el derecho se materialice al fundirse con el título y que, por consiguiente, existan derechos corporales y derechos incorporales; lo que se quiere expresar es que el título como cosa corporal y el derecho como cosa incorporal son y permanecen esencialmente distintos; pero que en el ámbito de su conexión representan una creación jurídica unitaria²³.

- c) **Legitimación:** Es importante tener en cuenta que la posesión del documento es una condición imprescindible para el ejercicio de los derechos que consagra. La exhibición del título por parte del portador es lo que legitima su posesión sobre el mismo. “Messineo utiliza una fórmula de tipo de ecuación diciendo que exhibición del título es igual a posibilidad del ejercicio del derecho. La persona del titular del derecho pasa a ser algo secundario; quien presenta el título es la figura relevante”; porque el título de crédito confiere a quien lo posee, según la ley de su circulación, la facultad de exigir a su suscriptor el pago de la prestación consignada en el mismo, autorizando al propio tiempo al deudor para que pague válidamente su obligación al exhibidor del título.

Cabe resaltar aquí la posibilidad de ejercer el derecho por la sola posesión del título, aun cuando no se tenga la posesión del derecho, siendo esta, una consecuencia de la legitimación por la posesión que le da al

²³ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006.

poseedor una capacidad de ejercicio sin ser beneficiario. Esta posibilidad que no resulta lógica desde el punto de vista del Derecho Civil, es lo que le da a los títulos valores esa importancia en el comercio moderno como una herramienta de circulación del crédito, sobre la cual se ha escrito ampliamente en el Derecho Mercantil para ratificar su naturaleza jurídica al tenor de lo que expusimos anteriormente.

Consecuencia de lo anterior es la aparición de la legitimación activa y pasiva. En el primer caso, respecto al derecho del poseedor a reclamar el derecho constante en el título; y, en el segundo caso, el derecho del obligado a no pagar sino a quien exhiba el documento como poseedor legítimo. En este sentido, la regla doctrinaria y procesal es clara, se presume legítimo el título con independencia de su causa; toda vez que lo contrario restaría aquel carácter de agilidad, velocidad y seguridad, que inspiraron la aparición de los títulos valores como una forma de hacer circular el crédito y los capitales.

- d) **Necesariedad:** Esta característica resulta lógica en cuanto al ejercicio del derecho, toda vez que para reclamar el cumplimiento de la obligación es necesaria la existencia y tenencia legítima del documento en el cual está incorporada. No podría en la práctica reclamarse por ejemplo, el pago del importe de un pagaré a la orden si no se tiene dicho documento. Esto nos lleva a la simple conclusión de que, la obligación existe mientras exista el documento en poder del beneficiario o tenedor legítimo, caso contrario se convertiría en una obligación meramente natural.

Tena al respecto dice: “El documento es necesario no sólo porque es condición del nacimiento y conservación del derecho , sino también de su disfrute. Sin él, no es posible hacer efectivo el derecho en contra del obligado, ni transmitirlo a un tercero, ni darlo en garantía. Y por otra parte, cualquier operación referente a ese derecho, habrá de consignarse en el título para que produzca sus efectos. El derecho documental, como

llamaremos, a falta de calificativo más propio, el consignado en un título de crédito, es un derecho que no vive por sí solo, porque desde el momento en que se opera su consagración en el título, al título irá prendido por dondequiera que este vaya, nutriéndose con su misma vida, corriendo su misma suerte, expuesto a sus mismas contingencias y vicisitudes. Si el título se destruye o se pierde, a un mismo tiempo se pierde o se destruye el derecho que menciona²⁴.

- e) **Autonomía:** Esta es sin duda la característica esencial de los títulos valores, entendida como la capacidad que tiene el documento para circular libremente sin formalidades rigurosas o restricciones que impidan que el derecho incorporado pase de un poseedor a otro de manera ágil y veloz. El derecho que tiene cada poseedor es independiente del derecho de su antecesor en la titularidad, de manera que para cada tenedor surge como un derecho original y no derivado del anterior.

Pero hay que precisar el alcance de esta nota: no implica que el título sea autónomo, ni tampoco que sea autónomo el derecho incorporado al título, sino que, desde el punto de vista activo es autónomo el derecho que cada titular sucesivo va adquiriendo sobre el título y sobre los derechos en él incorporados; y la expresión autonomía indica que el derecho de un titular es un derecho independiente, en el sentido que cada persona que va adquiriendo el documento adquiere un derecho propio, distinto del derecho que tenía o podía tener quien le transmitió el título; desde el punto de vista pasivo, ha de entenderse que es autónoma la obligación de cada uno de los signatarios de un título, porque dicha obligación es independiente y diversa de la que tenía o pudo tener el anterior suscriptor del documento; “desde el lado pasivo constituye respecto de cada uno de los que firman el documento, una obligación distinta y personal²⁵”.

²⁴ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006

²⁵ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006.

Pero la autonomía tiene que ver también con cada negociación. Esto quiere decir que la obligación documental – incondicional – y – mayoritariamente incausal- al pasar de un comprador a otro del título, se presume la autonomía de esta operación²⁶.

La autonomía distingue a los títulos valor de los demás títulos o documentos en el Derecho, pues mientras los títulos valor pueden circular, ser negociados, los demás no pueden circular. No se negocia el objeto de la escritura, transfiriendo la misma. Tampoco se negocia un vehículo o nave, endosando o cediendo el papel registrado e inscrito²⁷.

Particularmente considero que la autonomía tiene que ver también con la independencia de la obligación contenida en el título con respecto a la causa que originó su emisión, lo cual vuelve a dicha obligación en incausal, es decir, ajena en su totalidad a la relación subyacente de la cual hablamos en líneas anteriores.

- f) **Solemnidad:** Es necesario para la seguridad de las operaciones mercantiles, que los títulos valores guarden una determinada formalidad, reglada por la legislación, en los casos tradicionales como la letra de cambio, el pagaré a la orden o el cheque; y, por la costumbre mercantil, en casos más recientes de documentos de cambio como los llamados papeles de bolsa o bonos de deuda pública por citar algunos ejemplos.

- g) **Patrimonialidad:** Es indudable que la emisión de un título valor va a repercutir en el patrimonio tanto del beneficiario como del obligado, toda vez que lo que representa para el primero un activo diferido, para el segundo se convierte en un pasivo de la misma naturaleza.

²⁶ PAZ Y MIÑO CEVALLOS, Mario. Títulos Valor. Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, año 2006

²⁷ PAZ Y MIÑO CEVALLOS, Mario. Títulos Valor. Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, año 2006

2.4.- Clasificación

Existe congruencia en los criterios doctrinales en cuanto a que la única clasificación meritoria de los títulos valores corresponde a la que se fundamenta en la forma de su circulación; sin embargo, también hay concordancia en el sentido de que por fines pedagógicos y de orden resulta necesaria la revisión de las diversas clasificaciones existentes al respecto.

A. Por la forma de creación de los títulos son singulares o en serie.

1. Los primeros se caracterizan por su individualidad.
2. Los segundos, llamados igualmente títulos en masa, se distinguen por su fungibilidad. Teniendo todos las mismas características, son intercambiables y corresponden todos al mismo negocio.

B. Por el sujeto que los crea, los títulos son públicos o privados.

En el primer grupo entran los títulos de deuda pública o los títulos emitidos por las diversas personas de derecho público. Al segundo grupo corresponden los creados por las personas de derecho privado.

C. Por el objeto del derecho incorporado, los títulos valores son personales, reales y obligacionales.

1. Los títulos personales representan la participación del titular en una sociedad, razón por la cual también se les llama títulos de participación.
2. Los títulos reales confieren al poseedor legítimo un derecho real sobre una cosa. Estos títulos también reciben el nombre de títulos representativos de mercancías, para indicar que las cosas a las cuales se refieren se encuentran incorporadas en los títulos.
3. Los títulos obligacionales incorporan créditos de carácter pecuniario. Son llamados también títulos de pago. El hecho de que incorporen una promesa

incondicional de pagar una suma de dinero, es decir, que representen un crédito, ha dado lugar a la denominación de títulos de crédito.

D. Por los efectos de la causa en la vida de los títulos, estos pueden agruparse en causales y abstractos.

1. En los títulos causales, la causa esta deliberadamente expresada en el documento y no se separa de él para ningún propósito.
2. En los títulos abstractos, la causa es desvinculada del título, aunque esté indicada en él, y no tiene ninguna relevancia ulterior en la vida de éste.

E. Por su forma de circulación, los títulos valores se dividen en nominativos, a la orden y al portador.

1. Los títulos nominativos o directos son aquellos que señalan como titular a una persona determinada. Para la transmisión del título es necesario que se cumplan las reglas de cesión de créditos, así como la anotación en su texto y registro de la transmisión en los libros especiales. El título nominativo más usado es el de la acción de la sociedad anónima, para cuya transferencia eficaz, es necesario que la misma conste registrada en el libro de acciones y accionistas.
2. Los títulos a la orden son los que señalan como beneficiario a una persona determinada o cualquier otra que ésta indique. La transmisión de los títulos a la orden se verifica por medio del endoso y por la entrega del documento.
3. Los títulos al portador son aquellos que no establecen beneficiario alguno y designan como titular al portador o aquellos en que la falta de designación implica atribución al portador. Se caracterizan por la existencia de un elemento negativo constituido por la ausencia del nombre de la persona a cuyo favor se libra. Su transmisión se verifica por la simple entrega del documento.

F. De acuerdo con la tipicidad a la que se hayan regulado, hay títulos típicos y atípicos.

1. Los títulos típicos son aquellos que están sometidos a un régimen legal específico.

2.- Los títulos atípicos son aquellos que no encuentran una normativa específica en el derecho positivo y se rigen por la costumbre mercantil.

Para determinado sector doctrinal se los conoce como formales y no formales.

G. De acuerdo con la sustantividad, se dividen en principales y accesorios.

1. Los títulos principales son aquellos que traen incorporado un derecho independiente por si mismo como es el caso de las letras de cambio o el cheque.
1. 2.- Los títulos accesorios son aquellos que incorporan un derecho derivado de otros como es el caso de los cupones de cédulas o de obligaciones y warrants.

H. Por el efecto que movilizan, podemos encontrar títulos que movilizan el crédito, títulos que movilizan el ahorro, títulos que movilizan bienes.

- 1.- Títulos que movilizan el crédito, encontramos los tradicionales como la letra de cambio o el pagaré a la orden.
- 2.- Títulos que movilizan el ahorro, podemos mencionar los bonos, las obligaciones, entre los principales.
3. Títulos que movilizan bienes, se distinguen la carta de porte, el conocimiento de embarque, los certificados de almaceneras, entre otros.

2.5.- Importancia de los títulos valor en el mundo contemporáneo

Uno de los aspectos que han caracterizado al mundo contemporáneo es la gran realidad que se refleja en el hecho de que la riqueza ya no se expresa en tierras, en barras de oro, en grandes edificios, ni siquiera en el mismo dinero; sino que se expresa en papeles, en títulos representativos de esa riqueza. Los grandes negocios del mundo se generan sin el traslado físico del dinero o de su respaldo en

oro y plata, sino que se concentran en la ágil circulación de papeles o documentos contentivos de derechos.

Uno de los fenómenos de mayor importancia en la historia moderna de la vida jurídico – comercial es, al decir del tratadista mexicano Raúl Cervantes Ahumada, el nacimiento y desarrollo de esa gran categoría de cosas mercantiles que son los títulos de crédito, respecto de los cuales ha señalado Vivante: “Los títulos de crédito, a los cuales dan origen los negocios, constituyen una masa superpuesta a las cosas; una masa que circula con leyes propias sobre el inmenso cúmulo de cosas, muebles e inmuebles que forman la riqueza social. Los edificios, la fuerza motriz, las maquinarias, el dinero aun ejercitando normalmente su función industrial, circulan por mediación de documentos representativos, hasta que se encuentra su mejor colocación. Las fábricas representadas por acciones o por obligaciones, las reservas metálicas representadas por billetes de banco, por cheques o por bonos con interés, los fondos representados por cédulas inmobiliarias o agrícolas, ejercitan su respectiva función industrial, mientras por medio de los títulos representativos, con particular prontitud y sencillez, dan lugar a ocupaciones de cambio, de garantía o de sociedad, creando también aquellos, a su vez sino una nueva riqueza, sí diferentes combinaciones de riqueza, que son fuentes de nuevas energías y de nuevos beneficios sociales”²⁸.

Es imprescindible reconocer que el mundo capitalista ha sido el artífice del surgimiento de los títulos valores, al haber conseguido un movimiento económico en base a documentos; permitiendo que el dueño de la industria no tenga la propiedad individual sobre las máquinas o las instalaciones, sino que tenga la propiedad de los papeles representativos del dominio en cuanto al conjunto de bienes que la forman; de tal manera que, si requiere vender su fábrica, ya no tendría que celebrar individualmente contratos de transferencia del dominio de cada bien, pues lo único que deberá transferir, es el o los títulos representativos de las cuotas de propiedad sobre el conjunto industrial.

²⁸ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006

Con Cervantes Ahumada se puede añadir que, la época mercantilista y materialista que estamos viviendo, ha realizado la paradoja de convertir la riqueza material en un fenómeno ideal; en conceptos jurídicos incorporados a títulos de crédito²⁹.

2.6.- El cheque en función de un título valor

El breve estudio de los títulos valores nos ha permitido establecer una base para ubicar dentro de ellos al cheque como documento motivo de nuestro análisis. En este sentido, podemos decir que el cheque cumple ampliamente con las características de literalidad, incorporación, legitimación, autonomía, necesidad, solemnidad y patrimonialidad, básicas en los títulos valores como revisamos anteriormente.

En cuanto a su ubicación en la clasificación doctrinal, se encasilla en varias clases al ser un título a la orden, singular, privado, obligacional, abstracto, típico y principal, siendo uno de los ejemplos más evidentes dentro de la práctica mercantil.

Algo que singulariza al cheque dentro de los títulos valores es su naturaleza de ser un documento de pago y no un documento de crédito, toda vez que la doctrina y el derecho positivo lo definieron siempre como una orden o instrumento de pago inmediato o a la vista, aspecto que lo diferencia sustancialmente de los otros títulos tradicionales como la letra de cambio o el pagaré a la orden

No obstante lo anterior, la práctica mercantil ha llevado a convertir al cheque en un documento de crédito como lo veremos más adelante, pero su naturaleza bajo la cual fue concebido no permite en esencia esta posibilidad, ya que su función económica es simplemente la de reemplazar al dinero en el momento de pago, de

²⁹ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006

tal manera que, la sola entrega del cheque implica para el beneficiario la evidente recepción de un documento fácilmente convertible en dinero al momento de su presentación ante el girador. Es otras palabras, la entrega del cheque no debe permitir posibilidad alguna de su no conversión en dinero inmediatamente después de presentado al banco para su pago, porque su objetivo es evitar al girador el peligro de portar dinero efectivo al momento de realizar sus pagos, dándole la facilidad de negociar y pagar a través de un documento indiscutible, que permita al tenedor obtener sin problemas de parte de la entidad bancaria el pago diferido momentáneamente por el girador.

Los cheques como títulos valores son siempre a la vista, es decir, que no tienen fecha de cuándo deben ser pagados. La fecha que se plasma en el cheque sólo cumple la función de dejar constancia de cuándo el emisor tenía la intención de que ese cheque se cobrase. No obstante el banco está obligado a hacer efectivo un cheque el día en que se presenta al cobro, sin importar que la fecha que aparezca plasmada en éste aún no haya llegado.

La importancia y trascendencia de las funciones económicas del cheque, derivan de su consideración de medio o instrumento de pago. El destino del cheque consiste en ser usado como instrumento de circulación de dinero, como medio de pago, en lugar de la moneda legal. El pago con cheque no es pro soluto sino pro solvendo. Esto es, la entrega del cheque no libera jurídicamente al deudor ni, consecuentemente extingue su débito. Sino que esto sucede hasta que el título es cubierto por el librado.

El empleo del cheque como medio de pago, produce la concentración de grandes sumas de dinero en los bancos, los cuales a través del ejercicio de las funciones intermediarias propias de su objeto, mediante el ejercicio del crédito, convierten en productos considerables recursos económicos, que de otra forma permanecerían aislados e improductivos. Para lograr una mayor difusión del empleo del cheque en los pagos, por las importantes ventajas que del mismo se derivan en los ámbitos particular y general, las leyes de casi todos los países han dotado al cheque de un

régimen legal privilegiado, eximiéndolo del pago de impuestos o gravándolo con cuota menor a la que afecta a otros títulos u otorgándole beneficios fiscales de otra índole, y concediendo una enérgica protección al derecho del tenedor, y consecuentemente a la circulación de este documento a través inclusive de sanciones de carácter penal. (Monografías.com)

CAPÍTULO III

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

3.1.- Concepto de cheque

3.2.- Analogías y Diferencias con la letra de cambio

3.3.- Naturaleza jurídica del cheque

3.4.- Teorías sobre el cheque

3.5.- El cheque como un acto de comercio

CAPÍTULO III

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

3.1.- Concepto de cheque

Resulta muy difícil dar una definición del cheque que pueda servir para diversas legislaciones y aun para una misma legislación considerada en diversas etapas de su evolución histórica. Ello se debe a la multiplicidad de definiciones doctrinales y de construcciones jurídicas de este título valor³⁰. (Pág. 366)

El tratadista Gonzalo Merino Pérez lo define como “un documento que permite al librador retirar en su provecho o en el de un tercero todos o parte de los fondos que tiene en poder del librado. La Ley Argentina lo define como “ la orden de pago dada sobre un banco, en el cual tiene el librador fondos depositados a su orden, cuenta corriente con saldo a su favor o crédito en descubierto”³¹.

Supino – De Semo definen al cheque como un “título cambiario librado a la vista y sobre una cuenta corriente abierta por un banquero que ha autorizado su emisión, expresa o tácitamente”³².

La Ley francesa de 1865 lo definió diciendo que “es el documento que en la forma de un mandato de pago sirve al girador para retirar en su beneficio o en beneficio de un tercero todo o parte de los fondos disponibles del activo de su cuenta”³³.

³⁰ .- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Octava edición. Editorial Porrúa S.A. México 1982

³¹ MERINO PÉREZ, Gonzalo. Enciclopedia de Práctica Jurídica. Segunda edición Tomo V., año 1998

³² ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006

³³ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006

De Semo, en forma exhaustiva, lo ha definido como "un título cambiario, a la orden o al portador, literal, formal, autónomo y abstracto que contiene la orden incondicional de pagar a la vista la suma indicada, dirigida a un banquero, en poder del cual el librador tiene fondos disponibles suficientes, que vincula solidariamente a todos los signatarios y que está provisto de fuerza ejecutiva".

Nuestra ley de cheques no trae una definición y se limita en su artículo 1º. a determinar los requisitos formales, sin embargo deja claramente establecido que se trata de una orden de pago, con lo cual desliga del concepto cualquier posibilidad de asimilarse a los denominados títulos de crédito.

Intentando acercarme a las definiciones coincidentes, podemos afirmar que el cheque "es un título valor consistente en una orden incondicional de pago, librada por el girador contra una entidad bancaria en la que posee fondos suficientes para el cumplimiento de la obligación descrita en el documento al momento de su presentación".

3.2.- Analogías y Diferencias con la letra de cambio.

Analogías

Tanto la letra de cambio como el cheque son documentos que contienen una orden incondicional de pago, en la gran mayoría de las legislaciones le son aplicables las normas sobre la garantía solidaria de los obligados, protestos y acciones.

También ambos títulos se entregan "pro solvendo" y no "pro soluto", es decir, en ninguno de los dos casos la prestación pecuniaria en que consisten no se tiene por hecha hasta que no se haya verificado realmente el pago³⁴.

³⁴ MARTÍNEZ VAL, José María. Derecho Mercantil. Bosh, Casa Editorial, S.A. – Urgel, 51 bis. Barcelona 1979.

En el cheque, como en la letra girada a cargo de un tercero, hay un pago de un tercero de una deuda propia.

Diferencias

1. La principal y más notable diferencia radica en que el cheque es en esencia un instrumento de pago que no admite vencimiento; mientras que la letra formalmente es un documento de crédito, únicamente exigible a su vencimiento.
2. Quien gire un cheque debe tener previamente dinero pagadero al momento en la entidad bancaria contra la cual fue girado; en tanto que en el caso de la letra de cambio, no se requiere tener en ese momento fondos disponibles, inclusive se puede afirmar que, quien acepta una letra de cambio lo hace precisamente por no tener dinero en el momento.
3. Una diferencia básica consiste en que en la letra de cambio puede ser girado cualquier persona natural o jurídica; mientras que en el cheque, el girado debe necesariamente ser un banco donde el girador tenga fondos disponibles.
4. La figura del vencimiento es sólo posible en la letra de cambio, pudiendo ser este vencimiento a la vista o a plazo; en el caso del cheque siempre es pagadero a la vista.
5. En la letra de cambio existe como requisito formal la figura de la aceptación; en el cheque no cabe la aceptación.
6. Puesto que el librado no acepta el cheque, quiere decirse que no contrae ninguna obligación frente al tenedor, y que, por consecuencia, no se da acción directa en el cheque contra el librado; a diferencia de la letra, cuya falta de

pago desata las acciones contra el aceptante y contra el librador y los endosantes³⁵.

7. En nuestra legislación, la letra puede admitir varios endosos; en tanto que el cheque, sólo admite la posibilidad de un endoso.

3.3.- Naturaleza jurídica del cheque

Desde el momento en que aparecieron las primeras regulaciones sobre el cheque, preocupó a la doctrina y a la jurisprudencia la determinación de la naturaleza de este instrumento jurídico, y aun hoy se hacen esfuerzos para solucionar tan debatido problema.

Sobre la naturaleza jurídica del cheque hay varias teorías que intentan explicar su estructura a través de instituciones del Derecho Civil. Pero debe anotarse previamente que a los juristas anglosajones estas cuestiones no les interesan. Sólo les interesa la función social y económica que desempeña: Que funciona bien³⁶.

Para que se comprenda de un modo claro el tipo de relaciones jurídicas que se establecen con motivo de la emisión de un cheque, conviene distinguir las relaciones que existen entre el girador y el girado, entre el girador y el tenedor, entre el girado y el tenedor³⁷.

Entre el girador y el girado debe existir la relación de provisión. Dicho en otras palabras, para que una persona pueda ser girador de un cheque a cargo de una institución de crédito, precisa que sea acreedor de esta institución³⁸.

³⁵ GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Séptima edición. Editorial Porrúa S.A. México 1984

³⁶ MARTÍNEZ VAL, José María. Derecho Mercantil. Bosh, Casa Editorial, S.A. – Urgel, 51 bis. Barcelona 1979.

³⁷ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Octava edición. Editorial Porrúa S.A. México 1982.

³⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Octava edición. Editorial Porrúa S.A. México 1982.

Si bien compartimos el hecho de la relación girador – girado, no aceptamos la categoría de acreedor que pudiera darse al girador sobre el girado, ya que cuando el girador entrega sus fondos al banco, no lo hace en calidad de préstamo sino bajo un contrato de depósito que genera intereses, siendo estos últimos los que en estricto sentido pudieran convertirse en una acreencia para el girador.

Entre el girador y el tenedor la emisión del cheque representa la promesa solemne que el girador hace al tenedor de que le será pagado el importe consignado en el documento³⁹.

Entre el girado y el tenedor no existe ninguna relación jurídica. El girado no está obligado frente al tenedor del documento a pagarlo; la obligación de pagar existe, pero es frente al girador. De esta manera, si el cheque no es pagado, el tenedor carece de acción para dirigirse en contra del banco y sólo tiene la posibilidad de reclamar contra el girador, sin perjuicio de que éste, a su vez, pueda reclamar en contra del banco que incumple la obligación de pagar cheques, que había contraído frente al girador⁴⁰.

En la legislación ecuatoriana, se prescribe la obligación del banco de pagar o protestar el cheque a su presentación, quedando a salvo el derecho del tenedor de reclamar contra la entidad bancaria la indemnización de perjuicios por no pagar o protestar el documento al momento de ser presentado (Art. 24 inciso 2do. Ley de Cheques).

3.4.- Teorías sobre el cheque.

Entre los mercantilistas se mantienen las siguientes teorías⁴¹:

³⁹ RODRÌGUEZ RODRÌGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Octava edición. Editorial Porrúa S.A. México 1982.

⁴⁰ RODRÌGUEZ RODRÌGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Octava edición. Editorial Porrúa S.A. México 1982.

⁴¹ MARTÌNEZ VAL, José María. Derecho Mercantil. Bosh, Casa Editorial, S.A. – Urgel, 51 bis. Barcelona 1979

- a) Teoría del mandato. Para Villar Palasí y Muñoz Campos se trata de un “mandato cualificado”.

“Existe en el cheque un contrato de mandato por virtud del cual el librado se obliga a pagar en su nombre y por cuenta del librador la suma de dinero determinada en el cheque a su tenedor legítimo. Esto es, el librado realiza un acto jurídico por cuenta del librador, en virtud del mandato contenido en el cheque.

Rocco niega que el cheque es un mandato, porque no es en sí mismo un contrato sino un acto jurídico unilateral, perfecto y eficaz jurídicamente aun sin la concurrencia de la voluntad del librado. El cheque mientras no transcurran los plazos de presentación, es irrevocable.

El mandato termina por muerte o interdicción del mandante⁴².

- b) Teoría del doble mandato. Ha sido sostenida también la teoría del doble mandato, que proclama la existencia de un mandato de cobro diferido por el librador al tomador al lado del mandato de pago ya examinado. Según esta tesis, el tomador al hacer efectivo el cheque, ejecuta el mandato de cobro que le encarga el librador.

Se aduce en su contra:

- a. El tomador al cobrar el cheque obra en interés propio no en interés del librador lo cual no está de acuerdo con los caracteres de la relación de mandato.
- b. El tomador del cheque al revés de lo que sucede con el mandatario, no tiene la obligación de cumplir el encargo consistente en el cobro del cheque. El tomador cobrara o no

⁴² (monografías.com)

según le plazca, pues es el dominus negotii lo cual no se aviene con tal mandato del librador al tomador del cheque.

- c. El tomador no tiene ninguna acción contra el librado, ni por sí ni a nombre del librador, que sería su mandante

- c) Teoría del doble poder. En el cheque se conceden dos poderes: Uno de pago y otro de cobro (JACOBI). Es como una variante de la anterior.

- d) Teoría de la cesión. En el cheque el librador cede al tomador la propiedad de sus fondos o su crédito contra el librado. Pero se ha observado que la cesión tiene la nota esencial de la irrevocabilidad mientras que el cheque es revocable (bloqueo del cheque), en ciertos supuestos. Predominó en la doctrina francesa. En una primera etapa afirma que la emisión de un cheque implica cesión de la provisión, esto es, la transferencia de la propiedad de los fondos disponibles en poder del librado, con la consiguiente constitución de un derecho real a favor de tomador sobre dicha provisión al emitir el cheque cede materialmente al tomador los fondos disponibles y la transmisión del cheque produce los mismos efectos que la transmisión real de dichos fondos.

Si por la emisión del cheque se produjera realmente la cesión al tomador del crédito que el librador tiene en contra del librado, aquel tendría acción para exigir de este último el importe del cheque: el librado sería deudor del tomador, estaría obligado frente a él. El acreedor cedente, salvo pacto en contrario, no está obligado a garantizar la solvencia de deudor. El cedente al transmitir sus derechos contra el deudor cesionario, queda liberado por pago frente a éste último es decir el crédito es cedido por el cedente al cesionario con el propósito de liberarse de una deuda propia.

- e) Teoría de la asignación. Se basa en la aplicabilidad, al cheque, de la definición de ENNECERUS: “Asignación es una declaración escrita de voluntad por la cual el asignante autoriza al asignado a hacer a un tercero, por cuenta del asignante, la prestación de dinero, valores u otras cosas fungibles, autorizando al tercero para recibir la prestación en nombre propio”. Pero no explica las relaciones subyacentes entre librador y librado (un contrato de depósito en cuenta corriente) ni el vínculo entre el tenedor definitivo y el librado.

- f) Teoría de la estipulación a favor de tercero. En cuanto que este que es el tomador del cheque o sus sucesores por endoso o cesión o mera tradición puede exigir su cumplimiento antes de que el mandato haya sido revocado.

- g) Teoría del cheque como negocio jurídico complejo. Ha sido propugnada, como un complemento explicativo de la teoría del mandato por VILLAR PALASÌ y MUÑOZ CAMPOS, en vista de los fallos que presentan todas las demás. Explican que en el cheque coexisten tres posiciones jurídicas:
 - 1. “Negocio fiduciario de preparación de cumplimiento” (entre librador y tomador)
 - 2. pacto de libranza del cheque (entre librador y librado)
 - 3. Contrato delegativo de asignación (para que el tomador pueda exigir el pago al librado)

- h) Teoría de la estipulación a cargo de tercero. Se ha sostenido también que entre el librador y el tomador existe un contrato con una estipulación a cargo de tercero. Trata de evitarse con esta teoría la crítica fundamental formulada a la que sostiene la existencia de una estipulación a favor de tercero, en el sentido de que el librado no

asume responsabilidad ni obligación alguna frente al tomador.
(monografias.com)

- i) Teoría de la delegación. Esta teoría sostiene que el cheque contiene una delegación. Surge como una crítica a las teorías del mandato y la cesión. La delegación es el acto por virtud del cual una persona pide a otra que acepte como deudor a una tercera que consiente en obligarse frente a ella. (monografias.com)

- j) Teoría de la autorización. Se concibe como una doble autorización con base en la voluntad declarada por el autorizante, el autorizado puede hacer un pago al tomador y este puede recibirlo, produciéndose los efectos jurídicos de ese acto en la esfera jurídica del autorizante⁴³.

3.5.- El cheque como un acto de comercio

El Art. 3 del Código de Comercio menciona: "Son actos de Comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente:

Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aun entre no comerciantes; las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza"⁴⁴.

En la referida disposición legal se acoge entre los ejemplos de actos de comercio al cheque, al referirse a los actos de comercio de parte del que suscribe la libranza. Probablemente el descuido de nuestro legislador en actualizar nuestro código mercantil para adaptarlo a la moderna realidad del comercio, hace que no

⁴³ www.monografias.com

⁴⁴ MERINO PÉREZ, Gonzalo. Derecho Mercantil Tomo I, año 1992

se mencione al cheque expresamente entre los actos de comercio y se infiera su inclusión entre las libranzas como actos unilaterales del librador.

Sin embargo de lo anterior, no cabe duda de que la emisión de un cheque, no obstante su calidad de instrumento de pago, es un verdadero acto de comercio; que puede realizarse inclusive por un no comerciante, ya que actualmente, el cheque es de valiosa utilidad no sólo para quien ejerce el comercio, sino para toda persona que desee realizar pagos sin tener que utilizar y movilizar necesariamente dinero.

No debemos olvidar que existen los denominados actos de comercio objetivos, en razón de la naturaleza mercantil del acto como en el caso de la emisión del cheque que, sin ser librado en muchos casos por un comerciante, se convierte en instrumento de cambio similar a una letra o un pagaré pero distinto por su condición de ser pagadero a la vista. Más allá de que el girador sea o no un comerciante, la emisión del cheque es un acto de comercio porque posibilita cerrar una transacción mercantil de pago.

Mayor relevancia toma el cheque como acto de comercio cuando su emisión es realizada por un comerciante, ya que en este caso existe tanto la mercantilidad objetiva antes descrita como la mercantilidad subjetiva en razón de la calidad del girador. Inicialmente el cheque fue utilizado en forma exclusiva por los comerciantes y por actos de comercio entre comerciantes, ya que eran precisamente ellos los que necesitaban de un documento de cambio que evitara la necesidad de manejar dinero en efectivo ante los peligros que esto representaba.

Fue el transcurso de la práctica mercantil la que posibilitó a los demás individuos el uso de este documento de pago en todas las transacciones que realizaran sin ser comerciantes; pero aquello debía venir acompañado, como en efecto se dio, de la responsabilidad no sólo mercantil que la emisión generaba, sino también de la responsabilidad penal que pudiera generar el acto doloso de

girar un cheque sin provisión de fondos. Esto es lo que lamentablemente no se ha entendido por nuestro actual legislador, que inexplicablemente suprimió como tipo penal al referido acto del giro de cheque sin provisión de fondos; sin salvar por lo menos, la excepción de que pudiera aplicarse la sanción punitiva para quienes no fueran comerciantes, dejando para quienes se dediquen al comercio una responsabilidad limitada al campo mercantil.

La emisión de un cheque es un acto de comercio objetivo por su naturaleza cambiaria y por ser una forma de cerrar una transacción monetaria; y, puede ser adicionalmente, un acto de comercio subjetivo cuando se realiza por un comerciante o entre comerciantes. Sin embargo, no existe forma alguna de que se libere de responsabilidad dolosa al girador, ni aun argumentando la calidad de comerciante, cuando utilice al cheque como instrumento de crédito y peor cuando no existan los fondos suficientes para cubrir su importe, ya que en su génesis, este documento no fue creado como contentivo de una deuda sino como una orden eminente e inexcusable de pago.

CAPÍTULO IV

CONDICIONES Y REQUISITOS PARA LA EMISIÓN DEL CHEQUE

4.1.- Condiciones previas a la emisión del cheque.

4.2.- Requisitos para la emisión del cheque:

a) Requisitos intrínsecos

b) Requisitos extrínsecos

4.3.- Incumplimiento de requisitos

4.4.- Circulación del cheque

4.5.- El Contrato de Cuenta Corriente Bancaria

CAPÍTULO IV

CONDICIONES Y REQUISITOS PARA LA EMISIÓN DEL CHEQUE

4.1.- Condiciones previas a la emisión del cheque.

Provisión

La primera y esencia condición para la emisión del cheque es sin duda la necesaria y suficiente provisión de fondos que debe hacer el girador, aspecto sine qua non para que el girado tome a su cargo la responsabilidad de enfrentar el pago de un cheque.

Respecto a este aspecto, Joaquín Rodríguez afirma que “ la provisión no representa un concepto material del dinero. A primera vista pudiera pensarse que la provisión, que supone fondos disponibles, implica la existencia material de dinero en poder del librado; es decir, parece que para que haya provisión precisa que el librador tenga una suma de dinero en poder del librado. Sin embargo, esto es erróneo, ya que la provisión no es más que el derecho de crédito del girador contra el girado resultante de un depósito hecho por aquél en este, o de la apertura de crédito, que éste concede a aquél”⁴⁵.

Agrega además que también hay provisión si el banco abre un crédito al girador y lo autoriza para girar cheques por una cuantía determinada. En este caso, el girador tiene un simple derecho de crédito en contra del girado.

También advierte Rodríguez que “para que este derecho crédito del girador en contra del girado pueda servir como provisión, precisa que sea disponible y anterior

⁴⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Octava edición. Editorial Porrúa S.A. México 1982.

al giro. Un derecho de crédito es disponible, cuando importa una cantidad exacta (líquida) y puede exigirse su pago de un modo inmediato (exigible)".

Personalmente considero como lo dije antes, que el girador no tiene un derecho de crédito contra el girado y, en base a aquello, gira el cheque; puesto que los valores que el librador entregó al banco se fundamentaron en un contrato de cuenta corriente y no en un contrato de préstamo y, como tal, no existe acreencia del girador hacia el girado sino un pacto por el cual la entidad bancaria paga los cheques - órdenes de pago del girador- sobre los fondos que en calidad de depósito mantiene respecto de éste. En lo que sí estamos de acuerdo es en que puede existir un derecho de crédito simple, cuando el banco autoriza al librador a girar cheques al descubierto, esto es, a emitir órdenes de pago aun cuando no existan fondos depositados por él en el banco, ya que en este caso, la entidad bancaria bajo una cláusula contractual expresa, se obliga a pagar los cheques cubriendo su valor en base a un crédito concedido al girador.

Contrato de Cheque

Aun cuando existan los fondos suficientes en el girado, es necesario que la entidad bancaria autorice el giro del cheque mediante un contrato de depósitos monetarios en calidad de cuenta corriente. En determinados pasajes doctrinales, se lo suele denominar como contrato de cheque en referencia a la esencia de su objeto.

El contrato de cheque, es decir, la autorización para el giro, siempre se hace como un pacto accesorio o adicional al contrato de depósito o al de apertura de crédito. Estos es, con motivo de un depósito en un banco, se pacta que podrán girarse cheques hasta por el importe del depósito; con motivo de una apertura de

crédito, se pacta que el acreditado podrá girar cheques a cargo del banco, hasta por la cuantía que se determine⁴⁶.

La apertura de una cuenta de depósitos monetarios, o cuenta corriente bancaria, requiere de un contrato escrito que se celebrará entre el titular de ella y el banco que lo reconozca como tal, previa presentación de una solicitud aprobada por éste, bajo su responsabilidad.

Algunos sectores de la doctrina consideran que el pacto de cheque no es autónomo sino accesorio al contrato de cuenta corriente bancaria que presenta claras connotaciones de mandato o de contrato de gestión.

4.2.- Requisitos para la emisión del cheque:

Requisitos intrínsecos

El giro del cheque como todo acto de declaración de voluntad debe reunir ciertos requisitos intrínsecos como son la capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita.

Para ser girador de un cheque se requiere tener la capacidad suficiente para celebrar todo tipo de contrato y obligarse por sí mismo a través del acto de la libranza. El beneficiario de un cheque puede ser cualquier persona y para aquello no es necesaria la capacidad legal sino para los efectos del cobro. El girado sólo puede ser una institución bancaria autorizada legalmente para realizar operaciones de este tipo, en el caso ecuatoriano, se reserva esta capacidad para las compañías anónimas cuyo objeto social se fundamente en las operaciones de banco previa aprobación de la Superintendencia de Bancos y Seguros.

⁴⁶ RODRÌGUEZ RODRÌGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Octava edición. Editorial Porrúa S.A. México 1982.

La declaración de voluntad debe ser expresa y escrita siguiendo todos los requisitos formales que establece el Art. 1 de la Ley de Cheques.

El objeto lícito está representado por la orden pura y simple de pagar una cantidad determinada y descrita de dinero, la cual consta expresamente en el documento.

Aun cuando en el cheque no se hace constar la causa por la cual es emitido, se presume que dicha causa es lícita como es lícita la detentación del documento por parte del portador. Como todo título valor, el cheque es un documento que contiene una obligación incausal o separada de su causa – relación subyacente-, la cual no se toma en cuenta para la validez de la orden de pago, salvo que se demuestre por parte del girador que dicha causa no existe o que la tenencia es ilegal por parte del portador. Inclusive no podría el girador oponer a un tercero, distinto del beneficiario original y actual beneficiario por endoso, las excepciones que tuviera contra el primer beneficiario, ya que la causa es independiente de la obligación de pago que representa el cheque.

Requisitos extrínsecos

La orden de pago que constituye el cheque se libraré siempre por escrito y no de forma verbal, por lo cual es necesario que esta orden escrita cumpla con los requisitos establecidos en el Art. 1 de la Ley de Cheques y que se circunscriben en los siguientes

a) Denominación de cheque, inserta en el texto mismo del documento y expresada en el idioma empleado para su redacción. Este requisito tiene como objetivo identificar precisamente al documento con el objeto de dejar suficientemente claro su carácter cambiario conforme a su naturaleza jurídica de ser un medio de pago, evitando que de modo alguno se lo pueda confundir con otros documentos cuya esencia es eminentemente crediticia. El legislador ha querido que se reconozca en el cheque, desde su denominación hasta sus efectos,

que se trata de una orden de pago y no de un título de crédito bajo el cual el girador pueda argumentar una supuesta calidad de deudor del importe. La denominación de cheque no admite sinónimos ni palabras afines como en el caso de la letra de cambio o en el pagaré a la orden respecto a los cuales el Código de Comercio los valida siempre que exista la indicación de ser documentos a la orden, tanto es así que, si no existe la denominación de cheque en el documento simplemente este no existe.

En nuestra legislación este requisito se lo considera esencia, aunque con una dirección formalista⁴⁷.

b) El mandato puro y simple de pagar una suma determinada de dinero. Este requisito formal es el más importante para significar la naturaleza jurídica del cheque, porque lo dota de aquella característica clásica bajo la cual surgió – el ser un instrumento de pago-, tanto así que la misma Ley de Cheques en su Art. 24 prescribe que “el cheque es pagadero a la vista”. Es importante destacar que este mandato de pago es incondicional e incausal, ya que no puede estar sometido su pago a condición alguna ni a plazos establecidos por parte del girador, así como tampoco está supeditado a la causa – relación subyacente- por la cual se originó su emisión, toda vez que hemos analizado que dicha causa se presume legítima. Es precisamente este requisito la que nos lleva a denunciar el error cometido por el legislador ecuatoriano cuando borró de los tipos penales el giro del cheque sin fondo, tratando de asimilar al cheque a los demás documentos de crédito y convirtiendo a este acto en una forma de deuda que no genera la acción penal. El hecho de ser una orden de pago impide bajo todo punto de vista lógico jurídico, que el girador luego de la libranza y del protesto del cheque, argumente en su favor que lo que existe es una deuda y no una intención dolosa.

En otras legislaciones se establece que esta suma debe ser escrita con palabras, excluyéndose las máquinas de escribir, sin raspaduras o enmiendas,

⁴⁷ .- MERINO PÉREZ, Gonzalo. Enciclopedia de Práctica Jurídica. Segunda edición Tomo V., año 1998

designando a la vez la especie de la moneda, y expresando también en números dicha cantidad en un ángulo del cheque⁴⁸.

c) La indicación de quien debe pagar o girado. Constituye un requisito esencial por cuanto debe identificarse a la persona a quien el girador ha dado la orden de pago. Imposible sería para la entidad bancaria pagar un cheque si no se la ha identificado en el documento como mandataria de la orden y, mas aun, si no se le demuestra documentalmente que ésta ha autorizado al girador para emitir el título. Esto sin perjuicio de que es prioritario para el banco la verificación de que el formato del cheque es el elaborado o autorizado por la institución para solemnizar las órdenes de pago.

5) Patricio Borja en 1966 ya sostuvo que “por su naturaleza, no se opone que el cheque pueda ser girado contra cualquier persona, sea natural o jurídica, que posea fondos del librador”, aunque a continuación señaló que si bien hay dos posiciones extremas – la una que admite que el cheque puede girarse contra cualquier persona, y la otra, que sólo puede girarse contra un banquero-, tanto la Conferencia de La Haya como la de Ginebra se inclinaron por la segunda tesis, ésta última con la salvedad de que cada Estado se reserva la facultad, respecto de los cheques emitidos y pagaderos en su territorio, de decidir que los cheques librados sobre personas que no sean banqueros o personas o instituciones asimiladas por la Ley a los banqueros, sean o no válidos como cheques.

Nuestra Ley de Cheques en su Art. 53 manifiesta claramente que “la denominación de girado o banco usado en esta ley, corresponde a toda persona o institución autorizada legalmente para recibir depósitos monetarios”. Consecuente con esto, la Ley de Instituciones del Sistema Financiero en su Art. 51 literal a) reserva en forma exclusiva a los bancos la posibilidad de recibir recursos monetarios exigibles mediante la presentación de cheques, impidiendo en el Art. 2 y 53 del mismo cuerpo normativo que las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo realicen dicha operación. Con esta premisa podemos concluir

⁴⁸ .- MERINO PÉREZ, Gonzalo. Enciclopedia de Práctica Jurídica. Segunda edición Tomo V., año 1998

que en el Ecuador no existe o otra persona contra la cual se puedan girar cheques más que los bancos.

d) La indicación del lugar y fecha de emisión. Pueden identificarse en este requisito dos elementos:

La falta del lugar de emisión que obligaría al banco a devolver el cheque por defecto de forma, toda vez que de esta característica depende el tiempo que otorga la ley para la presentación al cobro. Nuestra Ley de Cheques señala expresamente cuáles son los plazos para la presentación de los cheques puesto que en su Art. 25 indica:

“ Los cheques girados y pagaderos en el Ecuador deberán presentarse para el pago dentro del plazo de veinte días, contados desde la fecha de su emisión.

Los cheques girados en el exterior y pagaderos en el Ecuador deberán presentarse para el pago dentro del plazo de noventa días, contados desde la fecha de su emisión.

Los cheques girados en el Ecuador y pagaderos en el exterior se sujetarán para la presentación al pago, a los términos o plazos que determine la ley del estado donde tenga su domicilio el banco girado”.

Este requisito que algunos autores lo califican como dispositivo, permite establecer al girado dónde fue emitido el documento y su ausencia implica invalidez de la orden de pago por así disponerlo expresamente el Art. 2 de la Ley de Cheques cuando manifiesta que “el documento en que falte alguno de los requisitos indicados en el artículo precedente no tendrá validez como cheque”.

Respecto a **la falta de la fecha de emisión** es menester indicar que, siendo el cheque un documento a la vista, aparentemente resultaría ilógico exigir la determinación de una fecha de emisión al no existir la posibilidad de un

vencimiento, sin embargo, su ausencia obliga a la devolución por defecto de forma al tender la misma problemática que sustenta el Art. 24 de la Ley de Cheques antes analizado respecto a la presentación al cobro.

En este sentido cabe destacar las dos prohibiciones que contempla nuestra ley respecto a la antedatación y postdatación del cheque.

Respecto a la antedatación, nuestro Código de Comercio al prescribir las disposiciones generales de los contratos y obligaciones mercantiles, menciona en el inciso segundo del Art. 167 que “Se prohíbe antedatar estos documentos, bajo la pena de falsedad”. Diríamos que la consecuencia sería muy dura si el banco rechazara el pago del cheque si éste tuviera como fecha de emisión una anterior a la del día del cobro, lo cual consecuentemente no es posible en la práctica ni en el sustento jurídico que inspira la ley de la materia; sin embargo, lo que se ha querido es prohibir al girador la posibilidad de establecer en el documento como día de emisión una fecha anterior a la del día en que está librando efectivamente el título.

En cuanto a la postdatación, nuestro legislador es claro al manifestar en el Art. 56 de la Ley de Cheques lo siguiente:

“La persona que utilizare un cheque como instrumento de crédito, aceptando a sabiendas un cheque postdatado, con excepción del girado para efectos del pago, será multada con el veinte por ciento del importe del cheque. Además, sólo podrá hacer efectivo el valor del cheque, en caso de falta de pago, mediante acción ordinaria.

El juez que conociere de la causa en que se compruebe la admisión de un cheque postdatado, en las condiciones del inciso anterior, estará obligado a imponer al portador o tenedor la multa antes indicada y a comunicar al Director General de Rentas para que la haga efectiva”.

La citada disposición legal nos deja claramente establecido que lo que se prohíbe es la aceptación por parte del beneficiario de un cheque postdatado mas no su emisión, en virtud de que lo que se pretende es evitar que este documento, exclusivo de pago, pueda ser utilizado para sustentar un crédito. A este respecto, y observando la decisión de eliminar la tipicidad penal del giro de cheque sin fondos, nos preguntamos: ¿Por qué el legislador no hizo previamente una revisión de la actual Ley de cheques antes de realizar la reforma penal?. La Ley de Cheques es muy clara al reconocer al cheque como instrumento de pago y al prohibir su uso como instrumento de crédito; sin embargo, la reforma penal referida, sustentada de acuerdo a su espíritu, públicamente difundido, de evitar que se penalice al girador por una eventual deuda, no hace otra cosa que convertir al cheque en un instrumento de crédito y no de pago, irrumpiendo la característica que le ha dado la ley de la materia.

La prohibición de utilizar la postdatación en el giro de los cheques no es aplicable para el banco al momento de pago, ya que el documento es pagadero a la vista y como tal, el girado no tiene obligación de comprobar ni verificar la fecha de emisión y, sin más trámite, debe pagar o protestar el cheque.

e) La firma de quien expide el cheque o girador. Este requisito es fundamental y es el único que exige nuestra ley que sea de puño y letra del girador, puesto que la firma representa la declaración expresa de voluntad de emitir la orden de pago. La práctica nos demuestra que en muchos casos el cheque es llenado por personas ajenas al girador o, mejor dicho, del dueño de los fondos disponibles en el banco o del titular del crédito bancario, inclusive se utiliza cheques llenados mediante sistemas mecanográficos o informáticos; sin embargo, lo que nunca podrá suplirse es la firma autónoma, individual y personalmente gráfica del emisor de la orden de pago.

La firma es la que indica la responsabilidad del girador en cuanto al pago en forma exclusiva, por lo tanto, el hecho de haber sido llenado por un tercero o mediante

sistemas distintos al manuscrito, no eximen de responsabilidad al girador, tanto así que la Ley de Cheques en su Art. 11 expresa:

“El girador responde por el pago. Toda cláusula por la cual el girador se exima de esta responsabilidad se reputa no escrita”.

Procedimiento ineludible del banco es la comprobación de la firma del girador previo al pago del cheque, lo cual se realiza mediante la verificación de la conformidad de rasgos en base al modelo autógrafo del titular de los fondos que consta en el archivo manual o informático de la entidad bancaria.

f) La indicación del lugar de pago. Es un requisito natural en razón de que debe explicarse el lugar donde el girado cumplirá con la obligación inserta en el texto. En este sentido, la Ley de Cheques en el Art. 2 manifiesta:

“A falta de indicación especial, el lugar designado al lado del nombre del girado se reputará ser el lugar de pago. Cuando estén designados varios lugares al lado del nombre del girado, el cheque será pagadero en el primer lugar mencionado. A falta de estas indicaciones o de cualquiera otra, el cheque deberá pagarse en el lugar en el que ha sido emitido, y si en él no tiene el girado ningún establecimiento, en el lugar donde el girado tenga el establecimiento principal”.

En la práctica los formatos de los cheques traen la indicación de ser nacionales pagaderos en cualquier lugar del país donde el banco tenga sucursales o agencias.

Algunos autores detallan otros requisitos extrínsecos como los siguientes:

g) La cantidad de dinero. Este es un requisito que va implícito en la orden de pago que es referida exclusivamente a dinero; sin embargo, se ha considerado necesario referir que debe establecerse cuál es dicha cantidad de manera inequívoca y exacta, de una manera fija, ya que el cheque no admite el pago de intereses por parte del girado y, si de hecho se indicara algún valor en tal concepto, se reputa no

escrito. En el formato del documento se estila colocar la cantidad en números y letras.

h) Nombre del beneficiario. Como requisito de emisión no tiene ninguna trascendencia, ya que el cheque puede ser girado al portador, en cuyo caso no se requiere establecer quien es el beneficiario. No así en el aspecto relacionado con el pago, ya que nuestra legislación no concibe como sí lo hacía antes, el pago de cheques al portador; por lo cual, el tenedor del cheque debe necesariamente colocar su nombre en el documento previo al cobro, so pena de ser devuelto por defecto de forma.

A partir de la Ley Uniforme de Ginebra , dejó de considerarse la designación del tomador como un requisito extrínseco del cheque, y así lo hace la Ley de Cheques El Art. 5 dispone: “ El cheque puede ser girado: a favor de una persona determinada, con o sin cláusula expresa “a la orden”, a favor de una persona determinada, con la cláusula “no a la orden” u otra equivalente, y al portador. El cheque a favor de una persona determinada, con la mención “o al portador o un término equivalente vale como cheque al portador. El cheque sin indicación de beneficiario, vale como cheque al portador”. El Art. 6 completa: “El cheque puede extenderse a la orden del mismo girador”⁴⁹.

Aunque el Art. 11 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Área Tributaria Financiera, publicada en el Registro oficial Suplemento 78 del 1 de diciembre de 1998, establece la prohibición de girar cheques al portador, la práctica mercantil nos demuestra que aquello no tiene relevancia y que la prohibición que el legislador debió incluir era únicamente la de no pagar cheques al portador. El exigir el nombre del beneficiario al momento del giro restaría al cheque de aquella capacidad circulatoria que se requiere de los títulos valores. Sin embargo, frente a la disposición actual de la ley de la materia, el Art. 1 de la Ley de Cheques debería incluir entre los componentes del mismo el nombre del beneficiario.

⁴⁹ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006.

4.3.- Incumplimiento de requisitos

Nuestra Ley de Cheques prescribe que la falta de los requisitos mencionados en su Art. 1 genera la invalidez del documento como cheque, por lo cual el banco no tendrá otra alternativa que devolverlo sin proceder al pago y sin realizar protesto alguno.

No obstante se establece en el Art. 2 de la Ley de Cheques algunas excepciones para el caso de faltar alguno de sus requisitos formales, las mismas que se sintetizan en las siguientes:

“A falta de indicación especial, el lugar designado al lado del nombre del girado se reputará ser el lugar del pago.

Cuando estén designados varios lugares al lado del nombre del girado, el cheque será pagadero en el primer lugar mencionado.

A falta de estas indicaciones o de cualquier otra, el cheque deberá pagarse en el lugar en el que ha sido emitido, y si en el no tiene el girado ningún establecimiento, en el lugar donde tenga el girado el establecimiento principal”.

4.4.- Circulación del cheque

Básicamente nuestra legislación admite dos formas de circulación del cheque: el endoso y la cesión ordinaria.

Cabe el endoso como forma de circulación, cuando el cheque es emitido a la orden, y siempre que su importe no exceda los \$ 500,00 y que sea el único endoso. Al respecto nuestra Ley de Cheques en su Art. 15 dispone lo siguiente:

Excepcionalmente se admite el endoso por un valor mayor pero sólo para efectos del cobro cuando el Art. 17 de la Ley de Cheques menciona el "endoso para el cobro". Personalmente considero que no se trata de un endoso sino de un simple mandato de cobro, ya que el endoso por sus características transmite todos los derechos derivados del documento, pero si solo hablamos de una transferencia del documento para que se ejecute el acto de cobrar mas no la propiedad del producto del cobro, se genera únicamente un encargo bajo la figura del mandato y no un endoso propiamente dicho.

En el caso de la cesión ordinaria, operara únicamente en los casos en que el cheque sea girado como "no a la orden" o cuando superen el monto límite para el endoso que es de \$ 500, oo.

A pesar de no contemplar nuestra legislación, el cheque también puede circular al portador mediante la simple entrega del documento. Esta forma de circulación, idónea entre muchos comerciantes, ha sido una de las más utilizadas en la práctica mercantil precisamente por la facilidad con la que se traslada el título sin mayores formulismos, evitando de esa manera tener que recurrir a endosos o a cesiones sometidas a procedimientos rigurosos para efectos del cobro. Nada impide que el cheque circule de esta manera, ya que como hemos visto a lo largo de la presente exposición, el documento es irrefutable como orden de pago y se convierte en un título incausal.

4.5.- El Contrato de Cuenta Corriente Bancaria

Hemos dicho que la existencia de una cuenta corriente bancaria es una condición previa a la emisión del cheque, por lo cual es menester determinar las características y formalidades de este tipo de contrato entre el girador y el girado de un cheque.

La cuenta corriente bancaria se sustenta en un contrato suscrito entre el girador y el banco, previa presentación de una solicitud por parte del primero y aprobada por el segundo luego de las verificaciones de los datos pertinentes.

Las cuentas corrientes bancarias pueden ser:

- Cuentas Corrientes Personales: de una sola persona natural o jurídica.
- Cuentas Corrientes Colectivas o Corporativas: Es la cuenta corriente abierta a nombre de dos o más personas. Podrán disponer de los fondos cualesquiera de ellas, a menos que se haya convenido otra modalidad con la institución bancaria. Los titulares de la cuenta corriente colectiva se obligarán, solidariamente, en el respectivo contrato, por los saldos deudores de la cuenta corriente.
- Cuentas Corrientes De Instituciones Públicas: Es aquella cuyo titular es una institución pública.

Las cuentas corrientes, no serán codificadas ni cifradas y se hallan amparadas por el sigilo bancario, o sea, la prohibición para el banco, de informar sobre la misma sin autorización del titular. Los depósitos que se realicen en las instituciones bancarias y el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos estarán sujetos a sigilo bancario, salvo las excepciones contempladas en la Ley de Instituciones del Sistema Financiero y sus reglamentos⁵⁰.

Para aprobar una solicitud de apertura de cuenta corriente bancaria, el banco deberá verificar que el interesado no se encuentre sancionado con el cierre, suspensión o cancelación por mal uso de una cuenta, en otro banco. Además,

⁵⁰ CHIRIBOGA VALDIVIEZO, Bolívar. Títulos Valor II Derecho Cambiario. Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, año 2007

deberá cerciorarse obligatoriamente, sobre la identidad, solvencia, honorabilidad y antecedentes del solicitante⁵¹. (Pág. 64)

Por el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria, el cuentacorrentista adquiere la facilidad de depositar sumas de dinero y cheques en una institución bancaria y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos disponibles, mediante el giro de cheques u otros mecanismos de pago y registro⁵².

Las instituciones autorizadas para recibir depósitos monetarios suministrarán a los cuentacorrentistas, libretines (chequeras) conteniendo los formularios de cheques, sujetándose a los requisitos legales y a las disposiciones reglamentarias e instrucciones que dicte la Superintendencia de Bancos y registrarán los formularios de cheques entregados, que deberán tener una numeración en sucesión ordenada e individual para cada cuenta corriente.

Los bancos podrán autorizar a determinados cuentacorrentistas la impresión de formularios especiales de cheques, pero estarán obligados a verificar que los mismos cumplan con los requisitos legales y reglamentarios.

⁵¹ CHIRIBOGA VALDIVIEZO, Bolívar. Títulos Valor II Derecho Cambiario. Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, año 2007

⁵² CHIRIBOGA VALDIVIEZO, Bolívar. Títulos Valor II Derecho Cambiario. Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, año 2007

CAPÍTULO V

PRESUPUESTOS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EMISIÓN DE UN CHEQUE

5.1.- Intervinientes en la emisión y pago de un cheque

5.2.- Relaciones entre girador y girado

5.3.- Relaciones cambiarias derivadas del cheque

5.4.- Clases de cheque

5.5.- Pago del cheque

5.6.- Endoso del cheque

5.7.- El aval en un cheque

5.8.- Excepciones oponibles al tenedor

CAPÍTULO V

PRESUPUESTOS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA EMISIÓN DE UN CHEQUE

5.1.- Intervinientes en la emisión y pago de un cheque

En la emisión y pago de un cheque intervienen indiscutiblemente el girador o librador o librado, el girado y el beneficiario.

Girador o Librador: Es la persona natural o jurídica que mantiene fondos en depósito a la vista en una entidad bancaria, sujeto a un contrato de cuenta corriente bancaria, pudiendo disponer total o parcialmente de dichos valores mediante una orden de pago que se realiza a través de la utilización de los cheques.

Girado o Librado: Es una institución bancaria debidamente autorizada para recibir recursos monetarios en depósito a la vista y a plazo, siendo responsable de cumplir con la orden de pago emitida por el girador, previo a la comprobación de la existencia en el cheque de los requisitos determinados en la ley.

Beneficiario: Es la persona natural o jurídica en cuyo favor se ha librado el cheque ya sea en calidad de primer tenedor o de portador sucesivo en caso de existir transferencia del documento.

5.2.- Relaciones entre los intervinientes del cheque

Relaciones entre girador y girado

Esta relación constituye el Derecho interno del cheque, que se regula por el contrato de cheque. Es cuestión extraña al Derecho cambiario del cheque, del mismo modo que es extraña al Derecho de la letra de cambio la relación (civil) entre librador y librado, por cuya virtud éste se obliga a aceptar y pagar la letra que le

dirija aquél. Dos cuestiones fundamentales se deciden en el Derecho interno del cheque: si el librado está obligado frente al girador a pagar el cheque y si el librado está autorizado para este pago⁵³.

Joaquín Rodríguez sostiene que “puede decirse que entre girador y el banco girado existe la relación que se establece entre el acreedor que requiere a su deudor el pago de una cantidad debida.

Insistimos en este aspecto sin compartir la idea de Joaquín Rodríguez que no existe en sentido técnico una acreencia del girador contra el girado, sino que hay una relación contractual de provisión previa de fondos en calidad de depósito, existiendo en el girado una obligación de pagar las órdenes que emita el girador a través de los cheques en cuanto existan los valores suficientes para aquello.

Relaciones entre librador y beneficiario.

Esta relación se regula por el pacto de entrega del cheque, equivalente al pactum cambii en materia de letra de cambio. También se trata aquí de relaciones extracambiarías, dominadas por la relación de valor que explica la creación del cheque como medio de liquidar una situación de crédito entre librador y tomador⁵⁴.

Entre el girador y tenedor la emisión del cheque representa la promesa solemne que el girador hace al tenedor de que le será pagado el importe consignado en el documento. El girador hace así una declaración universal de voluntad, semejante en su estructura jurídica a la de la persona que promete una retribución a quienes llenen determinadas condiciones, o a la de quien hace al público una oferta de mercancías, o a la de quien abre un concurso con determinadas retribuciones, etc, etc.

Relaciones entre girado y beneficiario

⁵³ GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Séptima edición. Editorial Porrúa S.A. México 1984

⁵⁴ GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Séptima edición. Editorial Porrúa S.A. México 1984

Hemos dicho que entre el banco girado y el beneficiario no existe vinculación alguna con motivo de la emisión del cheque, ya que el cheque de por sí no representa una obligación de pago del banco hacia el tenedor sino en tanto en cuanto existan los fondos disponibles para hacerlo y siempre que el documento reúna los requisitos legales para ser pagado.

Solamente por efecto de la negativa de pago, el banco asumiría una obligación de indemnizar los daños y perjuicios que causare al tenedor si dicha negativa es infundada o el retardo en el pago cause efectivamente el perjuicio.

5.3.- Relaciones cambiarias derivadas del cheque

Independientemente de las relaciones subyacentes que vinculen al girador con el tomador o al endosante con su endosatario, la suscripción de un cheque como librador o la firma como endosante produce el efecto de garantía clásico de la letra de cambio: la responsabilidad solidaria en caso de que el cheque no sea pagado. Esta responsabilidad se desenvuelve dentro por cauces distintos de los del Derecho interno del cheque, por lo mismo que vincula a personas que pueden no estar ligadas por lazo causal alguno. Así, el librado responde no sólo frente al tomador, sino frente a los sucesivos endosatarios, y cada endosante responde también frente a todos ellos y no sólo frente a su endosatario. Y como el librado no está nunca obligado cambiariamente frente al tenedor a pagar el cheque, tendremos que si el cheque es girado a la orden, el único obligado al pago frente al tenedor será el librador, si no existe ningún endoso, y el librador y los endosantes si el cheque fue endosado. En el cheque emitido al portador el único obligado cambiario es el librador⁵⁵.

El supuesto para la responsabilidad del librador es la existencia de un cheque válido y suscrito por la auténtica firma de una persona capaz o por su representante

⁵⁵ GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Séptima edición. Editorial Porrúa S.A. México 1984

con poder suficiente. La firma del cheque por el librador no es por sí sola fuente de obligación: ha de realizarse, además, la entrega del cheque⁵⁶.

El supuesto para la responsabilidad de los endosantes es la existencia de un endoso válido o de una serie regular de endosos que enlacen sin solución de continuidad el nombre del endosante con el del tenedor del cheque.

5.4.- Clases de cheque

Entre las varias clasificaciones del cheque he creído conveniente fusionar algunas y sintetizarla en la siguiente:

1. **Cheque Ordinario:** es el cheque que usa comúnmente el librador para efectuar su pago⁵⁷.
2. **Cheque Cruzado:** Es aquel que contiene dos líneas paralelas en el anverso y su pago se canaliza mediante el depósito en una cuenta bancaria.

El cheque cruzado nace de la práctica bancaria inglesa cuando los libradores, suponiendo que el tomador habría de entregar el cheque a su banquero, empieza a escribir el nombre de éste a través del anverso del documento. Más tarde, para facilitar la transmisión a otras personas en vez de designar un banquero determinado, el librado se limitaba a escribir cruzadas las palabras “y Compañía”⁵⁸.

Generalmente se lo suele subdividir en:

- **Cheque Cruzado General:** se presenta cuando el librador o beneficiario trazan en el anverso del documento dos líneas paralelas diagonales, de esta manera, el cheque

⁵⁶ GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Séptima edición. Editorial Porrúa S.A. México 1984

⁵⁷ WWW.Galeon.com

⁵⁸ GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Séptima edición. Editorial Porrúa S.A. México 1984

solamente puede ser cobrado por una institución de crédito convirtiéndose en no negociable y por lo tanto deberá ser depositado⁵⁹. En este tipo de cheque es donde se escribía en ciertas ocasiones las palabras “y Compañía” en referencia a cualquier banquero o persona que haga sus veces.

- Cheque Cruzado Especial: es similar al cheque cruzado general entre las líneas paralelas, se escribe el nombre de la institución de crédito que debe cobrarle, lo cual significa que en dicho banco se deberá depositar por convertirse en no negociable⁶⁰.

Nuestra Ley de Cheques al referirse a este tipo de cheques sigue el postulado doctrinario ya que en su Art. 32 expresa lo siguiente:

“El girador o el portador o tenedor de un cheque puede cruzarlo con los efectos indicados en el artículo siguiente.

El cruzamiento se efectúa por medio de dos líneas paralelas sobre el anverso. Puede ser general o especial. Es general si no contiene entre las dos líneas designación de banco alguno. Es especial si entre las líneas se escribe el nombre de un banco.

El cruzamiento general puede transformarse en cruzamiento especial; pero el cruzamiento especial no puede transformarse en cruzamiento general.

Se considerará como no hecha la tachadura del cruzamiento o del nombre del banco designado”.

⁵⁹ WWW.Galeon.com

⁶⁰ WWW.Galeon.com

La ley especial ecuatoriana respecto a los efectos de los cheques cruzados agrega:

“Art. 33.- El girado no podrá pagar el cheque con cruzamiento general sino a un banco.

El girado solo podrá pagar un cheque con cruzamiento especial al banco designado. No obstante el banco mencionado puede recurrir a otro banco para el cobro del cheque.

El girado no podrá pagar un cheque que contenga varios cruzamientos especiales, a no ser que se trate de dos cruzamientos, uno de los cuales sea para el cobro a través de una cámara de compensación”.

3. **Cheque para Abono en Cuenta:** al cheque ordinario al ser endosado por el beneficiario, si se anota la indicación “para abono en cuenta”, el banco no pagará en efectivo, se debe abonar en la cuenta del depositante⁶¹.

Este tipo de cheque es utilizado en la práctica mercantil cuando el girador o el tenedor desean prohibir el pago en efectivo obligando con ello a que el girado sólo pueda abonar el valor en una cuenta bancaria.

En la historia del cheque aparecen los mandatos de transferencia – verdaderos cheques para abonar en cuenta- como precedente del cheque típico actual dirigido a obtener un pago metálico. El Banco de España los utilizaba antes de que el Código de Comercio reglamentase el cheque⁶².
(Pág. 964)

⁶¹ WWW.Galeon.com

⁶² GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Séptima edición. Editorial Porrúa S.A. México 1984

El efecto propio de esta clase de cheques consiste en que el librado sólo está autorizado para pagar el cheque por vía de un asiento en su contabilidad. Este asiento se hace en forma de abono en la cuenta propia del tenedor del cheque. Se presupone, por tanto, la existencia de una relación bancaria de cuenta corriente entre el librado y el tenedor o un tercero a quién se pueda hacer el abono con autorización del tenedor. El Banco librado cargaría el importe del cheque en la cuenta del librador y lo abonaría en la del tenedor. Una vez realizado el abono en la cuenta indicada por el tenedor, el cheque se considera pagado. (Pág. 964)

Nuestra Ley de Cheques respecto a este tipo de documento lo titula como “cheque para acreditar en cuenta” y menciona en su Art. 34 lo siguiente:

“El girador, así como el tenedor del cheque, pueden prohibir el pago en efectivo, insertando en el anverso la mención transversal "para acreditar en cuenta", o una expresión equivalente. En este caso, el girado solo podrá abonar el cheque mediante un asiento en los libros lo cual equivale al pago.

La tachadura de la expresión "para acreditar en cuenta" se considerará como no hecha”.

Algunos autores suelen denominar a este tipo de cheque como “cheque para contabilidad”.

4. **Cheque Certificado:** Es aquel cheque que contiene escrita la mención de la palabra “Certificado”, la cual ha fechada y firmada por el girado; lo que significa que, el banco girado ha descontado previamente el importe del cheque de los fondos que el girador tiene disponible, con lo cual asegura el pago a su presentación.

Es una modalidad de lo que realmente debería ser un cheque, ya que asegura el pago del documento a su presentación. A través de este tipo de

cheque, el girador se libera de responsabilidad en cuanto al pago transfiriéndola al girado. Se crea en este caso una relación efectiva entre el girado y el tenedor, relación que conceptualmente no debería existir pero que, por el hecho de la certificación, cobra vigencia por la responsabilidad que asume el banco al certificar el pago.

El cheque certificado es el cheque ordinario, al que la institución bancaria certifica (manifiesta o asegura) que tiene fondos suficientes para cubrirlo tiene que ser nominativo y no es negociable desde que se certifica⁶³.

La Ley de Cheques de Ecuador establece en los Arts. 36, 37, 38, 39 y 40, los parámetros formales de la emisión y uso del cheque certificado conforme a los presupuestos mencionados anteriormente.

En cuanto a la forma de emisión y derivación de la responsabilidad del girador al girado, menciona en:

Art. 36: "El cheque que contenga la palabra "certificado", escrita, fechada y firmada por el girado obliga a éste a pagar el cheque a su presentación y libera al girador de la responsabilidad del pago del mismo".

Art. 37.- "La certificación solo tendrá valor cuando se la extienda en cheque a la orden; en caso contrario, se considerará como no escrita.

El cheque certificado no es negociable como valor a la orden.

El beneficiario podrá hacerlo efectivo directamente o por intermedio de un banco".

Como aspecto fundamental y consecuencia lógica de la certificación, se prohíbe la posibilidad de que el cheque certificado pueda ser revocado y

⁶³ WWW.Galeon.com

sólo se admite dejarlo sin efecto en el caso que sea devuelto por el girador; por lo cual nuestra ley prescribe:

Art. 38.- "El cheque certificado no puede ser revocado.

El banco que hubiere certificado un cheque debe dejarlo sin efecto a pedido del girador, siempre que éste devuelva el cheque.

En caso de sustracción, deterioro, pérdida o destrucción, podrá declarárselo sin efecto a petición del girador o del beneficiario, de conformidad con el reglamento dictado por el Superintendente de Bancos".

Art. 39.- Vencido el plazo mencionado en el inciso 1 del artículo 50 o declarado sin efecto el cheque, de conformidad con el artículo anterior, el girador entregará los fondos a quien corresponda.

Art. 40.- En los casos en que la ley exija la presentación de cheques "aceptados", "vistos" o "confirmados" se utilizarán en su lugar, cheques certificados.

5. Cheque de Viajero: los que expiden los bancos para cobrarlos en sus sucursales dentro y fuera del país; las personas que viajan hacen un depósito al banco, quien les extiende cada cheque por un valor determinado. Este tipo de cheques tiende a desaparecer debido al uso cada día más frecuente de la tarjeta de crédito. Estos cheques son nominativos⁶⁴.

Este tipo de cheque es de origen norteamericano. Está reconocido en el Art. 58, párrafo 1º. De la Ley de Ordenación Bancaria. Se usan en los países que admiten su circulación y donde el Banco emisor de los mismos tiene corresponsales⁶⁵. (Pág. 426)

⁶⁴ WWW.Galeon.com

⁶⁵ MARTÍNEZ VAL, José María. Derecho Mercantil. Bosh, Casa Editorial, S.A. – Urgel, 51 bis. Barcelona 1979.

6. **Cheque de Caja:** son los cheques expedidos o emitidos por el banco a cargo de sus propias dependencias. Deben ser nominativos y no negociables⁶⁶.

7. **Cheque circular:** (de origen italiano: assegno circolare) viene a ser un vale bancario. Tiene la finalidad de que sea pagadero en cualquier filial del Banco que lo emite. Pero luego este origen bancario se transformó privatísticamente. Tiene la característica de que debe ser siempre “ a la orden” y pagadero a la vista en todas las direcciones que de cualquier manera indique al emitente, que no están en el propio título, pero que el Banco o Instituto de crédito emitente procura dar a conocer al público para dar mayor impresión de seguridad y facilidad de realización⁶⁷.

8. **No transferibles:** Significa que no pueden ser transferido más que a un Banco y con finalidad de cobro⁶⁸.

5.5.- Pago del cheque

La primera premisa que debemos tener siempre es que el cheque es pagadero a la vista, es decir, que debe ser pagado a su presentación en cualquier agencia o sucursal que mantenga la entidad bancaria en el país, con las limitaciones en cuanto a los montos que, en relación a horarios y tipo de agencias determinen los organismos de control y la reglamentación interna de la entidad bancaria.

Por el pago del cheque se extinguen todas las relaciones jurídicas creadas por el cheque. Los obligados en el cheque (librador y endosante) quedan liberados de su responsabilidad. A más de estos efectos puramente cambiarios, el pago

⁶⁶WWW.Galeon.com

⁶⁷ MARTÍNEZ VAL, José María. Derecho Mercantil. Bosh, Casa Editorial, S.A. – Urgel, 51 bis. Barcelona 1979.

⁶⁸ MARTÍNEZ VAL, José María. Derecho Mercantil. Bosh, Casa Editorial, S.A. – Urgel, 51 bis. Barcelona 1979.

repercute en las relaciones extracambiarias de librador y librado, de éste con el tenedor y de librador y tomador del cheque.

El pago del cheque produce los siguientes efectos:

a) Por hecho del pago la provisión de fondos que tiene el girador en el girado se reduce, ya que una parte de estos, representada por el importe del cheque, es utilizada para cumplir total o parcialmente la obligación pendiente de pago que es reclamada por el tenedor. Puede inclusive presentarse el caso de que, aun cuando no existan los fondos suficientes en la cuenta del girador, haya dinero con el cual cumplir parcialmente la obligación y así debe hacerlo el girado, requiriendo del tenedor el documento original y un recibo por el pago parcial, debiendo a su vez, entregar a éste por la diferencia, un comprobante que hace las veces de un cheque protestado. Respecto a esta posibilidad nuestra Ley de Cheques en su Art. 29 prevee lo siguiente: “El portador o tenedor puede admitir o rehusar, a voluntad, un pago parcial; pero el girado está obligado a pagar el importe del cheque hasta el total de los fondos que tenga a disposición del girador. En caso de pago parcial, el girado puede exigir que se mencione dicho pago en el cheque y se le confiera recibo, y estará obligado por su parte a otorgar al portador o tenedor un comprobante en el que consten todas las especificaciones del cheque y el saldo no pagado. Este comprobante surtirá los mismos efectos que el cheque protestado en cuanto al saldo no cubierto”.

b) En el momento en que el banco paga el cheque surge la obligación del tenedor de entregar el documento debidamente cancelado con firma de responsabilidad para tal acto. Al respecto nuestra Ley de Cheques menciona en su Art. 29 que “El girado, al pagar el cheque exigirá al portador o tenedor la cancelación del mismo”; y, en el Art. 30 sostiene que “El girado que pague un cheque está obligado a comprobar la regularidad en la serie de los endosos y la identidad de la persona a quien lo paga, pero no la firma de los endosantes”.

5.6.- Endoso del cheque

Previamente es necesario revisar que es el endoso como figura jurídica y sus formalidades.

El endoso es una cláusula accesorio e inseparable del título de crédito, en virtud de la cual el acreedor cambiario pone a otro en su lugar, transfiriéndole el título con efectos.

La principal función del endoso es su función legitimadora: el endosatario se legitima por medio de una cadena ininterrumpida de endosos.

El endoso no hace otra cosa que transmitir conjuntamente con el documento los derechos derivados de este, desde el endosante hasta el endosatario que lo sucede en facultad de ejercicio de aquellos; y así lo recoge nuestra Ley de Cheque en su Art. 16 cuando manifiesta: "El endoso transmite todos los derechos resultantes del cheque. Prohíbese los endosos en blanco o al portador".

Son elementos personales del endoso, el endosante y el endosatario. Siendo el primero el que transmite el título y el segundo, la persona a quien el título se transfiere.

Los requisitos de un endoso se sintetizan en:

- Que conste en título o en hoja adherida al mismo, también llamado como principio de inseparabilidad.
- El nombre del endosatario: Es decir, de la persona a quien se transmite el documento. Este no es requisito esencial, ya que se permite el endoso en blanco.
- La firma del endosante o de la persona que suscriba el endoso a su ruego o en su nombre. Este es el único requisito esencial del endoso, el único cuya falta lo anula en forma absoluta.

La figura del endoso ha sido admitida por nuestra legislación como la forma más usual de circulación del cheque, por lo cual la Ley de Cheques en su Art. 13 inciso 1º. dispone:

“El cheque emitido a favor de una persona determinada, con o sin la cláusula "a la orden" es transmisible por medio del endoso”

Cumple en este caso la exigencia doctrinal de que para que exista la posibilidad del endoso, se necesita que el documento sea “a la orden.

Las condiciones del endoso están determinadas en el Art. 14 de la Ley de Cheques y se componen de las siguientes:

- Se entiende como "endoso" a la transmisión de un cheque a la orden, mediante una fórmula escrita en el reverso del documento.
- El Endoso debe ser puro y simple. Se reputará no escrita toda condición a la que se subordine el mismo. No existe posibilidad de condicionamiento para la transmisión de los derechos, ya que este requisito surge de la misma esencia del cheque como instrumento de pago.
- El endoso parcial es nulo. No puede haber la posibilidad de que se transmita una parte de los derechos y se reserve la otra, ya que en ese caso estaríamos frente a dos beneficiarios de un mismo documento que por su naturaleza es indivisible y, como tal, los derechos derivados de este son también inseparables.
- Es igualmente nulo el endoso de personas jurídicas o del girado. Este es un requisito cuestionable a nuestro entender, toda vez que, la persona jurídica tiene a través de su representante legal la capacidad de ejercer sus derechos y también la facultad de disponer de ellos de acuerdo a sus

intereses. Con esta limitación, se impone una barrera notable a la circulación del cheque irrumpiendo en aquella característica de libre circulación que deben tener los títulos valores.

- Sólo pueden endosar cheques las personas naturales, por una sola vez, siempre que el cheque haya sido girado por una suma de dinero de hasta US\$ quinientos 00/100 dólares de los Estados Unidos de América. Los cheques que se emitan por sumas superiores al monto antes determinado, no podrán ser endosados y solo deberán ser pagados a su primer beneficiario. Esta condición fue producto de las reformas que ha sufrido nuestra ley como consecuencia de dar mayor seguridad al pago que se efectúa a través del cheque. El legislador ha pretendido limitar la posibilidad de que alguien pudiera aprovecharse de una tenencia ilegítima del cheque para sacar grandes beneficios, por lo cual ha limitado el valor que se puede endosar a través del documento cambiario.
- La firma que estampe el beneficiario en el cheque para efectos de presentación y cobro, al girado, no se considerará como un endoso propiamente dicho, por lo que no estará comprendido dentro de la limitación a la circulación estipulada en el inciso anterior.
- Tampoco estarán comprendidos dentro de la limitación a la circulación referida anteriormente, la firma que estampe el beneficiario del cheque para efectos de constituir un simple mandato. Vemos aquí como se ratifica el hecho de que el mandato no puede constituir un endoso, porque no hay transmisión de los derechos derivados del documento.

En cuanto a la forma del endoso, nuestra ley en su Art. 15 prescribe dos requisitos:

- El endoso de un cheque debe realizarse en el mismo documento o en una hoja añadida al mismo denominada suplemento. El suplemento debe contener los datos relativos al número del cheque, a la cuenta corriente, al banco girado y al importe.
- El endoso no puede designar al beneficiario, o consistir simplemente en la firma del endosante (endoso en blanco). En este último caso para ser válido, debe estar extendido al dorso del cheque o del suplemento. No entendemos el por qué de esta redacción, ya que al no permitir nuestra legislación el giro del cheque al portador, tampoco permite en su Art. 16 el endoso al portador o en blanco; nos enfrentamos en este caso a una notable y lamentable contradicción dentro de la misma ley.

En cuanto a los efectos del endoso, nuestra Ley de Cheques nos trae las siguientes normas explicativas de este aspecto:

“Art. 16.- El endoso transmite todos los derechos resultantes del cheque. Prohíbese los endosos en blanco o al portador”.

El efecto natural del endoso es la transmisión de los derechos, específicamente en el denominado endoso pleno o en propiedad, que constituye la modalidad clásica a través de la cual el portador transfiere el documento y su contenido de pago únicamente con su firma estampada en el cheque o su suplemento. Para algunos autores aquí surge la responsabilidad solidaria entre el girador y el endosante; aspecto importante que no tiene cabida en nuestra legislación en el caso de que el girador sea el endosante.

El tratadista Santiago Andrade Ubidia destaca la posibilidad de un endoso pleno sin garantía cuando el endosante se exonera de la responsabilidad solidaria mediante la expresión “sin mi responsabilidad” u otra equivalente, en cuyo caso la responsabilidad cesa y el endosante queda liberado de su obligación de responder por el pago del cheque. Nuestra Ley de Cheque en su Art. 17 abre esta posibilidad cuando manifiesta que el endosante mediante cláusula puede eximirse de la garantía de pago. Sólo en el caso de que el girador sea el endosante no tendría cabida esta posibilidad, ya que no puede hablarse de responsabilidad solidaria en una misma y única persona.

Lógica la disposición de que no se permita el endoso en blanco o al portador, ya que aquello es concordante con el hecho de haber prohibido el giro del cheque al portador, para convertir a este documento en un título “a la orden” inclusive para su circulación.

“Art. 22.- Cuando el endoso contenga la mención "valor al cobro", "para cobrar", "por poder", o cualquier otra anotación que indique un simple mandato, el portador o tenedor podrá ejercer todos los derechos derivados del cheque, pero no podrán endosarlo sino a título de procuración. En este caso, las personas obligadas solo podrán invocar contra el portador las excepciones que pudieran alegarse contra el endosante.

La autorización contenida en el endoso por procuración no cesará por la muerte del mandante ni por sobrevenir su incapacidad”.

En esta disposición se habla inadecuadamente de un endoso bajo la figura de un mandato. Hemos dicho que el endoso transmite todos los derechos derivados del cheque, inclusive así lo expresa el Art. 16 de la Ley de Cheques, por lo tanto, no puede confundírsele con el mandato que es una figura relacionada con el encargo o la gestión de alguna actividad, pero que no genera transmisión del derecho de propiedad que es imprescindible para la existencia del endoso. El endoso sólo es

posible cuando transmite el derecho derivado del documento y la facultad de apropiarse del producto de ese derecho.

Una importante aclaración nos trae la Ley de cheques en su Art. 23 cuando manifiesta:

“ El endoso posterior al protesto o efectuado después de la terminación del plazo de presentación, no produce otros efectos que los de una cesión ordinaria.

El endoso sin fecha se presume hecho, salvo, prueba en contrario, antes del protesto o antes de la terminación del plazo a que se refiere el inciso anterior”.

Es lógico que luego del protesto el endoso surta los efectos de la cesión, esto es, que surja la obligación de notificar al “deudor del importe del cheque”; toda vez que, aunque en el aspecto técnico, no pueda hablarse de deudor para designar al girador del cheque por el acto doloso cometido en el caso de que el protesto se deba a insuficiencia de fondos, éste se convierte precisamente en un obligado de una deuda para con el tenedor y, como tal, tendría que ser notificado si el beneficiaria hace uso de la facultad de transmitir sus derechos que se volvieron inclusive litigiosos por la falta de pago. No se trata de una protección al girador, sino de una consecuencia lógica de haber convertido, por negligencia o por dolo del girador, una acción de pago inmediato en una deuda.

5.7.- El aval en un cheque

Nuestra legislación no contempla la posibilidad de la intervención de un aval en el cheque, imposibilidad que resulta del hecho de ser un instrumento de pago y no de crédito.

El capítulo III de la Ley Uniforme de Ginebra sobre el cheque trata del aval en el cheque⁶⁹. (Pág. 565)

El Art. 25 establece que:

“El pago de un cheque podrá afianzarse en todo o en parte de su importe por un aval.

Esta garantía se presta por un tercero, que no sea librado, o también por un firmante del cheque”

A su vez, el Art. 26 dice que:

“El aval podrá efectuarse en el cheque o en un añadido al cheque (allonge).

S expresa por las palabras ``bueno por aval`` o cualquier otra fórmula equivalente. Se firma por el que lo da”.

El Art. 27 dispone:

“El avalista se obliga de igual modo que aquel que se hace garante. Su compromiso es válido, aun cuando la obligación que se ha garantizado sea nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma.

Cuando paga el cheque el da el aval, adquiere los derechos resultantes del cheque contra el garantido y contra quienes sean responsables respecto a este último en virtud del cheque”.

Como se aprecia, la Ley Uniforme ha previsto la posibilidad de que el cheque sea avalizado en todo o en parte de su importe por un aval, quedando obligado quien lo presta de la misma manera que su avalizado.

⁶⁹ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006

A pesar de no decirlo expresamente, nuestra Ley de Cheques abre la posibilidad de una especie de aval, cuando el Art. 17 menciona que “el endosante, salvo cláusula en contrario, garantiza el pago”. Pudiera hablarse aquí del endoso como una forma de incluir un aval tácito en el cheque, tanto así por la responsabilidad solidaria que existe entre el girador y el endosante.

5.8.- Excepciones oponibles al tenedor

El Art. 18 de la Ley de Cheque prescribe la siguiente regla general:

“El beneficiario de un cheque, endosable o no de acuerdo a lo indicado en el artículo 14 que antecede, es considerado como tenedor legítimo”.

Bajo esta regla, cabe como presunción legal que el portador del cheque mantiene una posesión legítima y, si alguien alega lo contrario, debe probarlo.

En este sentido, el o los obligados al pago de un cheque, pueden oponer al tenedor las relaciones con sus antecesores en la obligación, a tal punto que el Art. 21 de la Ley de Cheques prescribe:

“Las personas demandadas en virtud del cheque no pueden oponer al portador o tenedor las excepciones fundadas en sus relaciones con el girador o con los tenedores anteriores, a menos que el portador o tenedor, al adquirir el cheque, haya obrado a sabiendas en perjuicio del deudor”.

Aquí el criterio de nuestro legislador se une al pensamiento doctrinal sobre los títulos valores que los concibe como documentos de naturaleza incausal, es decir, alejados de la causa por la que se lo emite – relación subyacente-. Al impedirse que los obligados en el pago del cheque opongan al tenedor, como excepciones, las relaciones derivadas con el girador o con los endosantes anteriores, se evita la posibilidad de dilatar el proceso de ejecución al que originalmente deben ser

sometidos los cheques por falta de pago. Sostenemos este criterio, por cuanto el pago es inmediato o ``a la vista`` a través del cheque, por lo tanto no admite posibilidad de diferir ese pago en el tiempo a tal punto que genere relaciones determinadas. Equivocadamente la redacción del citado artículo incluye en su parte final la expresión “deudor” para referirse al obligado, olvidando que en el cheque no hay deudor porque su entrega no implica el fundamento de una deuda sino de un pago.

Planteadas las acciones cambiarias por el portador del cheque en contra del girado o del endosante (en los cheques susceptibles de endoso), el demandado puede proponer en su defensa excepciones de dos clases diferentes: unas en relación al derecho incorporado en el título o al negocio que originó el endoso, otras inherentes a las formalidades del documento⁷⁰. (Pág. 565)

Las excepciones inherentes al derecho incorporado en el título o al negocio que originó el endoso son catalogadas como personales, porque tienen relación con el negocio causal que ha originado la emisión o la circulación del cheque; estas excepciones sólo pueden ser planteadas por el girador en contra del primer tomador del cheque, o por el endosante en contra del endosatario⁷¹. (Pág. 565)

El otro grupo de excepciones que puede plantear el girador contra el tenedor del título dice relación con los aspectos literales del documento, o sea que son excepciones objetivas, ya que fluyen del título mismo, por vicios de forma, caducidad de la acción ejecutiva por presentación extemporánea al pago, prescripción o ilegitimidad en la tenencia del mismo. Un cheque no es título ejecutivo cuando no reúne los requisitos establecidos en el Art. 1 de la Ley de Cheque, salvo las excepciones del Art. 2, o ha sido presentado para su cobro fuera

⁷⁰ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006

⁷¹ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006

de los plazos previstos por la ley, o ha transcurrido en exceso el plazo previsto por la ley para que dentro de él se ejercite la acción por la vía ejecutiva⁷².

⁷² ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006

CAPÍTULO VI

EL CHEQUE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

6.1.- Análisis de la Ley de Cheques del Ecuador

6.2.- Contenido del cheque

6.3.- Falta de elementos contentivos del cheque

6.4.- Transmisión del cheque

6.5.- Presentación y pago

6.6.- Modalidades del cheque

6.7.- Acciones por falta de pago

6.8.- Alteraciones

6.9.- Prescripción

6.10.- Aspectos generales

CAPÍTULO VI

EL CHEQUE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

6.1.- Análisis de la Ley de Cheques del Ecuador

Nuestra regulación sobre el cheque nace de la incorporación a la legislación nacional de las disposiciones de la Ley Uniforme sobre el Cheque, adoptada por la Conferencia Mundial del Cheque en Ginebra el 11 de marzo de 1931, del cual nuestro país fue uno de sus signatarios.

Inicialmente nuestra legislación recogía la regulación del uso del cheque dentro del Código de Comercio en el Título X a partir del Art. 490 hasta el 525, según el Decreto Supremo 439 publicado en el R.O. 56 del 16 de septiembre de 1963, lo cual era correcto porque como hemos visto, el cheque es uno de los actos de comercio establecidos en el Art. 3 del referido cuerpo normativo mercantil. Sin embargo, el avance y la evolución del tráfico mercantil, así como la variada utilización que se le ha dado al cheque, hizo que el legislador creara una ley específica para regular tan importante instrumento de negociación, por lo cual surge una codificación publicada en el R.O. 898 del 26 de septiembre de 1975.

Esta ley se halla dividida en diez capítulos que recogen desde el contenido del cheque, sus formalidades, la forma y plazos de presentación al cobro, sus formas de circulación, las acciones por falta de pago, la prescripción de las acciones y las disposiciones generales que regulan el uso del documento de pago.

Una de las importantes reformas que ha sufrido últimamente nuestra Ley de Cheques se dio a través de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributaria Financiera (L. 98-17. RO-S: 11 dic-1998), mediante la cual se prohibió el giro de cheques al portador y el pago a personas distintas del beneficiario. También se dispuso en esta reforma la nulidad del segundo endoso y la obligación de los bancos girados de pagar los cheques girados a la orden. La

causa de estas reformas se atribuye específicamente a la creación del Impuesto a la Circulación de los Capitales mediante la referida ley reformativa.

La referida prohibición se adoptó como un mecanismo para evitar se eluda o evada el pago del ICC; ya que, recayendo dicho tributo, entre otras causas, sobre la acreditación o depósitos en cuenta corriente, se pensó que la subsistencia del cheque al portador o con endosos sucesivos sobre un mismo cheque, podrían generar la práctica de que haciendo circular a dicho título valor no se dé el hecho generador del tributo que era su depósito o acreditación en una cuenta o su presentación al cobro en la ventanilla de un banco.

Por tanto, la causa de las prohibiciones en estudio debieron desaparecer con la abolición del impuesto a la Circulación de Capitales (ICC) (S/RO # 144 del 18 de agosto del 2000, art. 214), no obstante lo cual hasta la fecha se mantiene la derogatoria de las disposiciones de la Ley de Cheques que establecían en la normativa del cheque al portador, el endoso ilimitado del cheque así como la prohibición a los bancos de pagar cheques a personas distintas de las que consten como beneficiarias de ellos; es decir, a los eventuales endosatarios del cheque o a quienes hubiesen adquirido derechos de créditos por vía de cesión ordinaria del mismo.

Varias han sido las normativas reformativa que han derogado tácitamente las disposiciones de la Ley de Cheques que debería ser objeto de una revisión general, inclusive por las últimas reformas al Código Penal que han desnaturalizado la esencia jurídica del cheque como instrumento de pago y convirtiéndolo en un aparente documento de crédito.

6.2.- Contenido del cheque

Al tratar sobre los elementos extrínsecos del cheque revisamos aquellos que forman parte de su contenido y que nuestra Ley de Cheques los sintetiza en:

“Art. 1.- El cheque deberá contener:

1. La denominación de cheque, inserta en el texto mismo del documento y expresada en el idioma empleado para su redacción;

2. El mandato puro y simple de pagar una suma determinada de dinero;

3. El nombre de quien debe pagar o girado;

4. La indicación del lugar del pago;

5. La indicación de la fecha y del lugar de la emisión del cheque; y,

6. La firma de quien expide el cheque o girador.”

Aspectos destacables de esta redacción y concordantes con las nociones doctrinarias son: la denominación del documento bajo prevención de no servir como cheque; la expresa indicación de ser una orden o mandato de pago para evitar confundirlo con un documento que sustente un crédito; el nombre del banco girado como forma de determinar a la persona jurídica encargada de cumplir con la orden; los lugares de pago y emisión para determinar la fecha en que se cuentan los plazos para el cobro; y, la firma del girador como elemento básico esencial que determina al principal responsable por el pago del cheque.

Se trata de un contenido eminentemente formalista que detalla elementos explícitos, no así aquellos elementos relacionados a la capacidad, objeto, causa y consentimiento, que se hallan implícitamente recogidos por los preceptos generales de nuestro derecho positivo.

6.3.- Falta de elementos contentivos del cheque

No obstante la prevención del Art. 2 de nuestra Ley de Cheques al decir que los documentos que no contengan los elementos descritos anteriormente no sirven como cheque, se exceptúa casos expresamente determinados como los siguientes:

“A falta de indicación especial, el lugar designado al lado del nombre del girado se reputará ser el lugar del pago. Cuando estén designados varios lugares al lado del nombre del girado, el cheque será pagadero en el primer lugar mencionado.

A falta de estas indicaciones o de cualquier otra, el cheque deberá pagarse en el lugar en el que ha sido emitido, y si en él no tiene el girado ningún establecimiento, en el lugar donde tenga el girado el establecimiento principal”.

Podríamos decir que cabe una reforma en la redacción de estos incisos explicatorios de la excepciones descritas, sintetizándolos en una redacción sencilla en la que se indique que, el lugar de pago será cualquiera localidad donde el banco girado tenga sucursal o agencia en el Ecuador; toda vez que, la agilidad de los negocios mercantiles han obligado a los bancos a tener mayor cantidad de puntos de atención en todo el país y, consecuentemente, cualquiera de esas localidades donde existan esos centros de negocios pueden se pueden convertir perfectamente en lugares de pago; tanto es así, que en algunos formatos de cheques encontramos la mención “cheque nacional pagadero en cualquier oficina del banco en el país”.

6.4.- Transmisión del cheque

Respecto a la transmisión del cheque hemos visto que la forma esencial establecida por nuestra legislación es la del endoso y, por excepción, se contempla la posibilidad del uso de la cesión ordinaria; así lo determina la ley de la materia:

“Art. 13.- El cheque emitido a favor de una persona determinada, con o sin la cláusula "a la orden" es transmisible por medio del endoso.

El cheque emitido a favor de una persona determinada, con la cláusula "no a la orden" u otra equivalente, no es transmisible sino en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria”.

En líneas anteriores mencionamos que la figura del endoso cabe por cuanto sólo se admite el giro, pago y circulación de cheques a la orden, esto es, con nombre de beneficiario. En el caso de la cesión ordinaria, por su efecto principal de notificar al girador la transmisión del documento, cabe cuando se lo gira como “no a la orden”, con el ánimo de asegurarse que el beneficiario sea siempre distinguible por el librador u obligado principal.

En cuanto a las condiciones para el endoso del cheque en Ecuador, se dispone lo siguiente:

“Art. 14.- Para los efectos de aplicación de esta Ley, se entenderá como "endoso" a la transmisión de un cheque a la orden, mediante una fórmula escrita en el reverso del documento.

El Endoso deberá ser puro y simple. Se reputará no escrita toda condición a la que se subordine el mismo.

El endoso parcial es nulo.

Es igualmente nulo el endoso de personas jurídicas o del girado. Por lo tanto solo podrán endosar cheques personas naturales, por una sola vez, siempre que el cheque haya sido girado por una suma de dinero de hasta US\$ quinientos 00/100 dólares de los Estados Unidos de América. Los cheques que se emitan por sumas superiores al monto antes determinado, no podrán ser endosados y solo deberán ser pagados a su primer beneficiario.

La firma que estampe el beneficiario en el cheque para efectos de presentación y cobro, al girado, no se considerará como un endoso propiamente dicho, por lo que no estará comprendido dentro de la limitación a la circulación estipulada en el inciso anterior.

Tampoco estarán comprendidos dentro de la limitación a la circulación referida anteriormente, la firma que estampe el beneficiario del cheque para efectos de constituir un simple mandato”.

Es importante destacar que nuestra ley impone que el endoso, como forma de transmisión del cheque, no esté sujeto a condicionamientos, ni siquiera a limitaciones de transmisión parcial de los derechos, puesto que los derechos derivados del cheque son indivisibles.

Sorprende mucho como lo dijimos anteriormente, que nuestra ley impida que la persona jurídica pueda endosar el cheque, puesto que aquello significa decir, en otras palabras, que la persona jurídica no puede transmitir la propiedad de sus derechos derivados del documento. Nuestra legislación crea a la persona jurídica como un ente dotado de capacidad para ejercer derechos, así el Código Civil en el 1º. Inciso del Art. 564 las define como:

“Se llama persona jurídica a una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.

Si esta persona jurídica puede ejercer derechos, entre ellos los derivados como beneficiario del cheque, por qué no puede disponer de ellos transmitiéndolo como cualquier persona con capacidad legal. Insistimos en que esta limitación, resta agilidad a la circulación del cheque y al uso que de él hacen todos los días las personas jurídicas comerciantes.

En cuanto al hecho de establecer un monto para el endoso, considero que el legislador hizo bien en establecer la posibilidad de limitar la cantidad que puede

transferirse; pero la redacción debió ir encaminada a que sea el organismo de control bancario, Superintendencia de Bancos y Seguros, la que pueda fijar, de acuerdo a las condiciones del mercado y a otros aspectos técnicos, el monto del importe de los cheques endosables. El fijar una cantidad fija en la ley para el endoso, implica que, para que exista una modificación en el monto, tengamos que ir a una necesaria modificación del cuerpo legal con todo el aspecto burocrático que aquello implica.

El endoso como figura jurídica exige formalidades y, para el caso específico de los cheques, nuestra Ley de Cheques, a pesar de las reformas de la Ley 2002-70 (RO 572: 9-MAYO-2002), todavía contiene en su redacción:

“Art. 15.- El endoso debe escribirse en el cheque o en una hoja añadida al mismo, denominada suplemento.

Debe estar firmado por el endosante. El suplemento debe contener los datos relativos al número del cheque, a la cuenta corriente, al banco girado y al importe.

El endoso no puede designar al beneficiario, o consistir simplemente en la firma del endosante (endoso en blanco). En este último caso para ser válido, debe estar extendido al dorso del cheque o del suplemento”.

Se trata de un texto derogado tácitamente por la ley reformativa, ya que actualmente se impone la prohibición de los endosos en blanco o al portador, como consecuencia lógica de la prohibición de girar y pagar cheques al portador. Tanto es así que, al hablar de los efectos del endoso, se consagra el texto reformado:

“Art. 16.- El endoso transmite todos los derechos resultantes del cheque. Prohíbese los endosos en blanco o al portador”

Pienso que no había necesidad de expresar el efecto que el endoso del cheque genera, porque la figura misma del endoso en general implica la transmisión de los derechos derivados del documento.

Absurdamente nuestra ley consagra la redacción del denominado endoso por procuración:

“Art. 22.- Cuando el endoso contenga la mención "valor al cobro", "para cobrar", "por poder", o cualquier otra anotación que indique un simple mandato, el portador o tenedor podrá ejercer todos los derechos derivados del cheque, pero no podrán endosarlo sino a título de procuración. En este caso, las personas obligadas solo podrán invocar contra el portador las excepciones que pudieran alegarse contra el endosante.

La autorización contenida en el endoso por procuración no cesará por la muerte del mandante ni por sobrevenir su incapacidad”.

Hemos dichos anteriormente en base al aspecto técnico, que el endoso transmite los derechos de propiedad sobre el documento y, en consecuencia, el dominio de los derechos derivados del título; lo cual, no puede ser confundido con un mandato que genera simplemente un encargo o gestión de negocios y no una transmisión de derechos.

Finalmente se acoge la posibilidad de que el endoso sea posterior al protesto, en cuyo caso se establece la siguiente regla:

“Art. 23.- El endoso posterior al protesto o efectuado después de la terminación del plazo de presentación, no produce otros efectos que los de una cesión ordinaria.

El endoso sin fecha se presume hecho, salvo, prueba en contrario, antes del protesto o antes de la terminación del plazo a que se refiere el inciso anterior”.

Habíamos analizado antes el por qué de la figura de la cesión ordinaria luego del protesto. Aunque no cabe decir que exista deudor en un cheque, al menos en apariencia, luego del protesto, debemos reconocer el girador (pagador del cheque) se convierte en una especie de deudor, ya que debe el importe del cheque no pagado por el banco. En este caso específico, debe aplicarse el efecto de la cesión ordinaria que implica notificar al deudor (aparentemente el girador) sobre una posible transmisión del documento, con el objeto de evitar que se formen nuevas relaciones jurídicas con potenciales sucesores beneficiarios del cheque como producto del traspaso de los derechos, sin que aquello sea conocido por él o los obligados directos.

6.5.- Presentación y pago

Respecto a la presentación y pago del cheque, nuestra Ley de Cheques comparte la esencia jurídica de que el cheque, al ser un instrumento de pago, es pagadero a la vista, por lo cual dispone:

“Art. 24.- El cheque es pagadero a la vista. Cualquier mención contraria se reputa no escrita.

A la presentación del cheque el girado está obligado a pagarlo o a protestarlo. En caso contrario, responderá por los daños y perjuicios que ocasione al portador o tenedor, independientemente de las demás sanciones a que hubiere lugar.

Prohíbese a los bancos poner en lugar del protesto cualquier leyenda, con o sin fecha, que establezca que el cheque fue presentado para el pago y no pagado. El banco que infringiere esta prohibición será sancionado por la Superintendencia de Bancos y Seguros con una multa por el valor del correspondiente cheque, la que tendrá el destino señalado en el artículo 244 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, sin perjuicio de las sanciones previstas en el inciso anterior.

Se exceptúan de esta disposición los cheques rechazados por defectos de forma y los presentados después del plazo máximo señalado en el artículo 58 de esta Ley.

El cheque presentado para el pago antes del día indicado como fecha de emisión, debe ser pagado o protestado”.

Nuestra ley sólo admite dos posibilidades a la presentación del cheque: lo paga o lo protesta. Esta duplicidad de opciones en cumplimiento de la orden de pago que no admite excusas ni diferimientos, por lo cual, en caso de falta o insuficiencia de fondos, el protesto es la forma legal que el banco tiene de eximirse de responsabilidad en el cumplimiento de la obligación.

En forma acertada nuestra ley dispone que si no existe el pago ni el protesto, el banco se haga responsable de los perjuicios que este hecho cause al tenedor del cheque y beneficiario de la orden de pago; inclusive es correcta, la prohibición a las entidades financieras de que dilaten el pago o el protesto con otras leyendas evasivas que busquen beneficiar al girador.

Solamente en forma excepcional se permite a los bancos devolver el cheque sin protestarlo, cuando el documento contenga defectos de forma o que hayan sido presentados luego del plazo de ley – luego de los trece meses posteriores a su emisión-; salvedad que cobra sustento en la necesidad de proteger también al girador o girado de posibles fraudes por firmas inconformes, enmendaduras, giros o endosos no permitidos, etc.; así como también por la presentación luego de los trece meses desde la fecha de emisión que es el plazo máximo para aquello.

Para el plazo de presentación nuestra ley trae la siguiente regla:

“Art. 25.- Los cheques girados y pagaderos en el Ecuador deberán presentarse para el pago dentro del plazo de veinte días, contados desde la fecha de su emisión.

Los cheques girados en el exterior y pagaderos en el Ecuador deberán presentarse para el pago dentro del plazo de noventa días, contados desde la fecha de su emisión.

Los cheques girados en el Ecuador y pagaderos en el exterior se sujetarán para la presentación al pago, a los términos o plazos que determine la ley del estado donde tenga su domicilio el banco girado”.

Dentro de los plazos referidos, el banco, por expresa disposición del Art. 24 referido anteriormente, sólo puede pagarlo o protestarlo, sin que pueda negarse a tomar una de esas opciones, ya que aquello, como dijimos, le acarrearía la obligación de responder de los perjuicios que esta negativa causare al tenedor, surgiendo en ese momento, una relación excepcional entre girado y tenedor del cheque. Esta negativa implica también la imposición a la entidad bancaria de una multa por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros, haciendo uso del control que el Estado debe hacer sobre las entidades financieras respecto a l cumplimiento de la ley.

También es importante destacar la prescripción de la Ley de Cheques que determina en el inciso 1º. del Art. 26 que “la presentación del cheque a una cámara de compensación equivale a la presentación para el pago”. Una de las finalidades de las cámaras de compensación es precisamente la canalización del pago, desde sus inicios con los primeros banqueros que permitían hacer efectivas las órdenes de pago emitidas a través de las letras de cambio, las mismas que eran giradas por sus socios en otras plazas.

La Ley ecuatoriana también admite la posibilidad de revocar o suspender la orden de pago del cheque:

“Art. 27.- El girador podrá revocar un cheque comunicando por escrito al girado que se abstenga de pagarlo, con indicación del motivo de tal revocatoria, sin que por esto desaparezca la responsabilidad del girador.

A petición del portador o tenedor que hubiere perdido el cheque, el girador está obligado, como medida de protección transitoria a suspender por escrito la orden de pago.

No surtirá efecto la revocatoria del cheque cuando no exista suficiente provisión de fondos y, en este caso, el banco estará obligado a protestar el cheque.

El girado deberá retener el importe del cheque revocado hasta que un juez resuelva lo conveniente, o hasta que el girador deje sin efecto la revocatoria, o hasta el vencimiento del plazo de prescripción señalado en el inciso primero del artículo 50, o hasta cuando se declare sin efecto el cheque por sustracción, deterioro, pérdida o destrucción, de conformidad con el reglamento dictado por el Superintendente de Bancos y Seguros”.

Para el caso de la revocatoria es necesaria la comunicación motivada por escrito, la cual permite al girado retener los fondos hasta que ocurra lo siguiente:

- a) La disposición judicial sobre lo pertinente.
- b) El retiro de la revocatoria cuando sen supere su causa a criterio del girador.
- c) Venza el plazo para la presentación.

Lo que se ha querido fundamentalmente es no perjudicar al girador por efectos de una tenencia ilegal del cheque; y, a la vez, proteger al tenedor mediante la retención de los fondos; quedando eso sí, la obligación de no aceptar la revocatoria cuando no hay la suficiencia de fondos, porque de lo contrario se beneficiaría al girador dejando a su voluntad el pago después del giro y entrega del cheque.

La suspensión sólo cabe en caso de pérdida del cheque en manos del tenedor, en cuyo caso el girador está obligado a suspender la orden de pago, siempre que el cheque no haya sido cobrado al momento que el tenedor se lo pida.

Finalmente, se exige el cumplimiento de formalidades para el momento del pago:

“Art. 29.- El girado, al pagar el cheque exigirá al portador o tenedor la cancelación del mismo.

El portador o tenedor puede admitir o rehusar, a voluntad, un pago parcial; pero el girado está obligado a pagar el importe del cheque hasta el total de los fondos que tenga a disposición del girador.

En caso de pago parcial, el girado puede exigir que se mencione dicho pago en el cheque y se le confiera recibo, y estará obligado por su parte a otorgar al portador o tenedor un comprobante en el que consten todas las especificaciones del cheque y el saldo no pagado. Este comprobante surtirá los mismos efectos que el cheque protestado en cuanto al saldo no cubierto”.

Es importante aclarar que luego del pago por parte del banco, el beneficiario debe cancelar la obligación contenida en el cheque. La práctica bancaria nos permite observar el hecho de que es el mismo banco el que pone en el reverso del cheque un sello con la palabra “cancelado” pero sobre la firma de la persona que cobra, con lo cual se cumple la exigencia del Art. 29.

Cabe resaltar la importancia de la obligación del banco de pagar hasta la totalidad de los fondos que exista en la cuenta del girador en caso de que estos no alcancen a cubrir el importe, pero aquello depende de la voluntad del beneficiario que, puede aceptar el pago parcial y reservarse el derecho a reclamar la diferencia por las vías legales existentes, o reservarse el derecho a reclamar la totalidad en el momento oportuno ante las autoridades competentes.

6.6.- Modalidades del cheque

Sobre las modalidades del cheque, nuestra ley recoge el criterio básico doctrinal y establece las siguientes clases de cheques:

Cheque certificado

Concebido entre nosotros como aquel que contiene las líneas paralelas en el anverso y cuyo efecto principal es el pago del importe a un banco, por lo cual se prescribe:

“Art. 32.- El girador o el portador o tenedor de un cheque puede cruzarlo con los efectos indicados en el artículo siguiente.

El cruzamiento se efectúa por medio de dos líneas paralelas sobre el anverso. Puede ser general o especial. Es general si no contiene entre las dos líneas designación de banco alguno. Es especial si entre las líneas se escribe el nombre de un banco.

El cruzamiento general puede transformarse en cruzamiento especial; pero el cruzamiento especial no puede transformarse en cruzamiento general.

Se considerará como no hecha la tachadura del cruzamiento o del nombre del banco designado”.

“Art. 33.- El girado no podrá pagar el cheque con cruzamiento general sino a un banco.

El girado solo podrá pagar un cheque con cruzamiento especial al banco designado. No obstante el banco mencionado puede recurrir a otro banco para el cobro del cheque.

El girado no podrá pagar un cheque que contenga varios cruzamientos especiales, a no ser que se trate de dos cruzamientos, uno de los cuales sea para el cobro a través de una cámara de compensación”.

Cheque para acreditar en cuenta

Surge de la necesidad del girador de asegurarse que el beneficiario original sea quien cobre el importe, así nuestra ley dispone:

“Art. 34.- El girador, así como el tenedor del cheque, pueden prohibir el pago en efectivo, insertando en el anverso la mención transversal "para acreditar en cuenta", o una expresión equivalente. En este caso, el girado solo podrá abonar el cheque mediante un asiento en los libros lo cual equivale al pago.

La tachadura de la expresión "para acreditar en cuenta" se considerará como no hecha”.

Cheque certificado

Habíamos dicho anteriormente que esta es la forma real que debería tener el cheque por el efecto característico de asegurar el pago, así se lo contempla como:

“Art. 36.- El cheque que contenga la palabra "certificado", escrita, fechada y firmada por el girado obliga a éste a pagar el cheque a su presentación y libera al girador de la responsabilidad del pago del mismo”.

“Art. 37.- La certificación solo tendrá valor cuando se la extiende en cheque a la orden; en caso contrario, se considerará como no escrita.

El cheque certificado no es negociable como valor a la orden.

El beneficiario podrá hacerlo efectivo directamente o por intermedio de un banco”.

Las formalidades implican que el cheque certificado sólo pueda ser “a la orden” para ser congruente con el postulado de nuestro derecho positivo y que no pueda circular por endoso sino que deba ser pagado al primer beneficiario.

“Art. 38.- El cheque certificado no puede ser revocado.

El banco que hubiere certificado un cheque debe dejarlo sin efecto a pedido del girador, siempre que éste devuelva el cheque.

En caso de sustracción, deterioro, pérdida o destrucción, podrá declarárselo sin efecto a petición del girador o del beneficiario, de conformidad con el reglamento dictado por el Superintendente de Bancos”.

La imposibilidad de revocatoria es lógica por la naturaleza misma de este tipo de cheques que asegura al beneficiario el pago.

6.7.- Acciones por falta de pago

Las acciones por falta de pago surgen a partir del protesto que realiza la entidad bancaria, por lo cual prescribe:

“Art. 41.- El portador o tenedor podrá ejercitar sus acciones contra el girador, los endosantes y los demás obligados, cuando, presentado el cheque en tiempo hábil, no fuere pagado, siempre que la falta de pago se acredite por protesto; en cualquiera de las formas siguientes:

1. Por declaración del girado, fechada y escrita en el cheque;
2. Cuando el girado se negare a extender la declaración mencionada en el numeral anterior, un juez competente o notario del domicilio del banco, a petición

verbal o escrita del portador o tenedor, requerirá al banco el pago del cheque, y, en caso de negativa, extenderá el protesto haciendo constar el requerimiento, la negativa al pago

y la razón de ésta;

3. Por declaración fechada de una cámara de compensación, en que conste que el cheque ha sido enviado en tiempo hábil y no ha sido pagado”.

El protesto ha sido definido como 5) “el acto cambiario que permite ejercer las acciones pertinentes para obtener por la vía judicial el pago del cheque emitido por el girador”. En consecuencia, dice Alvear Icaza, “debe realizarse oportunamente, caso contrario la negligencia del portador en la presentación del título al girado ocasionaría la caducidad de su derecho a ejercer la acción cambiaria por la vía ejecutiva, y la negligencia del girado de protesta el cheque al momento que fue recibido para su pago, puede perjudicar los derechos del beneficiario”⁷³. (Pág. 571 - 572)

Nuestra ley ha previsto tres posibilidades que tiene el beneficiario del cheque cuando el banco girado sin causa legalmente establecida se niegue a protestar el documento, por lo cual es importante destacar cuáles son las motivaciones para que nuestra ley determine estas tres posibilidades de protestos, en especial, aquellas que no derivan de un acto formal del banco; porque no se ha definido claramente, si la devolución por defectos de forma constituye un protesto, ya que formalmente no pudiera serlo. Pensemos entonces que pasaría si una vez girado el cheque y presentado por el beneficiario al banco, éste lo devolviera por defecto de forma (firma inconforme, enmendadura, deterioro, etc.). Lo lógico sería que, si de buena fe fue entregado por el girador y recibido por el tenedor, el girador proceda a elaborar un nuevo cheque una vez que se le devuelva el primero por parte del beneficiario, en estricto cumplimiento de un pago. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el girador se niegue a emitir y otorgar un nuevo cheque en cambio del que

⁷³ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006

inicialmente había entregado; lo cual, convertiría al pago que debió ser inmediato a través del cheque -sustituto del dinero- en una obligación diferida en el tiempo, es decir, nos encontraríamos en una conversión del pago inmediato en una deuda, contrastando con ello la verdadera esencia del cheque al convertirlo en ese caso en un instrumento de crédito. Ante esto, es lógico que el legislador haya querido proteger al beneficiario que quedaría a expensas de la voluntad del girador, creando diversas modalidades del protesto evitando con esto que el librador utilice la negativa del banco a protestar en una ventaja a su favor.

Este criterio respecto al protesto recoge gran interés e importancia cuando nuestra Ley de Cheques en su Art. 42 manifiesta:

“El portador o tenedor que no presentare el cheque para el pago dentro del plazo legal, perderá su acción contra los endosantes; y contra el girador, cuando, habiendo tenido fondos, se llegaren a perder, después de expirado el plazo, por haberse declarado en liquidación al banco”.

6.8.- Alteraciones

Respecto a las alteraciones el Art. 49 de nuestra Ley de Cheques manifiesta:

“Art. 49.- En caso de alteración del texto de un cheque, los firmantes posteriores a la alteración quedarán obligados con arreglo a los términos del texto; pero los firmantes anteriores lo estarán solamente con arreglo al texto original”.

Muy lógica esta disposición, ya que lo que se pretende es no perjudicar al girador o endosante responsabilizándolos de hechos posteriores al giro o endoso. La responsabilidad dolosa o culposa en la alteración sólo puede originarse a partir del conocimiento de la misma; y, en caso de no existir tal conocimiento, la responsabilidad sólo debe alcanzar al texto original que describe literalmente la obligación contenida en el cheque y que surgió de la voluntad del girador o

endosante. La alteración irrumpe la voluntad de quien suscribió la obligación original y, como tal, no extiende la responsabilidad de éste en el tiempo.

6.9.- Prescripción

La prescripción es definida en nuestro Código Civil como:

“Art. 2392.- Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción”.

Esta figura es esencialmente extintiva del ejercicio de derechos y respecto a los que corresponden a los beneficiarios del cheque y a sus obligados, nuestra Ley de Cheques prescribe:

“Art. 50.- Las acciones que correspondan al portador o tenedor contra el girador, los endosantes y demás obligados, prescriben a los seis meses contados desde la expiración del plazo de presentación.

Las acciones que correspondan entre si a los diversos obligados al pago de un cheque, prescriben a los seis meses, a contar desde el día en que un obligado ha pagado el cheque o desde el día en que se ha ejercitado una acción contra el.

La acción de enriquecimiento ilícito prescribe en el plazo de un año a partir de la fecha en que hayan prescrito las acciones indicadas en los incisos anteriores de este artículo”.

“Art. 51.- La interrupción de la prescripción solo produce efectos contra aquel respecto del cual se ha realizado el

acto que la interrumpe”.

6.10.- Aspectos generales

Entre sus disposiciones generales, la Ley de Cheque prescribe los siguientes aspectos importantes:

“Art. 53.- La denominación "girado" o "banco" usada en esta ley, corresponde a toda persona o institución autorizada legalmente para recibir depósitos monetarios”.

“Art. 55.- Los bancos suministrarán a sus clientes los formularios de cheques, con numeración sucesiva, en libretas talonarias, previo recibo.

Podrán también autorizar a determinados clientes la impresión de formularios de cheques, que cumplan los requisitos legales y reglamentarios, los que serán registrados debidamente por el Banco”.

“Art. 56.- La persona que utilizare un cheque como instrumento de crédito, admitiendo a sabiendas un cheque posdatado, con excepción del girado para efectos del pago, será multado con el veinte por ciento del importe del cheque. Además solo podrá hacerse efectivo el valor de tal cheque, en caso de falta de pago, mediante acción ordinaria.

El juez que conociere de la causa en que se compruebe la admisión de un cheque posdatado, en las condiciones del inciso anterior, estará obligado a imponer al portador o tenedor la multa antes indicada y a comunicarle al Director General del Servicio de Rentas Internas para que la haga efectiva”.

“Art. 58.- El girado puede pagar un cheque aún después de expirar los plazos establecidos en el Art. 25 y dentro de los trece meses posteriores a la fecha de su emisión”.

“Art. 59.- Los bancos enviarán mensualmente a sus cuenta correntistas un estado de la cuenta con el movimiento respectivo”.

“Art. 60.- La pérdida causada por el pago de un cheque falsificado no comprendido en la numeración del girador, corresponde al girado.

La pérdida causada por el pago de cheques falsificados, comprendidos en la numeración del girador, corresponde a éste o al girado, según tenga uno u otro culpa en la pérdida. Si ninguno de los dos tuviere culpa, la pérdida corresponderá al girado.

Si el girador no reclamare dentro de los seis meses de presentado por el girado el estado de la cuenta corriente indicado en el artículo anterior, en el que conste el pago de cheques falsificados, la pérdida causada por el pago de tales cheques corresponderá al girador.

Prohíbese toda estipulación contraria a lo dispuesto en este artículo”.

“Art. 61.- Los bancos podrán usar el sistema de microfotografía para archivar todos los datos que consten en los cheques pagados por ellos y otros datos del movimiento de cuentas corrientes, obteniendo previamente del Superintendente de Bancos la autorización respectiva, de acuerdo con el reglamento dictado por este funcionario.

Obtenidas las microfotografías el banco podrá devolver los cheques al girador.

La fotocopia de un cheque otorgado por un banco autorizado para usar este sistema, tendrá el mismo valor probatorio que el cheque original, y no podrá ser conferida sino al pedido del Superintendente de Bancos, de un juez competente o de cualesquiera de los suscriptores del cheque, y a costa del interesado”.

CAPÍTULO VII

EL CHEQUE DE PAGO DIFERIDO

7.1.- Antecedentes

7.2.- Concepto

7.3.- Diferencias con el cheque postdatado

7.4.- Diferencias con el cheque común

7.5.- Teoría para su legalización

CAPÍTULO VII

EL CHEQUE DE PAGO DIFERIDO

7.1.- Antecedentes

Al unificarse criterios a nivel mundial, sobre las normas que regulan el cheque (siglos XVIII, XIX y XX), se tuvo la intención de legalizar un título de valor pagadero a la vista, con el fin de que fueran efectivados al momento de ser presentados al cobro ante un Banco girado, sin perjuicio de poder ser endosados, facilitando con ello la ágil circulación de estos documentos, representativos de cuantiosas sumas dinerarias que no se podrían trasladar fácilmente de un lugar a otro⁷⁴.

Pero la normatividad jurídica no puede estancarse ante las realidades sociales del entorno. De ahí que los comerciantes en general, contraviniendo la naturaleza jurídica para la que fue creado el cheque, lo empezaran a usar como instrumentos de crédito (al igual que una letra de cambio o pagaré), dando origen a los llamados "cheques posfechados", que no tienen amparo jurídico ni legal alguno, pues su uso implica, por una parte, falsear la verdadera fecha de emisión del documento, y por otra, cambiar la finalidad para la que fue creado el cheque, esto es, ser una orden incondicional de pago a la vista (pagadero a su sola presentación ante el girado)⁷⁵.

Ya que un sector considerable de personas en todo el mundo desnaturalizan al cheque al usarlo como título de crédito, algunos países (Uruguay, Paraguay, Perú y Argentina) han tenido que encontrar una solución al problema, solución que implica, por un lado, que se conserve la institución del "cheque" como orden de pago a la vista, y por otra, dar la posibilidad de que el girador pueda pagar por medio de un cheque sus obligaciones, con la condición de que éste sea presentado al cobro después de un plazo determinado por el girador⁷⁶.

⁷⁴ www.monografias.com/trabajos42/cheque-diferido/cheque-diferido.shtml

⁷⁵ www.monografias.com/trabajos42/cheque-diferido/cheque-diferido.shtml

⁷⁶ www.monografias.com/trabajos42/cheque-diferido/cheque-diferido.shtml

El resultado fue la creación de una nueva institución jurídica denominada "cheque de pago diferido" (Ch.P.D.), diferente al "cheque común" que todos conocemos. Esto significa que ahora deberán existir dos instituciones jurídicas diferentes: los "Cheques de Pago Diferido" y los "Cheques ordinarios o comunes". Los primeros son pagaderos después de un plazo determinado, mientras que los segundos son pagaderos a la vista, esto es a su sola presentación ante el banco.

Los antecedentes del Cheque de Pago Diferido los encontramos en nuestro subcontinente pues este instrumento jurídico ha sido creado por juristas latinoamericanos, lo que de por sí resulta importante teniendo en cuenta que usualmente las nuevas figuras o instrumentos jurídicos son creados en Europa o en Estados Unidos. De esta manera fue en la República Oriental del Uruguay donde se emitió la primera norma sobre Cheque de Pago Diferido, nos referimos a la Ley N° 14412 del 29 de julio de 1975, publicada en el diario oficial el 14 de agosto de 1975, denominada "Ley de Cheques", la misma que define al Cheque de Pago Diferido, lo diferencia del cheque común, regula sus enunciaciones esenciales, establece el plazo para su presentación a cobro, entre otros aspectos; resultando por cierto una novedad jurídica que produjo un gran debate en Uruguay, según refiere Villegas⁷⁷.

El siguiente país en incorporar el Cheque de Pago Diferido a su legislación fue Argentina, por Ley N° 24.452 del 08 de febrero de 1995, considerándose al mismo como un título a "días vista", siendo el caso que inicialmente resultaba necesario presentarlo a la entidad bancaria girada a efectos de su "registración". Posteriormente, se introdujeron reformas mediante la Ley N° 24.760, que determinaron que el beneficiario o ulterior endosatario sean quienes decidan si registran o no el Cheque de Pago Diferido. Asimismo, se brinda una definición legal de este instrumento y se señala el plazo que debe transcurrir para su presentación a cobro⁷⁸.

⁷⁷ www.jusdem.org.pe

⁷⁸ www.jusdem.org.pe

El siguiente antecedente regional lo encontramos en Paraguay, país en el cual se promulgó la Ley N° 805 del 16 de enero de 1996, que “crea la figura del Cheque de Pago Diferido” vía modificación del Código Civil paraguayo.

Pérez Fontana sostiene que esta modalidad fue creada para evitar la práctica, también frecuente en Uruguay, del giro de cheques postdatados⁷⁹.

7.2.- Concepto

El jurista argentino Dr. Oswaldo Gómez Leo define al Cheque de Pago Diferido como un título de crédito cambiario, abstracto, formal y completo, que contiene una orden incondicionada de pago a una fecha futura y determinada, librado contra un banco, para que pague al portador legitimado que presente el Cheque de Pago Diferido, una suma determinada de dinero si hubiera suficiente provisión y disponibilidad de fondos en la cuenta contra la cual se giró, y que en caso de ser rechazado, con las debidas constancias, otorga acción cambiaria y ejecutiva contra el librador y, en su caso, contra todos los demás firmantes⁸⁰.

De esta definición se puede colegir que el Cheque de Pago Diferido es una forma disfrazada de una letra de cambio, ya que consiste en una orden de pago girada a una fecha determinada, con la única variante de que dicha orden es emitida contra un banco. En la fecha determinada como vencimiento, el girador debe tener los fondos suficientes para cubrir el importe del cheque o una autorización del banco para girar al descubierto.

No cabe duda que esta institución convierte al cheque en un instrumento de crédito, desnaturalizando su esencia jurídica como documento de pago y de inmediata conversión en dinero.

⁷⁹ .- ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006.

⁸⁰www.monografias.com/trabajos42/cheque-diferido/cheque-diferido.shtml

Para el tratadista Santiago Andrade Ubidia, esta modalidad de cheque, al igual que el cheque común, es un título valor que es un medio de pago, pero su característica esencial consiste en “no poder ser presentado al cobro antes de la fecha estipulada en el mismo, por lo que hasta ese momento puede desempeñar las funciones que normalmente corresponden a otros títulos valores como las letras de cambio y los vales, aunque estos títulos también se utilizan como medios de pago⁸¹.

De esta definición podemos colegir que el cheque de pago diferido tiene dos momentos en su vigencia:

- a) Un primer momento en que funciona como un documento de crédito, como cualquier libranza a una fecha determinada como vencimiento.
- b) Un segundo momento en que funciona como instrumento de pago, donde adopta la característica esencial del cheque para lo cual debe ser presentado al pago el día que figura como vencimiento.

En Argentina el plazo máximo admitido para la emisión de un cheque de esta naturaleza es de 360 días.

7.3.- Diferencias con el cheque postdatado

Aun cuando en la práctica no se notan las diferencias sustanciales entre el cheque de pago diferido y el cheque postdatado, se pueden distinguir las siguientes características:

- a) El cheque posdatado surge cuando en el espacio indicado para llenar la fecha de emisión, en lugar de escribir la fecha en que realmente se emite el documento, se escribe una fecha futura. En cambio, el cheque de pago diferido, además de la fecha de emisión contiene la fecha futura en que debe hacerse el pago.

⁸¹ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006.

- b) En el cheque postdatado surge la falsedad cuando la fecha de emisión del documento se convierte en una fecha futura de pago; en el cheque de pago diferido, no hay necesidad de falsear el texto, porque hay dos espacios: uno para indicar la fecha real emisión, y otro, para indicar la fecha futura de pago.

7.4.- Diferencias con el cheque común

Es necesario señalar que tanto el cheque común como el cheque de pago diferido contienen los mismos requisitos, con la sola diferencia de que éste último tiene un requisito adicional, que es la fecha o plazo futuro en que el cheque puede ser presentado al banco para su cobro, además de la fecha en que ha sido emitido. Mientras que el cheque común es una orden pura, simple e incondicional de pago a la vista (esto es, pagadera ante la sola presentación ante el Banco), el cheque de pago diferido en cambio es una orden de pago a plazo, que sólo se la puede ejecutar una vez que se cumpla la fecha determinada en el documento, a día fijo, hasta la cual esta "diferido" el pago del cheque⁸².

Hay autores que suelen utilizar el siguiente cuadro comparativo:

Cheque común	Cheque de pago diferido
Pagadero a la vista	Pagadero a fecha fija
No es registrable	Es registrable (optativo)
No puede ser avalado por el girado	Puede ser avalado por el girado
Puede ser certificado	No puede ser certificado
No es endosable en garantía	Es endosable en garantía
Hay delito por falta de fondos	No hay delito por falta de fondos

⁸² www.monografias.com/trabajos42/cheque-diferido/cheque-diferido.shtml

7.5.- Teoría para su legalización

En Argentina este instrumento fue introducido por el Decreto N° 386/03 especialmente para que las PyME pudieran acceder a una fuente de financiamiento diferente de las existentes hasta el momento. Su negociación en BC y MV posibilitó una sensible reducción del costo financiero en que debía incurrirse para obtener fondos de modo anticipado, así como una mayor transparencia en la operatoria⁸³.

El cheque de pago diferido realza su calidad de instrumento de crédito, precisamente porque a través del mismo, su librador obtiene de su acreedor, un determinado plazo para abonar la obligación que le dio origen. De modo tal que la aceptación de un cheque de pago diferido, se hace a sabiendas que el librador no posee fondos en su cuenta en ese momento sino que necesita del plazo de diferimiento acordado, para recomponer los fondos necesarios que permitan abonar y cancelar el cheque al momento de su vencimiento y presentación al cobro⁸⁴.

Quien libra un cheque de pago diferido, lo hace porque necesita dinero, cuya disponibilidad es “a futuro”, de modo que quien acepta ese cheque de pago diferido debe presentarlo al cobro recién cuando se ha agotado el plazo de diferimiento consignado. Mientras ese plazo está corriendo la función de pago se mantiene latente y si el cheque se presenta no puede ser recibido por el banco⁸⁵.

El Cheque de Pago Diferido es un cheque especial, y constituye una radical innovación respecto a la concepción tradicional del cheque como instrumento de pago, sustituto de dinero, o cuasi dinero, pues como indican Beaumont y Castelares, efectuando una comparación entre el cheque común y el Cheque de Pago Diferido: “La regla es que no puede ser emitido con condición o cláusula alguna que establezca un plazo para su presentación al pago...Tal regla tiene su

⁸³ www.cnv.gov.ar/EducacionBursatil/versionpdf/ChequePagoDiferido.pdf

⁸⁴ <http://www.ele-ve.com.ar/Cheque-comun-y-cheque-de-pago-diferido.html>

⁸⁵ <http://www.ele-ve.com.ar/Cheque-comun-y-cheque-de-pago-diferido.html>

excepción con este cheque especial, en el que se admite bajo ciertas condiciones y sin afectar la calidad de cheque, que quede en suspenso el derecho que tiene el tenedor de presentarlo al cobro, por breve término...”⁸⁶

Personalmente considero que esta figura del cheque de pago diferido no debería existir con esa denominación, puesto que en esencia es una libranza con vencimiento, lo cual contraría la naturaleza jurídica del cheque como instrumento cambiario de pago inmediato.

Los países que han acogido esta modalidad del cheque coinciden en que es la mejor forma de evitar el uso y abuso de los cheques postdatados, sin embargo, vemos que en la práctica ambos documentos cumplen igual función mercantil y sólo en el momento del ejercicio de las acciones podrían experimentar diferencias sustanciales.

En nuestro país todavía no se ha acogido la idea de otros países sudamericanos que ya han incorporado al cheque de pago diferido en sus legislaciones, seguramente porque nuestro legislador, tan venido a menos en los últimos años por su incapacidad para mejorar nuestro sistema legal, no ha profundizado en las necesidades del tráfico mercantil, a tal punto que seguimos manteniendo un Código de Comercio con instituciones tan antiguas que hoy en día sólo quedan en la letra muerta de la ley.

Esperemos que en el momento en que nuestro legislador adopte la posibilidad de incluir a esta figura del cheque de pago diferido, por lo menos tenga el acierto de darle una denominación distinta que le permita ser útil para la actividad mercantil sin desnaturalizar la esencia jurídica del cheque como instrumento de pago.

⁸⁶ www.jusdem.org.pe

CAPÍTULO VIII

ACCIONES JUDICIALES RELATIVAS AL CHEQUE

8.1.- Acción Ejecutiva

8.2.- Acción verbal sumaria

8.3.- Acción Ordinaria

8.4.- Acción penal por giro de un cheque con insuficiencia de fondos

8.5.- Acción penal por giro contra cuenta cerrada.

8.6.- Análisis de la reforma al Código Penal Ecuatoriano respecto al giro de un cheque con insuficiencia de fondos.

8.7.- Tenencia ilícita del cheque.

8.8.- El delito de enriquecimiento ilícito por mala fe en el cobro de un cheque.

CAPÍTULO VIII

ACCIONES JUDICIALES RELATIVAS AL CHEQUE

8.1.- Acción Ejecutiva

Antes de hablar de la acción ejecutiva para el ejercicio de los derechos derivados del cheque, es necesario determinar el fundamento jurídico que nos permita intentar esta vía procesal ante la falta de pago del documento cambiario en análisis.

Al respecto, nuestro Código de Procedimiento Civil en su Art. 413 menciona que: “son títulos ejecutivos entre otros, aquellos a los que las leyes especiales le dan esa calidad”; por lo cual y concordante con lo anterior, el Art. 57 de la Ley de Cheques señala:

“El cheque no pagado por falta o insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación, constituye título ejecutivo. Igualmente constituye título ejecutivo el comprobante a que se refiere el inciso 3o. del Art. 29 de esta Ley”.

Aquí partimos de la premisa de que nuestra ley califica como título ejecutivo al cheque no pagado falta o insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación; por lo cual, se puede colegir que, sólo cuando ocurren estos dos eventos mencionados, es cuando el cheque adquiere la calidad ejecutiva, antes de aquello no podríamos hablar del cheque como un título ejecutivo. En definitiva, el cheque inicialmente no es por su solo giro un título ejecutivo, sino únicamente cuando no hay fondos para su pago y el banco así lo determina mediante un protesto que se convierte en un elemento adicionado al giro.

Una vez que el banco ha puesto sobre el cheque el protesto por falta o insuficiencia de fondos, el documento adquiere las características que exige el Art. 415 del Código de Procedimiento Civil que en su inciso primero menciona que para que las obligaciones sean exigibles en juicios ejecutivos, es necesario que estas sean claras, determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido.

No olvidemos que el cheque es una orden de pago inmediato, es decir, pagadera a la vista sin posibilidad de vencimiento ni de presentación para aceptación, por lo cual, en el momento del giro, ésta adquiere la calidad de ser clara, determinada, líquida y pura, mientras que cuando el documento es presentado al banco para su pago y no existen en la cuenta del girador los fondos para aquello o estos son insuficientes, dicha obligación adquiere adicionalmente la de ser de plazo vencido, cumpliendo de esta manera la exigencia necesaria para ser requerida por la vía judicial ejecutiva.

Para el efecto, el cheque debe ser utilizado de acuerdo a su naturaleza jurídica y por ello presentado al girado en los plazos previstos por la ley. Como se indicó antes, los Arts. 25 y 26 de la Ley de Cheques señalan los plazos para la presentación al pago. La justificación de los plazos radica en el hecho que el legislador considera que el período establecido, atendiendo las circunstancias del giro, es suficiente para que se presente el título al girado a fin de que lo pague, ya que de mantenerse la provisión de fondos por más tiempo, se estaría perjudicando muy seriamente la dinámica del mercado financiero.

Cabe mencionar que la posibilidad del ejercicio de la acción ejecutiva está íntimamente ligada al protesto, que se constituye en el elemento que certifica la falta de pago, por lo cual nuestra Ley de Cheques es muy clara al afirmar en su Art. 41:

“El portador o tenedor podrá ejercitar sus acciones contra el girador, los endosantes y los demás obligados, cuando, presentado el cheque en tiempo hábil, no fuere pagado, siempre que la falta de pago se acredite por protesto; en cualquiera de las formas siguientes:

1. Por declaración del girado, fechada y escrita en el cheque;
2. Cuando el girado se negare a extender la declaración mencionada en el numeral anterior, un juez competente o notario del domicilio del banco, a

petición verbal o escrita del portador o tenedor, requerirá al banco el pago del cheque, y, en caso de negativa, extenderá el protesto haciendo constar el requerimiento, la negativa al pago y la razón de ésta;

3. Por declaración fechada de una cámara de compensación, en que conste que el cheque ha sido enviado en tiempo hábil y no ha sido pagado”.

Hemos analizado anteriormente el por qué de las otras posibilidades de protesto distintas a las que corresponde al girado, por lo cual sólo concluiremos en que el protesto en cualquiera de sus formas es lo que genera el título ejecutivo.

8.2.- Acción verbal sumaria

La acción verbal sumaria es aquella que puede ser intentada para exigir el cumplimiento de los actos de comercio que no tienen un trámite especial.

Para su utilización y como guía procesal, nuestro Código de Procedimiento Civil al tratar del Juicio Verbal Sumario en su Art. 828 menciona que: “Están sujetas al trámite que esta sección establece las demandas que, por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban sustanciarse verbal y sumariamente...”

Concordante con lo anterior, el Art. 57 de la Ley de Cheques menciona:

“El cheque no pagado por falta o insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación, constituye título ejecutivo. Igualmente constituye título ejecutivo el comprobante a que se refiere el inciso 3o. del Art. 29 de esta Ley.

En los demás casos, salvo disposición legal en contrario, el pago de un cheque podrá reclamarse en juicio verbal sumario”.

Por lo cual, es el inciso final del artículo transcrito, el que prescribe la posibilidad de acudir a la vía verbal sumaria cuando no cabe la posibilidad del juicio ejecutivo. Pero es necesario determinar por qué el uso de la vía verbal sumaria en los demás

casos conforme a la norma indicada. La respuesta viene encaminada por la calidad del título cuyos derechos se reclaman

Cuando el título tiene la calidad de ejecutivo, los derechos que se derivan de él deben ser reclamados en un juicio de ejecución, ya que la legitimidad del título se presume y, como tal, sólo corresponde ejecutar el derecho que asiste al beneficiario.

Cuando el título no tiene la calidad de ejecutivo, los derechos derivados de él deben ser probados. En este evento debemos acudir al proceso de conocimiento que, en el caso que nos ocupa, la ley de cheques ha dispuesto que sea en la vía verbal sumaria.

Cuando el tenedor del cheque ejecuta su derecho a cobrarlo, vencido el plazo previsto en la Ley de Cheques para la presentación del mismo al girado: si bien el cheque reúne todos los requisitos como título de pago inmediato, la inobservancia del tenedor en presentar el documento en los plazos previstos por la ley para su efectivación le resta carácter ejecutivo por cuanto el legislador presume que el tenedor del título procede deliberadamente dándole un carácter de título de crédito al cheque al presentarlo al girado fuera del término determinado en el cuerpo legal, y su proceder resta el mérito ejecutivo al cheque en cuanto al ejercicio de la acción cambiaria pertinente por esta vía⁸⁷.

Si el portador o tenedor no presenta el cheque para el pago dentro del plazo legal, perderá su acción contra los endosantes; y contra el girador, cuando, habiendo tenido fondos, se llegaren a perder, después de expirado el plazo por haberse declarado en liquidación al banco: es decir, se traslada el riesgo de la

⁸⁷ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006.

deuda de género al acreedor, ya que se considera que el mismo incurrió en mora al no presentarlo oportunamente al girado⁸⁸.

No cabe duda que la vía verbal sumaria ha sido impuesta como un castigo para el tenedor que, no sólo ha demorado en presentar al pago el cheque, sino que, pudiera haberlo utilizado para sustentar un crédito y en tal calidad lo retuvo al punto de dejar pasar el plazo legal para su cobro. En este caso, se obliga al tenedor del cheque a probar su tenencia legítima y a demostrar que le fue entregado como pago inmediato y no como garantía de alguna obligación.

Cuando el girador suspende la orden pago al girado, y por lo mismo, cuestiona el derecho del tenedor a efectivizar esa orden de pago: con relación a la suspensión de la orden de pago por el girador al girado antes de la presentación del cheque por el tenedor del título, es obvio que significa un cuestionamiento al derecho incorporado en el documento y por ende se le resta el carácter ejecutivo, siendo procedente la acción verbal sumaria.

8.3.- Acción Ordinaria

La vía ordinaria es la adecuada para exigir el pago del cheque en tres situaciones diferentes:

- a) Cuando han prescrito las demás acciones, es necesario evitar el enriquecimiento injusto del girador. El Art. 50 de la Ley de Cheques dispone:

“Las acciones que correspondan al portador o tenedor contra el girador, los endosantes y demás obligados, prescriben a los seis meses contados desde la expiración del plazo de presentación.

⁸⁸ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006.

Las acciones que correspondan entre si a los diversos obligados al pago de un cheque, prescriben a los seis meses, a contar desde el día en que un obligado ha pagado el cheque o desde el día en que se ha ejercitado una acción contra el.

La acción de enriquecimiento ilícito prescribe en el plazo de un año a partir de la fecha en que hayan prescrito las acciones indicadas en los incisos anteriores de este artículo”.

- b) Ya se ha visto que para una parte de la doctrina nacional sostiene que para nuestra legislación, los cheques postdatados se han desvirtuado en su naturaleza jurídica, por lo que carecen de ejecutividad y no constituyen un título de pago inmediato; por lo tanto, al carecer de los requisitos propios de un cheque sólo constituyen un principio de prueba de una obligación y como consecuencia de ello, sólo es procedente la vía ordinaria tal como lo ha previsto el Art. 56 de la Ley de Cheques⁸⁹:

“La persona que utilizare un cheque como instrumento de crédito, admitiendo a sabiendas un cheque posdatado, con excepción del girado para efectos del pago, será multado con el veinte por ciento del importe del cheque. Además solo podrá hacerse efectivo el valor de tal cheque, en caso de falta de pago, mediante acción ordinaria.

El juez que conociere de la causa en que se compruebe la admisión de un cheque posdatado, en las condiciones del inciso anterior, estará obligado a imponer al portador o tenedor la multa antes indicada y a comunicarle al Director General del Servicio de Rentas Internas para que la haga efectiva”.

⁸⁹ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006.

- c) Los cheques girados en contra de cuentas cerradas no reúnen los requisitos determinados en la ley de Cheques para ser considerados como tales; por lo tanto, la obligación será exigible por la vía ordinaria. Lo mismo ocurre con los cheques en que hay defecto de forma. Sin embargo, respecto de los cheques girados sobre cuenta cerrada cabe argumentarse que el Art. 3 de la Ley de Cheques dispone que si bien el cheque ha de girarse contra una institución bancaria autorizada para recibir depósitos monetarios que tenga fondos a disposición del girador, de conformidad con un acuerdo expreso o tácito, según el cual el girador tenga derecho a disponer por cheque de aquellos fondos, no obstante la inobservancia de estas prescripciones, el instrumento es válido como cheque, para efecto de las acciones que correspondan a un portador o tenedor de buena fe, de donde resultaría que el portador o tenedor de buena fe que presentó el cheque en tiempo hábil y no le fue pago por cuenta cerrada, tendría derecho a demandar a los endosantes (en acción de regreso) o al girador (en acción directa) por la vía verbal sumaria, al tenor de lo que dispone el Art. 57 inciso segundo de la Ley de Cheques. Así lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia⁹⁰.

8.4.- Acción penal por giro de un cheque con insuficiencia de fondos.

Históricamente el giro de cheque sin provisión de fondos ha existido en nuestro Código Penal como un tipo penal reprimido con pena de prisión, tomando en consideración la dolosidad existente al momento de emitir un cheque a sabiendas de que no existe en el banco los fondos suficientes para cubrirlo.

⁹⁰ ANDRADE UBIDIA, Santiago. Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Tercera edición. Ecuador – Quito, año 2006.

El cheque no es un documento de crédito, ni sirve tampoco para garantizar contratos de mutuo. Reemplaza hasta cierto punto el dinero y por eso es que se le denomina moneda escritural, pero se diferencia del dinero en cuanto no es un medio liberatorio de pago, esto es que no se puede obligar a que sea recibido. No constituye por lo mismo moneda de curso legal ni convencional por disponerlo así la Ley. Aceptado como medio de pago voluntario depende de la confianza en la firma del girador. Enerva la acción penal no sólo la falta de requisitos de forma, sino también todo acto que desvirtúa la orden del pago inmediato, incondicional y a la vista, como cuando se justifican en el proceso penal, que el cheque ha sido girado haciendo constar una fecha posterior a la real; que se ha recibido intereses sobre el valor del cheque girado y no cobrado; que se ha recibido abonos parciales antes de la notificación con el protesto, así tales abonos se hayan después suspendido⁹¹.

Una de las particularidades que debemos distinguir para encontrar la posibilidad de iniciar una acción penal por el giro del cheque sin provisión de fondos, es la intención real que ha tenido el girador al entregar el cheque. Particularmente consideramos que por su esencia jurídica, la entrega del cheque no puede tener otra intención que la de pagar un valor determinado en el documento. Sin embargo, la práctica mercantil nos ha demostrado como los comerciantes y, actualmente muchos no comerciantes, utilizan el denominado cheque postdatado para diferir el pago del importe o para significar alguna garantía de un pago futuro.

La acción consiste en dar "en pago, o entregar por cualquier concepto a un tercero y siempre que no constituya otro delito mayor (el de estafa, por ejemplo Art. 563) un cheque..., sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y de una omisión que consiste en no abonar el valor respectivo, en moneda de curso legal, dentro de las veinte y cuatro horas de habersele hecho saber el protesto en cualquier forma".

Para los efectos de la comisión del delito, era requisito previo que se de en pago o entrega por cualquier concepto un cheque carente de fondos o con provisión

⁹¹ www.derechoecuador.com

insuficiente, y que se cumplan con los demás requisitos que exigía el derogado Art. 368 del Código Penal.

Para el ejercicio de la acción penal, se requería adicionalmente la notificación al girador sobre el protesto por insuficiencia de fondos o falta de ellos por parte de una autoridad, la cual le concedía 24 horas para que cumpla con el pago y, de no hacerlo, se configuraba el delito como tal. Este procedimiento notificadorio permitía al girador evitar que se inicie la acción penal en su contra, demostrando con el pago su buena fe y la no intención de perjudicar al beneficiario.

El que gira un cheque en las condiciones que prescribía el Art. 368 del Código Penal, dice unánimemente la doctrina argentina, obra con dolo. Basta la entrega del cheque “por cualquier concepto”, para que se entienda reunidos los requisitos del delito. Esta entrega es producto de la mala fe del girador que tiene muy claro que no hay los fondos para cubrir el importe, sin embargo, como un medio de engaño gira y otorga el documento cambiario, tratando de evadir el pago inmediato.

No existe forma alguna de desvincular la dolosidad del giro del cheque sin provisión de fondos, ya que ambos elementos son inseparables y conexos; si giro un cheque y lo entrego en pago, es porque estoy seguro que en mi cuenta corriente hay la cantidad de dinero suficiente y disponible para cubrirlo.

La doctrina ha considerado que al ser el cheque un instrumento de pago y no de crédito, se constituye en un mecanismo de confianza al momento de su entrega, porque sustituye al dinero siendo un documento inmediatamente convertible en dinero al ser, su entrega, producto de un pago inmediato y no diferido en el tiempo. El no pago del cheque por no existir los fondos suficientes en la cuenta corriente del girador, constituye un rompimiento al elemento confianza y un engaño hacia la persona del beneficiario, que lógicamente recibió ese documento creyendo en la existencia de los fondos para su cobro y que, de haber sabido de la ausencia del valor pertinente en la cuenta bancaria del girador, no habría recibido el documento.

8.5.- Acción penal por giro contra cuenta cerrada

El giro de cheques contra una cuenta cerrada constituye un acto doloso de mayor trascendencia que el anteriormente analizado. Es indudable que al momento del giro, el girador no sólo debe tener fondos en su cuenta corriente sino que primordialmente debe mantenerla activa.

La dolosidad de este hecho se constituye al momento en que, el girador sabiendo que su cuenta corriente se encuentra cerrada por alguna causal legal o reglamentaria, libra una orden de pago a través del cheque. Este hecho demuestra una evidente mala fe de parte del girador y su intención de perjudicar al que recibe en pago el cheque, mas aun, por cuanto el girador siempre está suficientemente informado del estado de su cuenta y de la posibilidad de su cierre por el mal uso que de ella haya venido haciendo.

Nuestro Código Penal tipifica esta conducta antijurídica como una de las formas de estafa prescritas en el Art. 563 cuando menciona que:

“El que con el propósito de apropiarse de una cosa perteneciente a otro, se hubiere hecho entregar, fondos, muebles, obligaciones, finiquitos, recibos, ya haciendo uso de nombres falsos, o de falsas calidades, ya empleando manejos fraudulentos para hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder, o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso o accidente, o cualquier otro acontecimiento quimérico, o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad, será reprimido con prisión de seis meses a cinco años y multa de ocho a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Será sancionado con el máximo de la pena prevista en el inciso anterior y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que cometiere el delito utilizando medios electrónicos o telemáticos”.

De la disposición transcrita se desprende que existe en el girador de un cheque contra una cuenta cerrada, el ánimo de hacerse entregar algo que lo paga con un cheque que no podrá ser cobrado, abusando para aquello de la confianza o credulidad del beneficiario. El hecho de que la cuenta corriente bancaria del girador se halle cerrada, implica que él ya no tiene la calidad de cliente de ese banco y como tal no existe la mencionada cuenta, por lo que al girar el cheque asume una calidad falsa de cuenta correntista, originando con ello el evidente deseo de estafar al beneficiario.

Si el girador no conoce la fecha de cierre de su cuenta corriente realizada por el banco girado, y este hecho no ha sido notificado con la debida anticipación, al girar el cheque no hay delito por falta de elemento intencional. Al señalar que un cheque ha sido girado en cuenta cerrada significa que la cuenta corriente no está vigente, esto es, que se ha puesto fin al contrato de cuenta corriente por voluntad de ambas partes o por una de ellas.

En tal virtud, el que gira un cheque sin las condiciones legales comporta un conducta antijurídica, injusta, opuesta al derecho; y, si lo ha hecho con dolo, comete un delito de acción penal pública, pero esta acción se debe hacer efectiva solamente en la persona del girador del cheque, cuando aquel sea el único implicado en el ilícito.

8.6.- Análisis de la reforma al Código Penal Ecuatoriano respecto al giro de un cheque con insuficiencia de fondos.

Hace pocos meses la Asamblea Nacional introdujo una serie de reformas a nuestro Código Penal entre las que se incluía la despenalización del giro de cheques sin provisión de fondos, para lo cual se derogó expresamente el Art. 368 del Código Sustantivo Penal mediante la ley sin nombre publicada en el RO 555 del

24 de marzo del 2009 y se cambió la forma procesal de la acción penal pública a la acción privada, así la mencionada disposición refería:

“Será reprimido con tres meses a dos años y multa de cincuenta a quinientos sucres, el que dé en pago, o entregue por cualquier concepto a un tercero, y siempre que no constituya otro delito mayor, un cheque o giro, sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no abonase el valor respectivo, en moneda de curso legal, dentro de 24 horas de habersele hecho saber el protesto en cualquier forma”.

Numerosos han sido los criterios del sector público y privado a favor y en contra de esta reforma, debido al alcance que tiene y a la particularidad de convertir hasta cierto punto al cheque en un instrumento de crédito.

Hemos visto desde el inicio del presente trabajo que el cheque es por su naturaleza jurídica un instrumento de pago, es decir, que conservando su calidad cambiaria se convierte en un documento pagadero a la vista. En este sentido la ubicación del giro de cheque sin provisión de fondos fue tipificado como una conducta antijurídica por la dolosidad que conlleva tal actuación por parte del girador, quien al entregar un cheque sin mantener en su cuenta corriente bancaria los fondos necesarios para cubrirlo, actúa con evidente mala fe queriendo causar daño al beneficiario.

También hemos dicho que en estricto sentido técnico, el acto doloso podría diferirse hasta el momento en que, habiéndose colocado el protesto en el cheque y notificado de esto al girador, este no cumpla con la obligación de pagar en las siguientes 24 horas el importe del documento. Pero, ya sea al momento del giro o una vez notificado el protesto, no hay forma de separar el ánimo de causar el daño de las acciones descritas, por lo cual nuestra ley hacía bien en conservar a esta conducta como un tipo penal.

Probablemente el uso y el abuso – prohibido por la ley- del denominado cheque postdatado o en garantía, es lo que llevo a algunos legisladores a pensar en despenalizar al giro de cheque sin provisión de fondos, porque indudablemente se había convertido al documento en una forma de chantaje dentro del tráfico mercantil. En muchos casos estos cheques sustentaban deudas y no pagos, por lo cual, el beneficiario los utilizaba a través del ejercicio de una acción penal para cobrar la deuda, lo cual contrasta con el precepto constitucional de que nadie puede ser privado de su libertad por deudas y con el hecho de que el órgano judicial penal persigue la sanción del delito y no el cobro de deudas.

Visto desde este enfoque, es lógico suponer que el Estado como custodio de la seguridad ciudadana, no puede permitir que se rompa la garantía constitucional de que un ciudadano no sea apresado por deudas, menos aun a través de un documento de pago que había sido entregado en garantía. Sin embargo, esto que representaba una práctica inicial de algunos comerciantes que lo tomaron como costumbre y, luego de los demás ciudadanos que veían en la posibilidad del ejercicio de la acción penal una seguridad para el cobro de sus créditos, no puede ni debe de ninguna manera convertir al cheque en un instrumento de crédito. Para muestra del apresuramiento que hubo en este sentido, bastaría recordar cierta publicidad oficial en la que una presentadora mencionaba que: “si por error me olvidé de que en mi cuenta no existían fondos y gire un cheque, ese hecho no debe ser causa de que me inicien una acción penal porque no quise perjudicar a nadie”.

Este lamentable criterio, producto de la improvisación con la que se hizo la reforma, nos llevaría a pensar que en realidad cuando una persona gira un cheque, podría haberse olvidado que no tenía fondos en su cuenta para cubrirlo. Surge aquí la inquietud de saber, si la más elemental precaución que debe tener una persona antes de girar un cheque es la de verificar si hay los fondos para cubrir el importe. Muchos son los medios que el girador tiene para saber el estado de su cuenta y su saldo, entre ellos podemos mencionar primordialmente a su talonario de cheques en el cual puede ir anotando los saldos de la cuenta para no caer en el error de girar sin fondos y para determinar cuales son los cheques que ha pagado; también

puede realizar su consulta con el oficial de su cuenta en persona o por vía telefónica, y recientemente la tecnología nos trae la posibilidad de revisar el saldo a través del Internet o de la consulta vía celular. Es decir, son varias las formas en que el girador puede enterarse si hay o no la posibilidad de girar el cheque sin caer en el tipo penal en análisis; pero si a pesar de estas formas de comunicación, se produce el giro, sólo se puede presumir la intención dañosa para con el beneficiario y consecuentemente la necesidad del ejercicio de la acción penal.

En algunos espacios hemos podido conversar con colegas sobre este tema y han saltado a la luz posibilidades como la de la entrega del cheque en garantía, ante lo cual siempre he sostenido particularmente que, quien entrega un cheque en garantía bajo la premisa de que no tiene fondos, está conciente del riesgo que corre ante la posibilidad del inicio de la acción penal en su contra, porque el cheque no fue creado para esa finalidad sino para el pago inmediato, por lo cual, es el mismo girador quien hace un mal uso del documento a sabiendas de su verdadera utilidad. También se ha dicho que hay la posibilidad de que se gire un cheque postdatado, que en el momento real del giro no tiene los fondos, pero que los tendría una vez llegada la fecha que aparece como emisión; lo cual tampoco sería aceptable si partimos del hecho de que el girador, como toda persona en el Ecuador que está obligada a conocer la ley conforme al Art. 13 del Código Civil, debe saber que en nuestra legislación el cheque es pagadero a la vista y no admite un diferimiento en el pago, por lo cual no podría alegar en su defensa que no sabía que no se podía girar cheques postdatados y que sólo fue una negligencia y no la intención de causar el daño.

Si la ley se presume conocida por todos los ecuatorianos, por qué no puede presumirse dolosidad cuando se la quebranta haciendo uso del cheque en una forma no prevista en nuestro derecho positivo. Pienso que el legislador debe entrar en una profunda reforma, que implique primero la revisión total de la ley de cheques, ya que en este cuerpo normativo se menciona expresamente que el cheque es un instrumento de pago y es pagadero a la vista. Es en la ley de la materia donde deben quedar establecidas las bases sobre la esencia y utilización

del cheque, para luego pensar en una reforma al tipo penal sobre el sustento técnico legal que debemos tener del cheque, ratificándolo como un documento cambiario de pago o definiéndolo como un título de crédito. Nuestra legislación, en relación al cheque, debe ser concordante en su esencia para luego verificar si su trasgresión es de tipo culposa o dolosa.

A pesar de la reforma y de la derogación expresa del tipo penal como tal, la conducta adoptada por quien emite un cheque a pesar de no tener fondos para cubrirlo, es un acto antijurídico y como tal puede ser perseguido perfectamente en base a la figura del abuso de confianza por la dolosidad de la que adolece; ya que quien recibe un cheque lo hace confiando que el girador actúa de buena fe y está realizando el pago inmediatamente, el beneficiario al aceptar el cheque no está otorgando un crédito al girador, sino entregando su confianza basada en el hecho de que a la sola presentación al girado dentro del plazo legal, el documento se convertirá en especie monetaria de libre circulación.

8.7.- Tenencia ilícita del cheque.

La tenencia ilícita del cheque es una modalidad prevista en nuestro ordenamiento jurídico para proteger al girador de posibles fraudes como consecuencia del uso no autorizado de la orden de pago por parte de personas con quienes no ha mantenido ni mantiene relación contractual alguna.

Un antecedente básico de esta protección deriva del hecho de que el cheque es un título valor que encierra las características de legitimidad e incausalidad. En cuanto a la primera, porque se presume que el tenedor es poseedor legítimo o ha obtenido el documento a su favor de manera lícita; y, en caso de la segunda, porque se entiende el documento literal con independencia de la causa que lo originó -relación subyacente.

El hecho voluntario ilícito que culmina con la obtención del cheque puede adoptar varias formas: unas que no rebasan la esfera del ilícito civil, como cuando

el tenedor recibe el cheque en garantía de que el librador realizará un negocio futuro, del que se retracta y no devuelve el cheque; y, otras que trascienden tal esfera e incurrir en el campo penal, como cuando mediante violencias obtiene que el librador le entregue el cheque, o cuando habiendo sido tenedor legítimo cobra el valor del importe del cheque directamente del librador, pero sin entregarlo, bajo el engaño de que posteriormente lo entregará, y lo retiene en su poder dolosamente⁹².

Hay también tenencia ilícita cuando el portador obtiene fraudulentamente el cheque, como cuando sustrae un cheque girado al portador o por una cantidad inferior a los \$ 500.00, o cuando simplemente lo encuentra en las referidas condiciones y no lo devuelve al girador o a su legítimo beneficiario.

En todo caso, el tenedor de mala fe obtiene el cheque mediante un hecho voluntario ilícito extracontractual, es decir, en contra de la voluntad del librador o anterior tenedor legítimo; por lo cual, como consecuencia se impone al tenedor ilegítimo la obligación de restituir el cheque a la persona que tiene derecho a reclamarlo, en caso de que no haya cobrado el valor de su importe, o de restituir este valor si lo ha cobrado, según lo previsto en el Art. 20 de la ley de Cheques que expresa:

“Cuando una persona ha sido desposeída de cualquier modo de un cheque, quien se encuentre en posesión del mismo - ya se trate de un cheque al portador, ya de un cheque endosable respecto al cual justifique el poseedor su derecho del modo indicado en el artículo 18 no está obligado a desprenderse del cheque, a no ser que lo haya adquirido de mala fe o que al adquirirlo haya incurrido en culpa grave”.

Para que exista tenencia ilícita del cheque, es necesario que el actual tenedor sea el autor del hecho voluntario ilícito que lo condujo a la adquisición, aquí es de notar que, cuando el actual tenedor recibió el cheque como instrumento mercantil

⁹² ABARCA GALEAS, Luis. La Tenencia Ilícita del Cheque con Acusaciones y Defensas Penales. Librería Ley, año 1997

de pago de lo cual, si no cumple tal condición, se convierte en tenedor de mala fe, por falta de entrega de la contraprestación económica⁹³.

Entre las formas de tenencia ilícita que configuran infracción penal, las hay en que el tenedor ab-initio es de mala fe, y otras en que post-recepción se convierte en tenedor de mala fe. En las primeras, obviamente que no existe intervención del librador o tenedor legítimo, para que el cheque llegue a manos del tenedor de mala fe; en tanto que, en las segundas, el librador entrega el cheque al receptor que posteriormente se convierte en tenedor de mala fe⁹⁴.

La responsabilidad civil del tenedor de mala fe consiste en la responsabilidad extra contractual limitada al pago de daños y perjuicios y a la reparación del daño moral que se cause al girador o legítimo beneficiario, al tenor de lo estipulado en el Art. 2214 del Código Civil que dice:

“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

4) En cuanto a la responsabilidad penal son presupuestos necesarios la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad en la conducta que realizó el tenedor del cheque para adquirirlo, con relación a un determinado tipo penal. Así también es su presupuesto, la imputabilidad del agente o tenedor de mala fe. Para que exista la responsabilidad penal, es necesario que la conducta antijurídica sea prevista en la ley como un tipo penal⁹⁵.

⁹³ ABARCA GALEAS, Luis. La Tenencia Ilícita del Cheque con Acusaciones y Defensas Penales. Librería Ley, año 1997

⁹⁴ ABARCA GALEAS, Luis. La Tenencia Ilícita del Cheque con Acusaciones y Defensas Penales. Librería Ley, año 1997

⁹⁵ ABARCA GALEAS, Luis. La Tenencia Ilícita del Cheque con Acusaciones y Defensas Penales. Librería Ley, año 1997

8.8.- El delito de enriquecimiento ilícito por mala fe en el cobro de un cheque.

Hemos visto que una de las formas del enriquecimiento ilícito se genera en el girador cuando, habiendo entregado un cheque que no ha podido ser pagado por el girado por insuficiencia de fondos o por cuenta cerrada, prescriben las acciones para que el portador o tenedor pueda cobrar en la forma prevista en la ley. En este caso, se dice que hay enriquecimiento ilícito porque el girador al evadir el pago, se ha enriquecido patrimonialmente.

Sin embargo, nuestra ley también contempla algunas posibilidades de enriquecimiento ilícito de parte del tenedor del cheque, entre las cuales tenemos las siguientes:

- a) El cheque se da en pago anticipado del precio de una mercancía que debe entregar el que lo recibe, pero que no la entrega, no obstante lo cual pone en circulación el cheque por el endoso o lo cobra presentándolo al banco girado.
- b) El cheque entregado en garantía de que el receptor realizará un negocio futuro con el librador, pero que no lo realiza; no obstante lo cual, el tenedor de mala fe lo pone en circulación o lo cobra presentándolo al banco girado.
- c) El cheque que se pagó a una persona que no se debía y ésta lo pone en circulación o lo cobra⁹⁶.
- d) El cheque que el librador pagó en exceso sin saberlo, y que el receptor a sabiendas de que no era debido lo pone en circulación o lo cobra.
- e) El cheque entregado en pago de una mercancía que por defectuosa se la devuelve inmediatamente, pero el tenedor en vez de devolver el cheque, lo pone en circulación o lo cobra presentándolo al banco girado.

⁹⁶ ABARCA GALEAS, Luis. La Tenencia Ilícita del Cheque con Acusaciones y Defensas Penales. Librería Ley, año 1997

- f) El cheque tomado por una persona que lo sustrajo o lo tomó sin autorización y que, en lugar de devolverlo, lo pone en circulación o lo cobra.
- g) El cheque encontrado por una persona que, en lugar de devolverlo al girador o beneficiario, lo pone en circulación o lo cobra.

Alguna parte de la doctrina señala que las situaciones descritas no son otras cosa que posibilidades derivadas de una relación comercial y consecuentemente no cabe la tipicidad penal, sin embargo, no podemos ocultar la intención dolosa que pudiere existir en aquel que, a sabiendas que no es beneficiario del cheque, o que al no haber existido la contraprestación de su parte no puede ejercer el derecho al pago, cobra el cheque o lo pone en circulación obteniendo un provecho económico injustificado que acrecienta su patrimonio.

Nuestro Código Penal en su Art. 571 semeja esta posibilidad antijurídica al mencionar que serán reprimidos con prisión de ocho días a dos años y multa de seis a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norteamérica lo que habiendo encontrado una cosa mueble perteneciente a otro, cuyo valor pase de cien sucres, u obteniendo por casualidad su tenencia, se aprovechen económicamente de tal circunstancia al no devolverlos a quien pertenecen.

En definitiva, para que se configure este tipo de delito, debe establecerse previamente la relación causal que originó el cobro y la responsabilidad del cobrador como consecuencia de habersele demostrado que no tenía derecho para hacerlo.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

Este trabajo nos ha permitido conocer la esencia jurídica del cheque, sus características, su forma de circulación, las acciones a seguir en caso de falta de pago y su tenencia ilegítima; lo cual nos lleva a concluir:

- 1) El cheque fue creado como una necesidad de los comerciantes para evitar el traslado de moneda metálica, buscando que la riqueza circule en forma ágil y segura.
- 2) El cheque es por su naturaleza una orden de pago que no admite posibilidad de ser utilizado como título de crédito.
- 3) El documento denominado cheque es pagadero a la vista, por lo cual no admite diferimiento en el pago.
- 4) Como todo título valor contiene las características de necesidad, literalidad, legitimidad, solemnidad, incorporación, autonomía y patrimonialidad.
- 5) Al ser un título valor incorpora un derecho para el portador o tenedor legítimo.
- 6) Su principal diferencia con otros títulos valores radica en que el cheque es un instrumento de pago, mientras que los otros títulos como la letra y el pagaré a la orden son documentos que sustentan un crédito.
- 7) El giro de un cheque constituye un acto de comercio entre comerciantes y entre no comerciantes, no obstante lo cual, su calidad de orden de pago inmediato no admite transacciones de garantía o de crédito ni aun a título de un acto de comercio.
- 8) El cheque contiene elementos intrínsecos determinados para cualquier contrato en el Art. 1461 del Código Civil y elementos extrínsecos mencionados en el Art. 1 de la Ley de Cheques.
- 9) La falta de los elementos intrínsecos y extrínsecos invalidan el documento como cheque, salvo excepciones expresamente mencionadas en la ley.

- 10) El cheque sólo puede ser girado contra una cuenta corriente de un banco o entidad autorizada por la ley para recibir depósitos monetarios a la vista del público.
- 11) El cheque genera relaciones entre el girador y el girado, entre el girador y el beneficiario, mas no entre el girado y el beneficiario con excepción de los casos de negativa al pago o protesto del cheque por parte del banco.
- 12) Existen varias clases de cheques, pero se destacan por su uso en la práctica mercantil: el cheque ordinario, el cheque cruzado, el cheque para acreditar en cuenta y el cheque certificado.
- 13) El cheque circula generalmente por endoso al ser un documento a la orden, y por la simple transmisión cuando se lo utiliza al portador; sólo en los casos expresamente exceptuados, circula por cesión ordinaria en razón de la necesidad de notificar al girador sobre las transmisión de los derechos.
- 14) No cabe referente al cheque la posibilidad de la existencia de un aval, por su naturaleza de no ser un documento de crédito.
- 15) Nuestra ley de cheques participa de la corriente doctrinal en aspectos como el contenido del cheque, la forma de circulación, su clasificación y la presentación y pago. Adicionalmente incluye aspectos propios referidos a las acciones por falta de pago, a las alteraciones, plazos para la presentación, prescripción de acciones y uso de los microfilm.
- 16) El cheque de pago diferido fue implantado en algunas legislaciones para evitar el abuso del cheque postdatado del cual lo han querido diferenciar; sin embargo, la esencia jurídica del cheque exige que al nuevo documento se le de una modalidad distinta con efectos similares, para no confundir los aspectos de su aprendizaje.
- 17) Nuestra legislación admite acciones civiles y penales por la falta de pago de un cheque.
- 18) En el campo civil, se utiliza en forma ordinaria y primaria la acción ejecutiva, sustentada en el hecho de que el cheque protestado por falta o insuficiencia de fondos dentro del plazo legal, constituye un título ejecutivo que convierte en la convierte obligación pura, liquida, determinada y de plazo vencido; se utiliza también la acción verbal sumaria por expresa disposición de la Ley de

Cheques, cuando la reclamación no fundamente en el cheque como título ejecutivo; y, finalmente, se utiliza la acción ordinaria para los casos en que hayan prescrito las acciones antes mencionadas para evitar el enriquecimiento ilícito del girador.

- 19) En el ámbito penal, cabe la acción contra el giro de cheques sin provisión de fondos aunque en nuestra legislación se lo haya suprimido, pero queda la posibilidad de intentar esta vía bajo la figura del delito de abuso de confianza. De la misma manera cabe esta acción en el caso del cheque girado contra una cuenta cerrada, donde se tipifica el delito de estafa.
- 20) La reforma penal que permitió derogar como tipo penal al giro de cheque sin fondos, abre las puertas para que el documento esencialmente de pago, se vaya convirtiendo en un instrumento de crédito; no obstante lo cual, el hecho mismo del giro a sabiendas de la insuficiencia de los fondos en la cuenta bancaria, demuestra la dolosidad con la que se cometió el acto y, como tal, el órgano jurisdiccional penal debe perseguir esa acción antijurídica.
- 21) La tenencia ilícita del cheque es un aspecto real que puede originar graves perjuicios al girador y al beneficiario legítimo; no obstante lo cual, corresponde al girador o al beneficiario probar que el tenedor del cheque es un poseedor de mala fe, ya que por una parte la buena fe se presume y, por otra parte, el cheque es un título valor con características de legitimidad y separado de la relación que lo originó denominada relación subyacente.
- 22) El cobrar un cheque sin ser el legítimo beneficiario es una acción antijurídica que nuestra ley la prevee y la sanciona con prisión y multa; pero para aquello, es necesario probar que quien cobró actuó por mala fe y con dolosidad.

Recomendaciones

El análisis de la temática propuesta nos permite realizar las siguientes recomendaciones:

- 1) Cabe una profunda revisión a nuestra actual ley de cheques que permita reformar y actualizar las disposiciones para darle congruencia con el resto de la legislación ecuatoriana.
- 2) Es necesario que entre las reformas a la Ley de Cheque se deje de lado aquella utopía que conlleva el prohibir el giro o endoso de cheques al portador, ya que la práctica mercantil nos demuestra que esta es la forma más ágil e inclusive usada respecto del documento cambiario. La ley sólo debería prohibir el pago del cheque al portador, ya que la finalidad que siempre se ha perseguido es identificar plenamente al beneficiario para evitar una tenencia ilegítima y lo que es peor un cobro ilegítimo del importe.
- 3) En virtud de la corriente latinoamericana, que ha llevado a países como Argentina, Uruguay y Paraguay, a adoptar la figura del cheque de pago diferido, considero que nuestro legislador antes de dar ese paso, debería analizar su alcance y por lo menos darle a esta modalidad una denominación diferente que lo distinga con el cheque ordinario.
- 4) También es necesario que el legislador vuelva a insistir en el análisis de la despenalización del giro del cheque sin provisión de fondos, tomando en consideración los aspectos de su naturaleza jurídica y el soporte conceptual que le ha dado la propia ley de cheques como orden de pago.
- 5) Se debe seguir enfatizando que, la acción penal siempre estará ligada al acto doloso del giro de cheque sin provisión de fondos, porque constituye un abuso a la confianza que el beneficiario ha depositado en el girador.
- 6) El jurista ecuatoriano debe seguir investigando y concienciando a los nuevos profesionales, al legislador y al público lector de la ciencia jurídica, sobre la imposibilidad de desligar al giro del cheque de la responsabilidad, inclusive dolosa, que sobreviene al girador cuando el documento no es pagado por el banco.

BIBLIOGRAFIA

ABARCA GALEAS, Luis, La Tenencia Ilícita del Cheque con Acusaciones y Defensas Penales, Librería Ley, 1997, Quito.

ANDRADE UBIDIA, Santiago, Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano, Fundación Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2006, Quito.

AULESTIA EGAS, Rodrigo, Compendio de Derecho Comercial y Procesal Civil, Tomo I, Cámara de Comercio de Guayaquil, 1994, Guayaquil.

CHIRIBOGA VALDIVIESO, Bolívar, Títulos Valor II (Texto Guía), Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2007, Loja.

CÓDIGO DE COMERCIO DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, Quito.

CÓDIGO PENAL DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, Quito.

CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, Quito.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, Quito.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, Quito.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, Quito.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico, Editorial Heliasta S.R.L., 1979, Buenos Aires.

COLEGIO DE ABOGADOS DEL GUAYAS, Revista de Derecho, 1994, Guayaquil.

GARRIGUEZ, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil Editorial Porrúa S.A., 7ma. edición, 1984, México.

LEY DE CHEQUES DEL ECUADOR, Editorial Jurídica del Ecuador, 2009, Quito.

LEY DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, Quito.

ENCICLOPEDIA JURÌDICA OMEBA, TOMO VIII, Editorial Bibliogràfica Argentina S.R.L.

ALVAREZ FAGGIONI, Alejandro, Estudio de las Obligaciones en el Derecho Civil Ecuatoriano, Tomo I, 5ta. edici3n, 1994, Guayaquil.

MARTÌNEZ VAL, Jos3 MarÌa, Derecho Mercantil, Bosch Casa Editorial S.A. – Urgel 51 bis, 1979, Barcelona.

MERINO PÈREZ, Gonzalo, Derecho Mercantil, Tomo I, Publicado por “Didàcticos Scorpio”, 1972, Guayaquil.

MERINO PÈREZ, Gonzalo, Enciclopedia de Pràctica JurÌdica, Tomo V, 2da. edici3n, 1998.

PAZ Y MIÑO CEVALLOS, Mario, TÌtulos Valor (Texto GuÌa), Editorial de la Universidad T3cnica Particular de Loja, 2006, Loja.

RODRÌGUEZ RODRÌGUEZ, JoaquÌn, Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Editorial Porrua S.A., 8va. edici3n, 1982, M3xico.

VALLETA, MarÌa Laura, Diccionario JurÌdico, Valletta Ediciones, 2da. edici3n, 2001, Buenos Aires.

FUENTES ELECTR3NICAS

<http://es.wikipedia.org>

www.monografias.com

www.condusef.gob.mx

www.bde.es/clientebanca/productos/efectivo

www.revistajuridicaonline.com/index

www.ele-ve.com.ar/spip.php?article9791

www.sni.org.pe/servicios/legal/reportelegal/content/view/54/28/

www.monografias.com/trabajos42/cheque-diferido/cheque-diferido.shtml -

www.ieralpyme.org/portal/cheque.html

