

UNIVERSIDAD TECNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

POSTGRADO MAESTRIA EN DERECHO EMPRESARIAL

TEMA: EL CHEQUE

Dr. Darío Andrade Arellano

DIRECTOR: Dr. Bolívar Chiriboga Valdivieso

Loja, 2009

DECLARACION DE AUTORIA

“Las ideas emitidas en el contenido del informe final de la presente investigación son de exclusiva responsabilidad del autor”

Dr. Darío Lenín Andrade Arellano

CESION DE DERECHOS DE TESIS

“Yo, Darío Lenín Andrade Arellano, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

Dr. Darío Andrade Arellano

Dr. Bolívar Chiriboga Valdivieso
DOCENTE-DIRECTOR DE LA TESIS

CERTIFICA.

Que el presente trabajo de investigación, realizado por el estudiante Señor: Dr. Darío Lenín Andrade Arellano, ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Universidad Técnica Particular de Loja, por lo que autorizo su presentación.

Quito, 20 de enero de 2010

Dr. Bolívar Chiriboga Valdivieso

AGRADECIMIENTO

Un agradecimiento imperecedero a todos los maestros que han brindado su esfuerzo y dedicación durante el desarrollo de los estudios de maestría que culmina con el presente trabajo de investigación, en especial a mi director de tesis Dr. Bolívar Chiriboga, quien con especial dedicación y esfuerzo ha contribuido al desarrollo del presente trabajo.

DEDICATORIA

A mis abuelos que desde el cielo como ángeles guardianes guían mi vida,

A mis padres que desde la tierra me brindan su apoyo y dedicación,

A todas las personas especiales que de una y otra manera han contribuido con mi desarrollo personal y profesional.

ESQUEMA DE CONTENIDOS

CONTENIDO	PÁGINA
Introducción	1
Capítulo I	
Estudio sobre el cheque	
1.1 Antecedentes históricos	3
1.2 Definición	6
1.2.1 Definición Propuesta por diversas legislaciones	7
1.2.2 Ensayo de una definición completa y precisa	9
1.3 Intervinientes	12
1.3.1 Girador o librador de un cheque	13
1.3.1.1 Capacidad de girar	15
1.3.1.2 Giro por poder	16
1.3.2 Girado o librado de un cheque	18
1.3.3 Beneficiario o destinatario del cheque	19
1.4 Requisitos que debe contener el cheque	20
1.4.1 La denominación de cheque	21
1.4.2 El mandato puro y simple de pagara una suma de dinero	21
1.4.2.1 La moneda en que se paga	23
1.4.2.2 Cláusula de intereses en cheques comunes	23
1.4.3 El nombre del girado	24
1.4.4 Indicación del lugar de pago	24
1.4.4.1 Implicaciones del requisito	25
1.4.5 Indicación de la fecha y lugar de emisión	26
1.4.5.1 Implicaciones del requisito	28
1.4.6 Firma del girador	29
1.4.6.1 Teoría de la firma oficial	30

1.4.6.2	Número de firmas del girador	31
1.4.6.3	Efectos de la firma del girador	32
1.4.6.4	Cláusula sobre exoneración de garantía del girador	32
1.4.6.5	Sustitución de la firma del girador	33
1.4.6.6	Efectos Jurídicos en caso de firmas falsas	34
1.4.6.7	Falso Mandato – Insuficiencia o abuso de poderes	34

Capítulo II

Clases de cheques y circulación

2.1	Cheques nominativos	36
2.2	Cheques al portador	37
2.3	Cheque en forma mixta	37
2.4	Trayectoria del cheque	38
2.4.1	Simple entrega	38
2.4.2	Cesión ordinaria	39
2.5	Endoso	40
2.5.1	Requisitos del endoso	41

Capítulo III

Naturaleza Jurídica del Cheque

3.1	Teoría de la Cesión de Crédito	43
3.2	Teoría del Mandato	44
3.3	Teoría de la Delegación	45
3.4	Teoría de la Estipulación por Otro	47
3.5	Teoría de la Indicación de Pago	48
3.6	Teoría de la Autorización de Pago	49
3.7	Teoría de la Naturaleza Mixta	49

Capítulo IV

Pago del cheque y plazos

4.1 Pago del cheque	52
4.2 El pago del cheque en el texto uniforme de Ginebra	53
4.3 Cancelación del cheque	55
4.4 Plazos legales	56
4.5 Efectos de vencimiento de los plazos	56

Capítulo V

Propiedades y ventajas del cheque

5.1 Propiedades del cheque	57
5.2 Ventajas del cheque	58
5.3 Inconvenientes del uso del cheque	59

Capítulo VI

De las acciones civiles

6.1 Significado y Naturaleza de la acción civil	61
6.1.1. Requisitos para el ejercicio de la acción	62
6.1.2. Prescripción de las acciones civiles	64
6.1.3. Prescripciones especiales	65
6.1.4. Ley aplicable para resolver	66
6.2 De las acciones verbales sumarias	66
6.3 Cheque título ejecutivo	67
6.3 Acciones ordinarias	68

Capítulo VII

De las acciones penales

7.1 Delito de giro de cheques sin provisión de fondos	69
7.1.1 Argumento sobre la procedencia del delito de giro de cheques sin provisión de fondos en los cheques comunes posfechados	70
7.2 Delito de cheques sobre cuenta cerrada o cancelada	73
7.3 Delito de uso doloso de cheques diferidos falsos	74
7.3.1 El Perjuicio patrimonial	77
7.3.2 El Engaño fraudulento	77
7.3.3 Grupo de participación	77

Capítulo VIII

Conclusiones y Recomendaciones

8.1 Conclusiones	83
8.2 Recomendaciones	84
Bibliografía	85

RESUMEN

En el desarrollo del presente trabajo de investigación, se delinearé la importancia que tiene el cheque en su interrelación con el Derecho Cambiario, Penal y Civil.

En primer término el trabajo se centra en el origen del cheque, es decir sus antecedentes históricos y legislativos, considerando como punto trascendente en el tiempo, a partir de la práctica bancaria de Inglaterra en el siglo XVIII, aunque recién en el siglo XIX comienza su reglamentación legal.

Una vez que se conocemos los antecedentes históricos del referido documento, procedemos a dar varias definiciones del cheque, determinando de manera fundamental como la Legislación ecuatoriana lo cataloga a través de la ley que lo rige, así también determinamos de una manera inequívoca sus requisitos y las partes intervinientes.

Una vez que conocemos estos elementos fundamentales del cheque, analizamos las diferentes clases de cheques entre los cuales encontramos cheques nominativos, al portador, en forma mixta. El cheque puede seguir su trayectoria a través de una simple entrega, de la cesión ordinaria, sin descuidar el denominado endoso que consiste en.

A través de los tiempos varios estudiosos de la materia han emitido teorías que justifican la naturaleza jurídica del cheque, entre las principales y que son motivo de este trabajo tenemos: teoría de la cesión del crédito, teoría del mandato, teoría de la delegación, teoría de la estipulación por otro, de la indicación de pago, de la autorización de pago y de la naturaleza mixta.

Después en el capítulo cuarto, se trata del pago del cheque, la cancelación del cheque, así como otros temas importantes como los Plazos legales y los efectos de vencimiento de los mismos, para posteriormente determinar las propiedades, ventajas

y desventajas del cheque, estos temas son tratados sin descuidar la naturaleza y significado de la acción civil, así como las acciones de tipo civil que pueden ser planteadas, esto es verbal sumaria, ejecutiva y ordinaria, para finalmente tratar sobre las acciones de tipo penal a que hay lugar.

INTRODUCCIÓN

El cheque es un título o documento de carácter económico, tan común en el mundo de los negocios que todo el que haya intervenido en ellos, ya sea en carácter de profesional de la industria y el comercio, ya sea simplemente para atender las necesidades ocasionales de la vida, tendría una idea de lo que es un cheque y sabrá distinguirlo prácticamente de otros documentos de carácter también económico.

Cuando se habla de cheque, se piensa, ante todo, que se trata de un papel escrito, consistente en un formulario impreso, con lugares en blanco, los que se llenan al entregarlo a alguien en lugar de dinero. Se piensa en la presentación del documento a un banco o institución equivalente y por último, en la obtención de la cantidad determinada en él, previa firma transversal en la cara anterior, en señal de cancelación.

La condición característica del cheque, es el contrato de cuenta corriente que debe haber celebrado el girador con una institución bancaria previamente. Es decir, quien gire un cheque debe tener dinero o crédito en una institución bancaria o, por lo menos, ser titular de una cuenta corriente.

En el Ecuador, sobre todo a nivel de actividades comerciales, se ha desnaturalizado la verdadera función del cheque el mismo que se lo ha venido utilizando como un instrumento de crédito para el pago de ventas a plazos o como un instrumento que garantice el pago de una obligación, cuando nuestra legislación expresamente señala que: "El Cheque a 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 cheques de aquellos fondos".

Si bien el presente trabajo no podrá impedir la utilización del cheque en nuestra sociedad como un instrumento crediticio, creo que por lo menos es importante aportar

a concientizar a quienes vayan a utilizar el cheque, lo hagan de una manera adecuada y conforme la normativa nacional y no para fines distintos a los establecidos por el legislador al momento que crearlos y regular su existencia. Si pudiéramos lograr con esto que por lo menos se respete en mayor grado la correcta utilización del cheque y el respeto de la norma jurídica habríamos conseguido mucho.

DESARROLLO DEL TEMA

CAPÍTULO I

ESTUDIO SOBRE EL CHEQUE

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En Italia. Fundamentalmente las opiniones sobre el problema de la localización del origen del cheque pueden dividirse en tres grupos: las que señalan, respectivamente, como lugar de nacimiento o de invención del cheque, Italia, los Países Bajos e Inglaterra.

Goldschmith, sostiene que a fines del año 1300 circulaban en lugar de dinero, certificados o fez de depósito emitido por los bancos italianos, y algunos autores ven en tales documentos un antecedente del cheque moderno.

Según, los bancos tenían la forma de un mandato u orden de pago y eran transmisibles. Sin embargo, según una opinión más autorizada, tales documentos eran realmente recibos o resguardos entregados por el banquero a su cliente, esto es, documentos expedidos por los banqueros venecianos para acreditar la constitución de depósitos de dinero y facilitar su retiro.

Las polizze del banco de Nápoles (segunda mitad del siglo XVI), eran títulos emitidos por el depositante a cargo del banco, pagadero a la vista y transmisible por endoso. A las polizze sciolte, que no ofrecían al tomador la seguridad de la real existencia de fondos disponibles en poder del banco, se añadieron en seguida las polizze notata

fede, sobre las cuales el banquero atestiguaba o certificaba la existencia efectiva en su poder de la suma suficiente para el pago.

En los Países Bajos. También se encuentran antecedentes del cheque moderno. En la exposición de motivos de la ley belga sobre el cheque de 1873, se afirma que este documento se usaba desde tiempo inmemorial en Amberes, bajo el nombre flamenco de bewijs. Algunas crónicas nos muestran que Sir Thomas Gresham, banquero de la Reina Isabel, vino a Amberes en 1577 para estudiar esta forma de pago, y que él la introdujo en Inglaterra.

A fines del siglo XVI, en Holanda, especialmente en Amsterdam, los comerciantes acostumbraban confiar a cajeros públicos la custodia de sus capitales, de los que disponían mediante la emisión de órdenes de pago a favor de terceros y a cargo de los referidos cajeros. Estos documentos, precursores también del moderno cheque, recibieron el nombre de "letras de cajero" (kassiersbreifje), fueron regulados posteriormente por una ordenanza de 30 de enero de 1776, en la cual se inspiró la moderna legislación holandesa sobre el cheque.

En Inglaterra. Un gran número de autores consideran que el cheque moderno es un documento de origen inglés, que inicia su cabal desarrollo en la segunda mitad del siglo XVIII. Es decir, sostienen que la historia del cheque moderno y su posterior desarrollo y difusión, como institución económica y jurídica peculiar, comienza en Inglaterra. La etimología misma de la palabra referida, afirma sin duda el origen inglés del documento.

En la misma Inglaterra se señalan como precursores del cheque los mandatos de pago expedidos por los soberanos ingleses contra su tesorería, en el siglo XII, conocidos con el nombre de billae scacario o bills of exchequer. Sin embargo esos documentos solo

tienen una analogía mínima con el cheque moderno y que, en realidad, no son sino menos delegaciones emanadas de la potestad política, es decir, simples documentos de carácter administrativo.

Los verdaderos precursores del cheque moderno en Inglaterra son los documentos conocidos con el nombre de Cash-Notes o Notes. Se trataba de títulos a la orden o al portador, que contenían un mandato de pago del cliente sobre su banquero y se remontan a la segunda mitad del siglo XVII. El autor MacLeod, señala como fecha del más antiguo la del 3 de junio de 1683.

Queda confirmado en el artículo 73 de la Bills of Exchange Act. 1882 que dispone: "el cheque es una letra de cambio a la vista girada contra un banquero" (A cheque is bill of exchange Drawn on a Banker payable on demand).

La legislación sobre el cheque. Aunque la práctica del cheque es anterior, como hemos visto, no es sino hasta la segunda mitad del siglo XIX cuando la institución penetra en las distintas legislaciones nacionales.

Francia es el primer país que legisla en forma orgánica en materia de cheque. La ley del 14 de junio de 1865, introdujo y reguló por primera vez en Francia el instituto del cheque, imitando la práctica inglesa, como afirma unánimemente la doctrina francesa.

Dicha ley fue derogada por el decreto-ley de 30 de octubre de 1935, que introdujo en Francia las disposiciones de la Ley uniforme en materia de cheque aprobada en Ginebra el 19 de marzo de 1931.

El 20 de junio se promulga en Bélgica la primera ley sobre el cheque, modificada y adicionada posteriormente por las de 31 de mayo de 1919 (cheque cruzado), 19 de abril de 1924 y 25 de marzo de 1939. En 1953 (10 de agosto) ha sido incorporada la legislación uniforme.

En Italia el cheque fue regulado por primera vez en el Código de comercio de 2 de abril de 1882. Por real decreto de 21 de diciembre de 1933, adopta las disposiciones de la ley uniforme de Ginebra sobre el cheque.

En México, han regulado el cheque, sucesivamente, los Códigos de comercio de 15 de abril de 1884 y de 15 de septiembre de 1889 y la ley general de Títulos y Operaciones de Crédito de 26 de agosto de 1932.

1.2 DEFINICIÓN

Es necesario llegar a la definición del cheque. Definir el cheque es sencillamente saber con precisión, de qué se trata cuando se habla del cheque.

El punto de divergencia puede estar en determinar si es la ley quien debe preocuparse de definir el cheque, o si esta función debe dejarla en la ciencia jurídica.

En el Derecho toda definición es peligrosa, dijeron los romanos (“in iure omnis definitio periculosa”). Entre las respuestas que dieron los representantes de los gobiernos al Cuestionario de 1910, el criterio uniforme de las de Italia y España quedó expuesto de esta manera “Por regla general, las definiciones son impropias de una ley, pertenecen a la ciencia, no al legislador; la definición legal del cheque presentaría especiales dificultades y peligros”.

Definir es determinar en extensión y comprensión su significado, es decir, hasta dónde llega una cosa. La ley debe dar los elementos de una definición, debe trazar las líneas que limitan el concepto, porque hay que saber a qué se refiere cuando da normas sobre algo; de lo contrario, supondríamos al legislador hablando de lo que se sabe.

En cambio, la definición técnica, sistemática y teórica no es propia de la ley sino de la ciencia. Desde el punto de vista teórico, el desiderátum debe hacer llegar a una definición conceptual perfecta, con su objeto indicado con claridad y precisión.

Sin embargo, son varias las legislaciones que han dado una definición del cheque. Hay que tomarlas en lo que tengan de dispositivo, como base para la interpretación de las normas de las respectivas legislaciones, sin perjuicio de establecer el concepto científico.

1.2.1 DEFINICIÓN PROPUESTA POR DIVERSAS LEGISLACIONES

A tres se puede reducir los grupos o tipos de definiciones elaboradas y consagradas en las diferentes legislaciones.

A. El primer grupo o tipo de definiciones es el de las que encuadran al cheque en el marco de la letra de cambio, considerándolo como una variedad de letra; en la definición lógica de cheque, el género estaría constituido por la expresión “letra de cambio” y como diferencia específica se añadiría lo que distingue al cheque de las demás letras; es el tipo inglés de definición del cheque, tal cual se perfiló en la ley inglesa de 18 de agosto de 1882 (Bill of Exchanges Act, art.73) y fue adoptado por la ley norteamericana (art. 321); han copiado este tipo de definición las legislaciones de otros países americanos, como Colombia, Costa Rica y el Salvador; según la mencionada ley inglesa, el cheque es “ una letra de cambio, girada contra un banquero y pagable a la vista”.

B. Un segundo grupo o tipo de definición sigue el modelo francés y toma como elemento genético el de “mandato”: la ley francesa, 1865, define el cheque de este modo; “El cheque es el escrito que, bajo la forma de mandato de pago, sirve al girador para efectuar a su provecho o en el de un tercero el retiro de todos o parte de los fondos tenidos a favor de su cuenta en poder del girado y disponible”. El Código Español (art. 534) aplica el concepto de una manera más directa: “El mandato de pago, conocido en el comercio con el nombre de cheque, es un documento que permite al librador retirar en su provecho o en el de un tercero, todos o parte de los fondos que tiene disponibles en poder del librado”.

C. El tercer tipo califica al cheque de “orden de pago”, orden escrita; a este grupo pertenecen las definiciones dadas por la ley chilena; el Código de Comercio de Argentina; la ley de Letonia, entre otros. La definición del Código argentino es la siguiente: “el cheque es una orden de pago, dado por sobre un banco, en el cual tiene el librador fondos disponibles a su orden o cuenta corriente, con saldo a favor o crédito en descubierto”; copian esta definición Uruguay y Nicaragua; parecida es la definición aceptada por Bolivia; de este tipo es la definición contenida en el Código Soviético de 1929: “Una orden escrita que el librador dicta a su banquero para que pague al beneficiario una determinada suma de dinero a su presentación”.

En Ecuador, la ley de cheques en su Art. 3 estipula que estos documentos “han de girarse contra una institución bancaria autorizada para recibir depósitos monetarios, que tengan fondos a disposición del girado, de conformidad con un acuerdo, expreso o tácito, según el cual el girador tenga derecho a disponer por cheques de aquellos fondos...”¹

¹ Ley General de Cheques, Registro Oficial 898, 26 de Septiembre 1975, Ecuador,

1.2.2. ENSAYO DE UNA DEFINICIÓN COMPLETA Y PRECISA

Para obtener una definición que satisfaga toda exigencia lógica, debe buscarse y expresarse en términos precisos todo lo que en el cheque es “esencial y característico”, dejando de lado las circunstancias accidentales.

Pero tratándose de instrumentos de esta naturaleza, lo esencial y característico es relativo y convencional. Estrictamente, no se puede dar una definición completa universal, pues lo esencial varía con la legislación de cada país.

Afortunadamente, las legislaciones han ido uniformándose y hay ciertos puntos en que coinciden todas ellas o casi todas.

Todavía más. En lo principal podemos distinguir lo que es propiamente la esencia del cheque, es decir, la idea fundamental que ha resultado de la evolución de este instrumento a través del tiempo, y ciertas propiedades que se han añadido a esta idea fundamental y que también se consideran distintivas del cheque.

Por eso hay dos grados de definición lógica del cheque. Una es más abstracta y general, la otra más completa e igualmente exacta.

A.- Definición abstracta y general.- El cheque es “un título que sirve de instrumento para retirar una suma de dinero de una cuenta corriente bancaria” (en algunas leyes, simplemente “de una cuenta corriente”)².

En la definición anterior se incluyen la entidad jurídica material del cheque, que es ser título, papel escrito que encierra un determinado derecho de carácter económico; su finalidad, que es el retiro de una suma de dinero; y su relación con la cuenta corriente

² Vásquez Méndez Guillermo, Tratado Sobre el Cheque, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2000, Pág. 137

bancaria, que es una de las características del cheque que lo distingue de otros instrumentos de valor económico.

B.- Definición completa y exacta del cheque.- Es la que a los indicados elementos añade el “factor Tiempo”, elemento de primera importancia del cheque en su forma moderna. El cheque es: “Un título de breve duración y de valor inmediato que basado en un depósito de cuenta corriente bancaria, sirve para retirar una determinada cantidad de dinero”³.

Esta definición, aplicable a la generalidad de las legislaciones, es suficientemente amplia.

En la definición se indica ante todo el elemento genérico es decir, la categoría de objetos o instrumentos a que pertenece; es un título, o sea, un documento al que van anexos ciertos derechos de carácter económico, con esto se indica la entidad jurídico – material del cheque, lo que es el cheque en si dentro del orden económico y jurídico.

En un título de breve duración: posplazos están determinados en la ley; en ninguna legislación el cheque girado, pagable dentro de la nación, generalmente tiene más de un mes (30 días) de vida, en Ecuador (20 días), Art. 25 de la Ley de cheques.

Es también un título de valor inmediato; el plazo no es de aplazamiento sino de vencimiento, término más allá del cual no se puede pasar; en este sentido, el cheque se distingue de los instrumentos de crédito.

Es un instrumento basado en una cuenta corriente bancaria; esta cuenta es el fondo sobre el que se mueve el cheque, el cheque es el instrumento con que se moviliza y utiliza la cuenta corriente bancaria. La cuenta tiene por objeto poner a disposición del

³ Vásquez Méndez Guillermo, Tratado Sobre el Cheque, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2000, Pág. 138

que ha hecho el correspondiente contrato, un fondo o crédito con el que se haga posible el giro de los cheques.

El retiro de una suma de dinero es el medio de movilizar la cuenta corriente bancaria y es finalidad del cheque; la suma retirada puede absorber todos los fondos del depósito o de crédito, o puede absorber una parte de ellos, pero no puede excederlos, el retiro indicado puede ser material, efectuando por el que presenta el cheque con el objeto de llevarse de inmediato la suma expresada en el formulario, o puede ser equivalente o virtual. También retira una suma de dinero el que recibe un cheque y lo deposita en su propia cuenta, porque tal suma se descuenta de los fondos girados y se traslada a los del beneficiario.

La diferencia está en la diversa fuerza del derecho transmitido.

En la cesión se anula el papel del girador y en su lugar, a título propio, surge el tenedor del cheque. En la delegación alguien representa al girador y, por tanto, obra a nombre ajeno: o bien este representante es el librado (fórmula expuesta por Bouteron), o bien lo es el tenedor, que se presenta a nombre del girador.

La principal objeción que se puede hacer a esta teoría es la inutilidad de acudir a una forzada aplicación del concepto de delegación, cuando es más obvio y satisfactorio apelar al concepto de mandato, bien ni uno ni otro concepto sean suficientes para explicar todas las relaciones que nacen del cheque o de dan vida.

Pero esta orden de pago no siempre constituye pago, pues el banco girado puede o no hacerlo efectivo, esto es, rechazado, ya sea por falta de provisión de fondos, defectos de forma o situación imposible, cuenta cerrada, cheque falsificado o también orden de no pago dolosa.

1.3 INTERVINIENTES

Tres son las personas que intervienen normalmente en la vida del cheque: 1) El girador, que es el que da la orden de pago; 2) El girado, que es el que la recibe para cumplirla, y 3) Tenedor o beneficiario del cheque, que es la persona a favor de la cual se da a orden y que presenta el cheque al girado para recibir el pago de la suma indicada en el cheque.

Sin embargo, puede coincidir en “una sola persona” las figuras del girador y beneficiario cuando alguien gira un cheque para retirar una suma de depósito bancario.

En cambio, no puede coincidir en una sola persona las figuras de “girador” y “girado” de un mismo cheque. El texto uniforme de Ginebra, el artículo 6°, inciso 1° dice: “El cheque no puede ser girado sobre el mismo librado salvo en el caso que se trate de un cheque girado entre diferentes establecimientos de un mismo librador”. Según esto, un banco al hacer una operación comercial no podría girar un cheque pagadero en el mismo banco.

En caso de endoso el beneficiario viene a convertirse en una especie de girador, nombrando a otro beneficiario en su lugar y asumiendo ciertas responsabilidades propias del girador.

En nuestro país, el Art. 13 de la Ley de Cheques, Inc. 2 establece: que se prohíbe el giro de cheques al portador. Será también prohibido el endoso de cheques por parte de beneficiarios personas jurídicas. Será nulo el segundo endoso...

En nuestro país, pueden ser endosados los cheques con un valor de hasta (USD 500) quinientos dólares americanos.

La figura del avalista no es admitida en el cheque por la ley ecuatoriana, ni por la mayoría de las leyes extranjeras, siendo propia de la letra de cambio.

1.3.1 GIRADOR O LIBRADOR DE UN CHEQUE

La primera persona que interviene en la emisión o expedición de un cheque es el emisor, el que lo expide y que toma el nombre de “girador” del cheque (son sinónimos: girar, librar, extender o emitir un cheque); en francés se llama “tireur”, en inglés “drawer”.

Girador o librador es, pues, la persona que, poseyendo un depósito o crédito bancario mediante cuenta corriente bancaria, dispone de él parcial o totalmente por medio de un cheque, que es la orden enviada a su depositario (banco) de entregar a su nombre una determinada cantidad a la persona indicada en la misma orden.

En el cheque debe constar de una manera auténtica quién es el girador; en virtud del cheque mismo debe identificarse su persona.

Tanto la ley ecuatoriana de cheques como el Texto Uniforme de Ginebra exigen la firma y no hablan del nombre del girador.

La firma es algo más que la mera indicación del nombre aun completo, porque es algo personal, es una huella dejada por el propio girador. Pero, como queda dicho, la firma no incluye necesariamente la indicación del nombre y menos del nombre completo.

Puede ser simplemente un signo. Más, en todo caso, debe ser un signo que sirva de base a la identificación en cuando es usado permanentemente por el firmante y en cuanto de él debe dejar constancia en el banco, en el contrato de cuenta corriente bancaria, con la indicación, al mismo tiempo, del nombre completo (nombres y apellidos), domicilio, etc.

El banco debe exigir la identidad entre la firma que aparece en el cheque y la registrada en el contrato de cuenta corriente; en la práctica periódicamente controla la firma, pues ésta cambia con el tiempo. Va cambiando la persona en sus características y como consecuencia cambia la letra y, por ende, la firma.

La “rubrica”, o línea característica con que se subraya o acompaña el nombre de la persona, es complemento de la firma, pero no es necesaria, pues la ley ni siquiera la menciona ni es parte esencial de la firma (en algunas naciones esta en uso, en otras es desconocidas).

Autores como (Supino, David y de Semo, Jorge) señalan: “la palabra “firma” figura adoptada en sentido muy lato para designar cualquier signo material idóneo, según los usos del país, para identificar a la persona que la inserta en el efecto”.

Pero añaden: “Sería compatible con este concepto de la firma la costumbre general, existente en el Japón y otros países de Oriente, de poner el título, no la firma manuscrita sino el sello privado del librador, junto o bajo la indicación de su nombre”.

Por nuestra parte, que cualquier signo sirve o puede servir de firma, pero siempre que sea apto para identificar, siempre que lleve algo personal, como el nombre completo, abreviado o indicado de otro modo convencional, pero de “puño y letra” del firmante.

No son de esta naturaleza no los facsímiles no los timbres que pueden caer en manos de cualquier y ser usados hasta por los menos hábiles falsificadores. Solo en esos países donde la costumbre o la ley expresamente lo autorizan, puede aceptarse este modo de firma, y en forma restrictiva en Ecuador.

1.3.1.1 CAPACIDAD DE GIRAR

La capacidad de girar parece, ante todo, ligada a la capacidad de firmar; ésta viene de ser un requisito mínimo, podríamos decir previo.

Cuando la ley requiere la firma del girador para la validez del cheque, como pasa en nuestra legislación, en la Ley General de Cheques, quien no sabe firmar es, por lo mismo, incapaz de girar un cheque.

Cuando no hay esta exigencia legal en teoría, siendo por lo demás necesaria la identificación del girador, puede hacerse esta identificación de distintos modos:

El Texto Uniforme de Ginebra (Anexo II, art. 2°) dispuso a este respecto: “Cada una de las Altas partes Contratantes, tiene para los compromisos tomados en materia de cheques en su territorio, la facultad de determinar de qué manera puede ser suplida la firma, con tal que una disposición auténtica “inscrita en el cheque”, compruebe la voluntad de aquel que habría debido firmar”.

Uno de esos modos podrá ser el indicado entre las respuestas:

La firma de un tercero a ruego del interesado, ante dos testigos, haciéndose constar el hecho; o bien al nombre del girador, escrito por otro o grabado con un timbre, se lo podría reconocer valor con tal de llevar la impresión digital del mismo interesado, del mismo girador. La manera más auténtica y segura es la identificación del girador por testimonio notarial; medio tanto o más aconsejable cuando mayor sea el valor del cheque.

La capacidad de girar depende, en segundo término, de la capacidad de tener cuenta corriente bancaria, que, a su vez, depende de la capacidad de disponer de la suma de dinero que se quiere entregar en cuenta en una institución bancaria.

El menor de edad, sujeto a patria potestad o a tutela, necesita autorización del padre, de la madre o tutor para tener cuenta corriente y poder girar. Sin esta autorización, el banco sería responsable de la cuenta abierta a un menor.

Según Balsa Belluci: “Sentado el principio de la comerciabilidad del giro del cheque, tiénese como consecuencia que la capacidad para realizarlo es la necesaria para ejecutar actos civiles, de acuerdo con el principio general de la actitud jurídica en el orden mercantil”.

1.3.1.2 GIRO POR PODER

Giro por poder significa que la persona que ha recibido un poder legal, debidamente comprobado y que consta al girado o banco, puede girar con su firma sobre la cuenta corriente del poderdante para los fines determinados en el poder.

La ley General de Cheques exige expresamente la firma del girador. Esto lleva consigo dos consecuencias: a) El que no es titular de la Cuenta Corriente Bancaria no puede girar a nombre del titular si no tiene poder auténticamente comprobado, sobre todo frente al girado (banco), que asume la responsabilidad de ejecutar la orden de pago; b) El que está autorizado por poder se conviene en girador, aunque subordinado: su firma es necesaria, si no firma el poderdante; de modo que en todo caso debe aparecer la firma de uno u otro; no hay pues contravención a la disposición de que el cheque lleve la firma del girador.

Lo importante es que tal poder, ante todo, consta el girado que debe pagar los cheques y debe saber quién es el que da la orden y verificar si es persona que legítimamente la pueda dar. Generalmente se exige escritura pública, salvo que sea una Institución como, por ejemplo, los Tribunales de Justicia, en que basta que el Secretario certifique su cargo para que se reconozca la firma para el giro de los cheques.

La ley ecuatoriana admite expresamente que le girador puede autorizar a otro para que lo presente.

El texto Uniforme de Ginebra dice: “El cheque puede ser girado por cuenta de un tercero” (art. 6, inciso 2).

En este caso podemos decir que la persona del girador se duplica, hay en realidad dos giradores: un girador material y su subordinado y un girador principal, formal; entre uno y otro existe el nexo de un mandato, siendo mandatario el que coloca la firma como representante y siendo mandante aquel en cuyo nombre se coloca la firma y se gira.

El girador subordinado debe atender a la utilidad de su mandante, a su voluntad y condiciones impuestas. Sobre la responsabilidad del que gira un cheque a nombre de otro, establece el Texto Uniforme.

“El que pone su firma en un cheque, como representante de una persona de la cual no tiene poder de obrar, queda obligado en virtud del cheque y, si ha pagado, tiene los mismos derechos que hubiera tenido el pretendido representante. Lo mismo ocurre cuando el representante ha excedido sus poderes “.

Se ha suscitado el caso del mandatario que gira un cheque y éste resulta protestado.

Es evidente la responsabilidad civil del mandante, pero en cuanto a la responsabilidad penal, no cabe duda que sólo responda el que firma materialmente, pues nadie puede cometer un delito por otro. La notificación del acta del protesto debe hacerse a ambos, tanto al mandante como al mandatario. En cuanto se refiere al mandatario que gira sobre CUENTA CERRADA del mandante, es de toda evidencia que el mandatario debe responder de toda acción, civil y penal, sin perjuicio de las acciones que correspondan contra el mandante.

1.3.2. GIRADO O LIBRADO DE UN CHEQUE

Llámase girado o librado (“tire” se llama en francés, “drawer”, en inglés) el depositario, que, en virtud de contratos de cuentas corrientes, recibe depósitos y asume la función de pagar al recibir órdenes de los depositantes.

Es cosa manifiesta que en el cheque debe constar clara y seguramente quién es el girado o librado y esto con indicación precisa del nombre. De lo contrario, no se sabría a las claras a quién va dirigida la orden de pago, a quién hay que presentar el cheque y quién debe pagarlo. El cheque perderá inevitablemente su valor.

De hecho las leyes, empezando por el Texto Uniforme de Ginebra, exige la indicación del nombre del girado (no se exigía en la ley italiana, o sea, en el Código de Comercio; hoy lo exige el Real Derecho de 1933). La ley griega de 1918 exige la determinación del nombre apellido; nombre y apellido o bien razón comercial exige el Código Búlgaro.

Teóricamente hablando y prescindiendo de lo que en cada país establezca el derecho positivo, al nombre del librador equivaldría algún signo convencional por el que el librado quedaría ser legalmente aprobado. Pero es más claro usar un nombre que un mero signo.

El nombre de librado (banco) entre los datos impresos en el formulario de cheques, puesto que es un dato invariable en todos los cheques procedentes de la misma institución.

Es el dato que aparece más visible por el tamaño de las letras que suelen también ser más elegantes en una misma ciudad, añaden al nombre principal la indicación de la sucursal.

Generalmente las leyes no hacen mención del domicilio del librado: esta mención debe considerarse una circunstancia que forma parte del nombre o individualización del librado.

A las leyes corresponde determinar las condiciones para desempeñar las funciones del librado, si puede ser una persona natural (individuo) o debe ser una persona jurídica (institución), o si requiere alguna condición especial.

1.3.3. BENEFICIARIO O DESTINATARIO DEL CHEQUE

El destinatario o beneficiario del cheque es la persona a quién se destina el cheque, en cuyo beneficio se hace directamente el pago.

Naturalmente, el beneficiario, llamado también “tenedor” porque es él quien tiene derecho al cheque como tal, puede cobrarlo por sí o mediante otra persona. Para evitar dificultades ante el girado, quien si desea cobrarlo por medio de otros lo endosa a éste, aunque el endoso de por sí está llamado a ser medio de transferencia de cambio de beneficiario. En nuestro país se prohíbe el segundo endoso, en caso del primero solo se lo podrá realizar en cheques de un valor de hasta USD 500 quinientos dólares americanos.

Hay diferentes casos de designación del beneficiario en el cheque:

- a) El cheque puede ir destinado al mismo librador que se propine retirar una suma de su depósito.
- b) Puede ir destinado a una determinada persona, distinta del librador; en tal caso debe constar el nombre del destinatario colocado en el lugar en blanco que sigue a la orden de pago (cheque a la orden: “páguese a la orden de”; cheque nominativo: “páguese a”).

Puede quedar a disposición del que lo tenga materialmente a la manera de la moneda corriente; esto se indica con las palabras, no se borran, puede ser cobrado por el portador aun sin el nombre del destinatario.

En nuestro caso, el Art. 13 Inc. 1 de la LCh, prohibiciones sobre el pago de cheques estipula: “Prohíbese el pago de cheques al portador...”⁴, con lo que queda establecido en forma expresa que no es válido el giro de cheques al portador, que en otras legislaciones tiene plena validez.

Una vez que señalamos las limitaciones que existen en nuestra legislación, debemos indicar que de manera general y basado en otras legislaciones, queda el documento en las siguientes situaciones:

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 otro equivalente (nominativo; o al portador.)

El cheque a favor de una persona determinada con la mención “al portador” o un término equivalente vale como cheque al portador.

El cheque sin indicación de beneficiario vale como cheque al portador

1.4 REQUISITOS QUE DEBE CONTENER EL CHEQUE

Nuestra legislación en la CODIFICACION DE LA LEY DE CHEQUES, publicada en el Registro oficial 898, el 26 de Septiembre de 1975, en el Capítulo I De la Emisión y de la Forma, en el Art. 1 establece los requisitos que debe contener el cheque:

⁴ Ley General de Cheques, Registro Oficial 898, 26 Septiembre de 1975, Lexis, Quito Ecuador, Pág. 3

- 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.

A continuación realizaré una sucinta explicación y la indicación de los aspectos más relevantes de los mismos:

1.4.1 LA DENOMINACIÓN DE CHEQUE

La denominación de cheque, inserta en el texto mismo del documento y expresada en el idioma empleado para su redacción. Esta cualidad indica la naturaleza del instrumento.

1.4.2 EL MANDATO PURO Y SIMPLE DE PAGAR UNA SUMA DETERMINADA DE DINERO

El mandato puro y simple de pagar una suma determinada de dinero, se confunde con la esencia misma del instrumento bancario.

Así lo reconoce la jurisprudencia ecuatoriana: "...En tratándose de cheques no es posible alegar la falta de causa dada la naturaleza de este título, ya que al tenor del numeral 2 del Art. 1 de la ley por la que rigen, constituye un mandato puro y simple de pagar una suma determinada de dinero, siendo transmisible por endoso según el Art. 16 íbidem, debiendo considerarse al tenedor de un cheque endosable, como portador o tenedor legítimo si justifica su derecho por una serie no interrumpida de endosos

aunque el último esté en blanco, pudiendo así ejercitar sus acciones contra el girador, los endosantes y demás obligados...⁵.

En el cheque común, la orden de pago es pura y simple. (art. 1 num. 2 L. Ch Ec.), esto es, no está sujeta a ninguna condición suspensiva o resolutoria, lo que implica que es pagadera a la vista y exigible inmediatamente ante el banco.

Tenemos que considerar la moneda en que se paga.

En Ecuador, entre los requisitos de validez del cheque común, sólo se exigen que los mismos contengan la expresión de una suma determinada de dinero (art. 1 num. 2 L. Ch Ec.). Más adelante se aclara que el importe del cheque puede ser expresado en letras, y en cifras, vale, en caso de diferencia por la suma escrita en letras. El cheque cuyo importe se haya escrito varias veces, ya sea en letras, ya sea en cifras, no vale, en caso de diferencia, sino por la suma menor. (Art. 8 L. Ch. Ec.).

En nuestro país se establece que el cheque cuyo importe se hubiere escrito a la vez en letras y en cifras, vale, en caso de diferencia, por la suma escrita en letras (Art. 8 Inc. 1 Ley Cheques Ecuador).

En consecuencia, en estos últimos países la suma escrita en letras prevalece sobre la suma escrita en números, pues es perfectamente admisible que el girador se haya podido equivocar al poner un cero de más o un cero de menos, pero no que se haya podido equivocar al escribir la suma escrita en letras (art. 8 Ley Cheques). En consecuencia en estos últimos países la suma escrita en letras prevalece sobre la suma escrita en números, pues es perfectamente admisible que el girador se haya podido equivocar al poner un cero de más o un cero de menos, pero no que se haya podido equivocarse al escribir la suma escrita en letras.

⁵ Cheque, Gaceta Judicial 68, 1932

En este punto existe una queja recurrente de la doctrina, “por cuanto los bancos en muchas oportunidades ignoran esta última norma, rechazada el cheque con la leyenda “no coincide cifra en letras y en números “lo cual carece totalmente de fundamento legal, siendo el girado responsable por las consecuencia de este acto ilícito cometido”

1.4.2.1. LA MONEDA EN QUE SE PAGA.- La norma da a entender que solo se debe pagar dinero, y tiene que ser sobre una suma determinada de dinero, única, precisa e invariable, dada la indivisibilidad del cheque, es decir que no puede ser imprecisa, ni prometerse el pago en forma fraccionaria (Gómez Leo, I). La suma de dinero en moneda nacional o extranjera, depende de que la cuenta corriente sea en moneda nacional o extranjera.

1.4.2.2. CLÁUSULA DE INTERESES EN LOS CHEQUES COMUNES.- La ley Uniforme de Cheques de Ginebra de 1931 (art. 7 L. U. Ch. G.), y el Real Decreto Italiano del 24 de agosto de 1933, (art. 7), establecieron el principio de que no se admite la inclusión de cláusula de intereses en el cheque común. La norma de pura lógica y ha merecido unánime aprobación de la doctrina, ya que frente al breve lapso de vida útil del cheque común y a su condición de instrumento de pago que se efectiviza rápidamente, la inclusión de intereses carecería de sentido, provocando nada más que perturbaciones.

Finalmente, la ley Uniforme de Ginebra antes citada se consagró la más rigurosa doctrina cambiaria, considerándola una cláusula especial, prevista y no permitida o prohibida, que no anula el cheque, sino que introducida en el título se la tiene por no escrita, pues desde el punto de vista del derecho interno desnaturalizaría al cheque como orden de pago, y desde el punto de vista del derecho externo resultaría incompatible con la incondicionalidad de la declaración unilateral del girador, la cual es pura y simple.

En la actualidad, en todos los países rige la disposición que establece que toda estipulación de intereses en el cheque común se reputa no escrita (art. 7 L. Ch. Ec).

Tan cierto es esto que en todos los países se establece que el tenedor de un cheque no pagado sea el protesto u otra causa, podrá reclamar sus intereses a la tasa máxima, a partir de la fecha de la presentación al cobro y no del pago de cheque.

1.4.3. EL NOMBRE DE QUIEN DEBE PAGAR O GIRADO

En Ecuador, el cheque debe girarse en 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 cheques de aquellos fondos. No obstante la inobservancia de estas prescripciones, el instrumento es válido como cheque, para efectos de las acciones que correspondan a un portador de buena fé, según lo establecido por Ley general de Instituciones del Sistema Financiero (LISFI). (art. 3 L. Ch Ec.).

1.4.4. LA INDICACIÓN DEL LUGAR DEL PAGO

La indicación del domicilio de pago o lugar de pago (que muchas veces coinciden con el domicilio del girado). Sin embargo, lo que realmente interesa para efectos del cobro del cheque es el domicilio del pago, y no el domicilio del girado.

No siempre el lugar de pago coincide con el domicilio del girado, pues la Ley Uniforme de Cheques en Ginebra de 1931 establecía que el cheque puede ser pagadero en el domicilio de un tercero, ya sean en la localidad donde el girado tenga su domicilio, o en otra localidad.

En Ecuador se establece que si en el cheque no se indica el lugar de pago, se considerará que debe pagarse en el lugar que fue emitido, y si en dicho lugar el girado

no tiene ningún establecimiento, se presume que se debe pagar en el lugar donde el girador tenga su establecimiento principal, es decir, la sede de la Matriz del Banco (el domicilio del girado) se lo considerará como el lugar de pago.

La suplencia legal que rige en Perú, Paraguay, Uruguay y Ecuador ha sido muy criticada por la doctrina (Gómez Leo, II, 418), pues junto con el domicilio de pago se incluye impreso en los formularios el nombre del girado inmediatamente arriba del anterior, por lo que el tenedor sabrá siempre ante qué institución bancaria debe presentarlo al cobro, que es precisamente el lugar del establecimiento del girado.

1.4.4.1 IMPLICACIONES DEL REQUISITO

Entre las más importantes podemos señalar las siguientes:

1°.- *El domicilio de pago sirve al tenedor para identificar en dónde debe presentar al cobro el cheque.*- El domicilio de pago o lugar de pago sirve para que el tenedor sepa dónde debe presentar al cobro el cheque

2°.- *El domicilio pago sirve para definir en ciertos casos quién es el juez competente.*- la indicación del domicilio de pago sirve para establecer quién es el juez competente que puede conocer una demanda.

3°.- *El domicilio de pago sirve para definir las normas de competencia internaional aplicables al cheque.*- en la convención de Ginebra de 1931, destinada a regular ciertos conflictos de leyes en materia de cheques, luego de pocas discusiones se hizo prevalecer la aplicación de la ley del país donde el cheque hubiera de ser pagado.

De este modo se excluía la capacidad pasiva que se rige por su ley nacional (art. 2); los efectos de las obligaciones suscritas, que se rigen por la ley de donde fueron

contraídas (art. 5); los términos de prescripción, que se rigen para todos los firmantes, por la ley del lugar de creación del título (art. 6).

1.4.5. INDICACIÓN DE LA FECHA Y LUGAR DE EMISIÓN.

La fecha de emisión del documento debe ser completa, precisa, clara, cierta y real.

1°.- *la fecha de emisión debe ser completa y precisa.*- para nosotros, la fecha será completa y precisa cuando está compuesta por el día, mes y año. No se acepta que se ponga sólo el año, o solo el mes, o solo un determinado día, pues tales datos aislados impiden precisar la fecha de creación. Por ejemplo si se estampa “junio de 2009” o “28 de junio”, se entiende que no se está precisando la fecha, y esta falta de exactitud hará que el documento contenga un defecto de forma que lo invalida.

A pesar de lo expuesto, Gómez Leo, citando a Vivante y Bonelli, manifiesta que la fecha puede ser indicada de otra forma distinta que establecido el día, mes y año, siempre que esa determinación sea inequívoca: v. gr. Una fiesta religiosa movable o no, como Viernes Santo de 1995, o Navidad de 1995, etc.

En cambio Zavala Baquerizo no comparte este criterio, pues al decir, por ejemplo, “en la Navidad de 1995”, no se señala la fecha como no lo es, se hace constar en el cheque “30 de febrero o 32 de octubre”. En todos los casos, el banco librado debe negar el pago del cheque, por cuanto se ha omitido un requisito formal necesario, como es la fecha de emisión, la misma que debe ser completa, esto es, hacer constar en el cheque en número o en letras, el día, mes y año en que se libra el documento.

2°.- *La fecha de emisión deber ser “única”.*- En efecto, si se llenara más de una fecha de creación, ello imposibilitará precisar el momento en que se libró el cheque, y por tanto, sería causal de invalidez del documento.

3°.- *La fecha de emisión debe ser redactada claramente.*- A nuestro modo de ver, es necesario, que la fecha de emisión sea redactada claramente, pudiendo ser hecha a máquina o caligráficamente.

4°.- *La fecha de emisión debe ser “cierta”.*- La lógica nos indica que el girador debería librar el cheque en la fecha en que realmente ejecuta tal acto. De lo contrario, significa que crea un cheque “antedatado” o “posfechado”. Tal acto equivaldría a una “falsedad”, que puede ser probada contablemente. Esta falsedad no afecta a la validez del cheque, pues en todas las legislaciones se establece que el cheque común presentado al pago antes del día indicado como la fecha de emisión, es pagadero el día de su presentación al cobro ante el girado.

En nuestro país, si se llega a probar que un cheque común era posfechado, el juez impondrá al beneficiario la multa de 20% del importe del cheque, como castigo por haber aceptado un cheque postdatado, además de quitarle el derecho a reclamar el importe por la vía ejecutiva, pudiendo hacerlo por la vía ordinaria, que es un juicio más largo. Como se podrá apreciar, en Ecuador la falsedad en la fecha de emisión no anula el cheque, pero trae como consecuencia la multa respectiva al beneficiario, y la pérdida de la acción ejecutiva o verbal sumaria, quedándole solo la ordinaria.

Además el Art. 24 de la LCh, establece: “El cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de emisión, debe ser pagado o protestado”.

5°.- *La fecha de emisión debe ser “real”.*- Obviamente, una cosa es que el girador libere el cheque en la fecha en que realmente lo hizo, y otra cosa muy distinta es que la fecha establecida exista realmente. Nadie puede negar que exista la fecha “8 de Octubre de 2009”, en el calendario occidental. Pero si se estipulara una fecha que “no existe” o que es “imposible”, ello traería como consecuencia la nulidad del documento, aunque es de notar que existen fallos judiciales que sostienen lo contrario.

1.4.5.1. IMPLICACIONES DEL REQUISITO

Entre las principales implicaciones están:

A.- Establecer si el cheque ha sido girado con fecha antedatada o posfechada.

B.- Establecer si el cheque se libró cuando el girador estaba en capacidad legal para hacerlo.

C.- Establecer la época en que el cheque diferido se lo presenta para el cobro ante el banco girado.

D.- La falta de la fecha de creación, produce nulidad del documento.

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

Siendo calificado de esencialísimo por la doctrina (Fontanarrosa), y por la jurisprudencia:

“... La firma es requisito esencialísimo del cheque...”

Si bien es cierto que este requisito es calificado de esencialísimo, es necesario evidenciar que la libertad de la firma resulta de hecho limitada (Majada), pues a diferencia de lo que ocurre con las Letras de Cambio o Pagarés, respecto del cheque ella debe ajustarse a la que quien está autorizado a operar la cuenta corriente tenga registrada en el banco, según las tarjetas del registro de firmas (Cabrillac), firma que deberá ser actualizada cada vez que el banco girador lo estime necesario, o cuando por alguna circunstancia los rasgos de la rúbrica hayan variado de modo que los nuevos caracteres formales dificulten su cotejo, haciendo difícil comprobar su autenticidad.

La firma es el único requisito formal que debe ser escrito de puño y letra por el librador del título, de lo contrario no sería firma autógrafa (Mossa), sin que se admita la impresión digital, ni la firma a ruego, ni una cruz que no tenga algún rasgo de originalidad o algún matiz peculiar en la rúbrica que la identifique (Fontanarrosa, Gómez Leo), no siendo indispensable que sea legible, pues en la mayor parte de los casos la ilegibilidad la hará más característica, reconocible y difícil de imitar o falsear (Majada).

1.4.6. FIRMA DEL GIRADOR

En Ecuador, no existe dentro de las normas que rigen al cheque una definición legal de firma.

Bajo esta circunstancia, cuando no exista definición legal, “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general que se de a las mismas palabras;...”⁶, acudiendo si es necesario a los casos análogos, a la doctrina y a los más prestigiosos diccionarios de lengua Española dan respecto a la palabra “firma”.

Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la firma es:

“... El Nombre y apellido, o título de una persona, que ésta pone con rúbrica al pie de un documento escrito de mano propia o ajena, para darle autenticidad o para obligarse a lo que en él se dice... “Y por rúbrica, se entiende el: “...Rasgo o conjunto de rasgos de figura determinada, que como parte de la firma pone cada cual después de su nombre título de la persona que rubrica...”.

⁶ Código Civil Ecuatoriano, Registro Oficial Suplemento 46, Codificación 10, 24 Junio 2005, Art. 18 Num 2

Sabemos que el “girador” es aquella persona (natural o jurídica) legalmente capaz que, de conformidad con el acuerdo, expreso o tácito (contrato de cuentas corrientes) celebrado con una institución bancaria autorizada a recibir depósitos monetarios, tiene derecho a disponer por cheque de los fondos que hubiera depositado en dicha institución bancaria. Al firmar el cheque el girador, deja constancia de su responsabilidad por la orden de pago que emite, debiendo cumplir el girado.

Antes de efectuarse el pago del cheque, el girado debe cerciorarse que la firma que contiene el documento sea auténtica, esto es, confirma con la firma registrada en el banco. En este sentido el cheque común, es un documento que está revestido de “fe pública”, es obvio que el banco girado, los endosantes y demás tenedores del cheque requieran que el documento contenga la firma “oficial”, es aquella que la persona debe usar en todos sus actos públicos y privados, y que se encuentra en su cédula, de identidad y ciudadanía. Aunque el ciudadano estampare una “rúbrica” en su cédula, de conformidad con la Ley, tal rúbrica es considerada una “firma”. Luego se entenderá por “firma oficial” de una persona, la que conste en su cédula de identidad y ciudadanía, la que será usada en todos los actos públicos y privados. En consecuencia, es esta firma la que el girador debe hacer registrar en las tarjetas de registro del banco girado, al momento de abrir una cuenta corriente.

Los doctrinarios han discutido si el registro de firmas del banco debe contener solo la firma “oficial” del girador (Teoría de la firma oficial), o si éste puede pactar con el girado.

1.4.6.1. TEORIA DE LA FIRMA OFICIAL

Los argumentos son los siguientes:

1°.- El cheque debe contener solo la firma que consta en la cédula de ciudadanía del girador, pues ésta es la firma que el Estado considera “oficial” en todos los actos

públicos y privados. Por consiguiente, cualquier elemento que en un documento se agregue como parte de la firma “oficial”, implicará la alteración e invalidez de la misma, repercutiendo sus efectos en el acto o documento que se la estampa, quitándole efectividad, pues la persona que firmó de este modo puede alegar que “esa” no es “su” firma (la firma oficial). Incluso, aún cuando traten de mirar al interés particular de las personas (el girador y el girado, por registrar la antefirma), no es menos cierto de que el cheque es un documento al que el Estado lo ha revestido de “fe pública”, y la firma que se debe usar en el mismo debe ser solo la firma “oficial”, a fin de proteger los intereses de terceros de buena fe.

2°.- Ahora bien, sin perjuicio de que se registren la firma con sus antefirmas, la falta de éstas últimas no produce la invalidez del cheque por defecto de forma. En efecto, lo que determina la no validez de un cheque es la falta de algún requisito, salvo en los casos determinados en los incisos siguientes:

A falta de indicación especial, el lugar designado a lado del nombre del girado se reputará ser el lugar de pago. Cuando estén designados varios lugares a 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 que ha sido emitido, y si en el no tiene el girado ningún establecimiento, en el lugar donde tenga el girado el establecimiento principal (art. 2 Inc. 1 L.Ch. Ec. Etc.). En este sentido, el sello de la antefirma es un elemento “que sobra”, es decir, un elemento que se le “añade” a la firma, por acuerdo común, no se establece en ningún momento que el documento deba contener la antefirma, si la hubiera, para efectos de su validez. Solo exige que contenga la firma del girador. Luego, si falta ese elemento (la antefirma) no por eso vamos a hacer que el documento sufra “un defecto de forma”, pues la firma si está registrada.

1.4.6.2. NUMERO DE FIRMAS DEL GIRADOR

La firma del girador, por ser un requisito esencialísimo del cheque, debe guardar relación con la firma registrada en el banco girado, por cuanto es la prueba de manifestación expresa de la voluntad del girador al girado para que éste entregue al tenerlo del título una determinada suma de dinero, a la fecha de su presentación al cobro.

1.4.6.3. EFECTOS DE LA FIRMA DEL GIRADOR

La firma del girador convierte al titular como sujeto principal de la obligación de pago que contiene el documento, de tal modo que el girador responda siempre por el pago, toda cláusula por la cual el girador se exima de esta responsabilidad se reputa no escrita (art. 11 Ley de Cheques).

La responsabilidad del girador no desaparece si el girado paga el cheque por un sobregiro autorizado, pues en este caso, el Banco se subroga en los derechos del título para poder repetir contra el girador, quien deberá pagarle el valor y la comisión por sobregiro y demás cargos establecidos en la Ley. Tampoco desaparece la responsabilidad del girador, si el girado avala el cheque, pues en este caso, el avalista se subroga en los derechos del título, y tiene acción de regreso contra el girador.

Cabe aclarar que si la cuenta corriente está abierta a nombre de dos titulares que pueden firmar el cheque de manera indistinta, y el documento sólo contiene la firma de uno de ellos, el cotitular que no lo firmó no puede ser demandado para pagar el cheque bajo el pretexto de que existe solidaridad, pues para que haya ésta es necesario que exista su firma en el documento.

1.4.6.4. CLÁUSULA SOBRE EXONERACIÓN DE GARANTÍA DEL GIRADOR

Toda cláusula por la que exima de responsabilidad al girador se reputa no escrita, así lo prescribe el Art. 11 Ley de Cheques de Ecuador.

1.4.6.5. SUSTITUCIÓN DE LA FIRMA DEL GIRADOR

En principio la firma debe ser hecha de modo manuscrito por el girador. Sin embargo a nivel de derecho comparado se dan excepciones.

En la conferencia de la Haya de 1912, China presentó una propuesta sobre la posibilidad de admitir el libramiento de cheques mediante sellos auténticos con su respectiva registración. Dicha propuesta fue rechazada.

La Ley Uniforme de cheques de Ginebra de 1931, tampoco tuvo en cuenta el articulado de excepciones; sin embargo se concedió en el anexo II, como reserva 2, a las partes contratantes la facultad de determinar de qué manera puede ser suplida la firma, con tal de que por una disposición auténtica inscrita en el cheque se compruebe la voluntad de aquel que habría de formarlo.

Uno de los mecanismos de sustitución de firma puede ser la “firma facsímil” del girador. Facsímil o facsímile, viene del latín “fac o facere”, que significa “hacer”, y del latín “simile”, que significa “semejante”. El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define la palabra “facsímil” como la: “...Perfecta imitación o reproducción de una firma, escrito, dibujo, impreso, etc.”.

La ley de cheques ecuatoriana tampoco establece una disposición similar para los cheques comunes. Sin embargo, la “firma facsímil”, si se la está usando en este último país para otros documentos revestidos de “fe pública”, como son los títulos de crédito que emite el Ministerio de Economía y Finanzas. El código tributario del Ecuador acepta la posibilidad de que los referidos títulos de crédito emitidos por el ministerio

contengan, en lugar de la firma autógrafa, una firma facsímil (art. 151 num. 7 C. Trib. Ec).

1.4.6.6. EFECTOS JURIDICOS EN CASO DE FIRMAS FALSAS.

Cuando un cheque lleve firmas de personas incapaces firmas falsas de personas imaginarias o firmas que por cualquier otra razón no pueden obligar a las personas por quienes se haya firmado el cheque o con cuyo nombre aparezca firmado las obligaciones de cualesquiera otros firmantes no dejarán por eso de ser válidas (Art. 9 de la Ley de Cheques). Si falta algún requisito intrínseco, por ejemplo, falta de voluntad, por nunca haber firmado el cheque que le fuera sustraído, y si el girador interpone una orden de abstención de pago del cheque girado, salva su responsabilidad, debiendo en todo caso el juez resolver sobre el caso. En caso de que el banco girado pague el cheque con estos vicios, es responsabilidad de los daños y perjuicios causados al titular de la cuenta, a menos que la orden de abstención de pago se hubiera presentado después de que se haya efectuado el pago del cheque, pues el cliente, según el contrato de cuentas corrientes, exime de responsabilidad al Banco por el pago de cheques falsificados cuya orden de no pago del cliente hubiera llegado después de haberse efectuado el pago.

Sin perjuicio de lo anterior, siguiendo el principio de autonomía e independencia de las obligaciones cambiarias, las obligaciones de otro sujeto signatario del documento, como endosatario del título, prevalecerá y surtirá sus efectos, aunque el cheque formalmente sea inválido. Es decir, cuando un cheque lleve las firmas de personas incapaces, las firmas falsas, personas imaginarias o firmas que por cualquier otra razón no puede obligar a las personas por quienes se haya firmado el cheque no con cuyo nombre aparezca firmado, las obligaciones de cualquiera otros firmantes no dejarán por eso de ser válidas.

1.4.6.7. FALSO MANDATO.- INSUFICIENCIA O ABUSO DE PODERES.-

Quién pusiese su firma en un cheque como representante de una persona de la cual no tiene poder para ese acto, queda obligado, el mismo cambia diariamente como si hubiese firmado a su propio nombre; y si hubiese pagado, tiene los mismos derechos que hubiera tenido el supuesto representado. La misma solución se aplicará cuando el representante hubiere excedido sus facultades (art. 10, L. Ch. Ec). En consecuencia, quien firma un cheque como girador, endosante o avalista, en representación de una persona de la cual no tiene poder suficiente, queda obligado personalmente, desde su requerimiento al pago de él. Debe entenderse incluido en el supuesto tanto el falso procurador como el mandatario instituido formalmente, aunque sin contar con facultades suficientes para obligar a su representado. Es decir que tanto el representante que excedió los límites de su poder, como el sujeto que carece de poder otorgado a su favor, deben responder por la totalidad de la obligación asumida. La norma le atribuye al firmante una responsabilidad objetiva independientemente de su buena o mala fe, prescindiendo de este modo del aspecto subjetivo de la cuestión.

En el evento de que el firmante pague el cheque, tiene los mismos derechos que le corresponderían al representado, es decir, que puede reclamar de los solidariamente obligados la suma íntegra pagada por él, los intereses y los gastos efectuados, calculados a la tasa máxima que permite establecer la ley, a partir del día de pago; y las costas procesales. (Art. 46, L. ch. Ec.).

Las demás disposiciones existentes entre mandante y mandatario, así como las responsabilidades de éste último, pertenecen al ámbito del derecho común y se desenvuelven en él (art. 2020, al art. 2076 Código Civil ecuatoriano libro IV)

CAPÍTULO II

CLASES DE CHEQUES Y CIRCULACIÓN

2.1. CHEQUES NOMINATIVOS

La doctrina define a los cheques “nominativos” como aquellos que han sido emitidos a favor de una persona determinada (Fontanarrosa). La palabra nominativo viene de “nominal”, del latín “nominales”, que “tiene nombre” (Gómez Leo). La diferencia entre el cheque nominativo con el cheque al portador está en que éste último se emitió sin indicaciones del beneficiario, pueden ser librados nominativamente, o al portador (Art. 5 Ley de Cheques Ecuador). En nuestro país como ya lo dije anteriormente no está permitido girar los cheques al portador tal como lo establecía el Artículo 11 de la Ley No. 17, publicada en Registro Oficial Suplemento 78 de 1 de Diciembre de 1998, se prohíbe librar cheques al portador y un segundo endoso del beneficiario, actualmente sustituido por el artículo 2 de la Ley No. 70, publicada en Registro Oficial 572 de 9 de Mayo del 2002, que reitera la prohibición.

El carácter de título nominativo de un cheque no depende de la cláusula que se inserta en el documento (a la orden, o no a la orden), sino en el hecho de que en dicho documento conste el nombre de una persona en cuyo favor ha sido expedido o endosado el documento en mención. Por esta razón, la doctrina considera que la cláusula “a la orden” resulta sobreabundante, y en los hechos, no se justifica su inclusión (Giraldi, Gómez Leo).

Antiguamente en Ecuador se permitía la emisión de cheques nominativos con o sin cláusula expresa a la orden u otra equivalente, cheques nominativos y nominativos a la orden, en la actualidad se encuentra prohibida la emisión de los cheques al portador y un segundo endoso del beneficiario Art. 2 de la Ley No70 del Ecuador

Prohibiciones sobre pagos de cheques, prohíbese el giro de cheques al portador. Será también prohibido el endoso de cheques por parte de beneficiarios personas jurídicas. Será nulo el segundo endoso. Los bancos no pagarán los cheques que lo contengan (art. 13 Inc. 2 I. Ch. Ec.).

2.2. CHEQUE AL PORTADOR

El Cheque al portador es aquel que se libra sin señalar a persona alguna como beneficiario o simplemente con la cláusula “al portador” (Art. 5 Ley Cheques Ecuador).

En el Ecuador es uno de los pocos países donde se prohíbe el giro de cheques al portador (art. 2 Ley 2002 – 70; RO 572, 9 – V- 2002).

En concordancia con las normas antes indicadas, se prohíbe el giro de los cheques al portador. Será también prohibido el endoso de cheques por parte de beneficiarios personas jurídicas. Será nulo el segundo endoso. Los bancos no pagarán los cheques que lo contengan. (Art. 13 Ley de Cheques.).

2.3. CHEQUE EN FORMA MIXTA

Cheque en forma mixta es aquel que habiendo sido girado a la orden de determinada persona, lleva consigo además la cláusula “o al portador”.

La Ley Uniforme de Cheques de Ginebra establece que estos cheques, para efectos de su negociación, los cheques sin indicación de beneficiario valen como cheques al portador, disposición derogada de nuestra Legislación (Art. 2 Ley 2002- 70).

Anteriormente, el cheque podía 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 (nominativo); y al portador. la misma que no es aplicable en la práctica, ya que una reciente ley prohibió en nuestro país la emisión, circulación y pago de cheques al portador (art. 2 Ley 2002- 70; RO 572, 9- V- 2002).

2.4. TRAYECTORIA DEL CHEQUE

El cheque, sustituto temporal de la moneda, puede seguir la simple trayectoria que se indica en la orden de pago, pasando de las manos del girador a las del destinatario y de las de éste al girado, para convertirse de inmediato en moneda o para incrementar su cuenta corriente bancaria.

El modo de traspaso, sin embargo, es diferente, según la categoría del cheque; simple entrega, cesión ordinaria, endoso.

2.4.1. SIMPLE ENTREGA

La “empresa” (o “traditio” del derecho romano) como medio de traspaso se aplica al cheque llamado “al portador”, porque el beneficiario o destinatario es el que lleva, el que lo presenta al pago; así sucede cuando el cheque no lleva indicación alguna de beneficiario indeterminado que puede concurrir con el determinado en cuanto dicha cláusula de otro beneficiario indeterminado que puede concurrir con el determinado en cuanto dicha cláusula no se ha borrado.

La entrega consiste en pasar el cheque a otro con ánimo de traspasar también el derecho de propiedad del cheque; pero este ánimo no consta, al menos, en el cheque, sino que se presume por la misma entrega material.

En cambio, no es entrega la apropiación indebida del cheque, la cual da derecho al girador a dar una contraorden u orden de no pago dirigida al girador. Queda

naturalmente el onus probandi, la necesidad de probar que ha habido traspaso legítimo, no apropiación indebida (por hurto, pérdida, engaño).

El cheque traspasable por simple entrega, como se ve, es el de más fácil circulación, el que más se asemeja a la moneda.

La simple entrega en nuestro país no es aplicable por cuanto, la ley prohibió la entrega de cheques al portador.

2.4.2. CESIÓN ORDINARIA

La cesión ordinaria es un medio solemne de traspaso y a ella están sometidos todos los títulos llamados nominativos, por estar especialmente vinculados a la persona cuyo traspaso sometido a determinadas formalidades; por estas formalidades, la cesión ordinaria es un traspaso solemne; su validez depende del cumplimiento de las formalidades señaladas en la ley.

De esta cesión se ocupa el Código Civil, título XXV del Libro IV (De las obligaciones) artículos 1841 y siguientes.

Las normas que el indicado Código establece, son las siguientes:

a) Entrega del Título.- La Cesión de un crédito personal a cualquier título que se haga, no tendría efecto entre el cedente y el cesionario, sino en virtud de la entrega del título (artículo 1841);

b) Notificación y aceptación.- “La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros mientras no ha sido notificada por el cesionario de deudor o aceptada por éste”, (artículo 1842).

La aceptación consistiría en un hecho que la suponga como la “litis contestación al cesionario, un principio de pago de cesionario”, etc. (artículo 1845).

c) Exhibición y anotación.- “La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación de cesionario y bajo la firma del cedente”. (Artículo 1843).

Aunque el artículo 1849 del mismo Código exceptúa de esas disposiciones a las letras de cambio, pagarés a la orden, accionares al portador y otras especies de transmisión que se rigen por el Código de Comercio o por leyes especiales e igualmente parecen ajenas al cheque, esto se entiende en cuanto tiene sus modos propios de transferencias; ahora bien, no siendo aplicables esos modos propios (endoso) al cheque nominativo, a éste le queda el modo común de todos los títulos nominativos.

2.5. ENDOSO

“El endoso es un acto jurídico cambiario, unilateral, completo formalmente accesorio y sustancialmente autónomo del libramiento del cheque, que se comporta como negocio abstracto, mediante el cual se transmite la propiedad del endosarlo para ejercer todos los derechos resultantes del título, a la vez que el endosante asume la obligación de garantía por el pago del cheque” (Gómez Leo, I, 74)⁷.

Con expresión de los cheques girados con la cláusula “no a la orden”, los girados en forma mixta y los cheques al portador, en todos los demás casos los estudios de esta institución jurídica.

Se entenderá como “endoso” a la transmisión de un cheque a la orden, mediante una fórmula escrita en el reverso del documento. (Art. 14 Inc. 1. Ley de Cheques).

⁷ Lazo Mora Alejandro, El Cheque, Editorial Edino, Guayaquil Ecuador, 2005, Pág. 195

En nuestra legislación se prohíbe el segundo endoso del beneficiario. (Art. 2 de la Ley 70)

1°.- ACTO JURÍDICO CAMBIARIO.- Pues el endoso es un medio propio y genuino de transmitir un papel de comercio. Siendo un título al orden nato, son endosables aún cuando no incluyan expresamente la cláusula “a la orden”, mediante una fórmula escrita en el reverso del documento. Así lo reconocen las legislaciones (art. 14 L. Ch. Ec.).

2°.- UNILATERAL.- La fuente del endoso es una declaración unilateral de voluntad que se exterioriza con la firma del endosante. En consecuencia, no se permite el endoso condicionado, pues éste debe ser puro y simple en el cheque común. Se reputará no escrita toda condición a la que se subordine el mismo. (Art. 14 Inc. 2 L.Ch. Ec.).

3°.- COMPLETO.- El endoso tiene que ser por la totalidad de cheque, de modo que no cabe el endoso parcial, pues éste es nulo (art. 14 Inc. 3 L.Ch. Ec.).

FORMA DEL ENDOSO.- El endoso debe escribirse en el mismo cheque o en una hoja adherida al mismo. En el Ecuador la norma sobre el suplemento alguna vez estuvo vigente, pero en la actualidad se encuentra derogada por las últimas reformas que sólo permiten en el cheque común hasta un solo endoso, salvo algunas excepciones.

2.5.1. REQUISITOS DEL ENDOSO

1°.- Nombre del endosatario.- El primer requisito del endoso requiere la indicación del nombre del endosatario, que puede ser un tercero, o el girador, o cualquiera de los obligados. El endoso transmite todos los derechos resultantes del cheque. (Art. 16 L.Ch. Ec.). Este requisito resulta obligatorio sobre todo en Ecuador, porque en este país se prohíbe el endoso en blanco o al portador, de tal modo de, para el endoso

valga, debe indicarse siempre el nombre de la persona a quien se transfiere el documento (art. 16 L.Ch. Ec = art 1 ley 2002- 70).

2°.- Firma del endosante.- La omisión del segundo requisito (la firma del endosante) hace nulo el endoso, pero no perjudica el título que sigue valiendo como cheque.

3°.- Clase de endoso.- La omisión del tercer requisito (clase de endoso, por ejemplo: “en procuración”, “sin responsabilidad”, etc.) establece la presunción de que ha sido transmitido en propiedad “...sin que valga prueba en contrato...” El endoso transmite todos los derechos resultantes del cheque. Prohíbese los endosos en blanco a al portador (art. 16 L. Ch. Ec.).

4°.- Lugar y fecha de endoso.- Generalmente el cheque será endosado antes de ser presentado para el cobro; por esta razón, si el endoso no lleva la fecha, se presume que el mismo fue hecho antes de la presentación o del vencimiento del término para la presentación, salvo pacto o prueba en contrario (art. 23 Inc. 2 L. Ch. Ec.).

CAPÍTULO III

NATURALEZA JURÍDICA DEL CHEQUE

3.1. TEORÍA DE LA CESIÓN DE CRÉDITO

Esta teoría fue propuesta por Michaud Bellaire, en *Revue de Droit Commercial*, año 1864; y por el Ministro Francés Magne, en la discusión parlamentaria de reformas, año 1874.

El cheque encierra la idea de una cesión de crédito: el librador cede al tenedor del cheque aquella parte de sus derechos contra el librado que corresponde a la cantidad indicada en el cheque; se supone que estos derechos cedidos encierran un crédito; no se trata de la cantidad material de dinero, se trata de la posición del librador, parcialmente cedida. Esto vendría a significar que la emisión de un cheque afectaría a la celebración del mismo contrato de cuenta corriente bancaria.

Esta posición que se intenta dar al tenedor de un cheque como parcial suplantador del librador, choca con la realidad. La intención del librador, al extender un cheque a favor de otros, está muy lejos de concretarse en la parcial cesión de su puesto frente al librado en la cuenta corriente bancaria, cuenta que el tenedor no ha hecho y tenedor a quien el banco ignora.

Si el banco tiene la obligación de pagar, no es por haberse creado frente a él una nueva relación, sino por su relación con el verdadero acreedor, con el verdadero cliente a quien conoce, que ha hecho el contrato de cuenta y el depósito.

Menos aún se haría esta suplantación en el caso del cheque girado en comisión de cobranza.

Ninguna ley ha concedido esta posición al tenedor del cheque; y si ni la ley ni la intención del girador se la concede, carece de base, la teoría de cesión de crédito.

3.2. TEORÍA DEL MANDATO

Esta es una de las primeras teorías que se emitieron en Francia, a raíz de la promulgación de la ley en 1865 sobre los cheques. Se aplicó a este instrumento el concepto de mandato de derecho común.

El código civil francés, define el mandato de este modo: “El mandato o procuración es un acto por el que una persona da a otra el poder de hacer una cosa, en lugar y nombre del mandante”.

Aplicando este concepto al cheque, diremos que en su emisión al librador da este poder al librado: le confiere la facultad de cumplir en su nombre y lugar la función de pagar a un tercero la cantidad indicada en el cheque.

Este contrato se considera, por tanto, como hecho entre librador y librado; el tenedor del cheque es un tercero, que no entra en el contrato en calidad de contratante, como en la teoría de la cesión de crédito.

El concepto tal como queda delineado, no parece encerrar dificultad alguna, sin embargo, “es un mandato que, como está dado en interés especial y único del mandatario, pierde sus cualidades de mandato en cuanto a sus efectos a pesar de que en la práctica se traduce en un mandato de pago”.

El mandato tiene ciertas características que no parecen aplicarse al acto de girar el cheque la principal es la indicada: mientras el mandato, por su naturaleza, es a favor del mandante, el cheque es mas a favor del tenedor (llamado precisamente beneficiario) que del librador el cual ciertamente sale de un compromiso mediante el

cheque, pero para ese cede el beneficio del cheque; resulta pues una ventaja negativa para el emisor y una positiva y principal para el tenedor del cheque.

El mandato es, además, revocable; el cheque, irrevocable.

El mandato cesa con la muerte del mandante; el cheque pago no caduca por tal causa.

En todo caso, el cheque involucraría un mandato con características propias, que lo distinguiría del mandato común. Pero la objeción decisiva que podemos hacer a esta teoría es que el concepto de mandato no absorbe todas las relaciones que el cheque origina, por lo cual resulta de por sí una teoría insuficiente.

La teoría del mandato es plenamente aplicable tan solo al llamado "cheque mandato", que constituye una forma excepcional de cheque para el cheque en general, dicha teoría es solo parte de una explicación adecuada.

3.3. TEORÍA DE LA DELEGACIÓN

La delegación es un concepto derivado del Derecho Público y se refiere al ejercicio de determinadas funciones del poder público que alguien ejerce, no como titular del poder, sino como representante del titular. La Delegación difiere esencialmente de la cesión de derecho privado, es una cesión de poder, dependiente tanto de su existencia como en el modo de ejercicio y límite de las funciones; su finalidad, además, no es el provecho privado del cesionario.

Bouteron, en su obra *Le cheque* enfoca así esta teoría que él no acepta. Se sabe que la delegación es el acto por el cual una primera persona ruega a otra que acepte como deudora a una tercera persona, que consiste en comprometerse ante ella; el girador ruega al tenedor que acepte al librado como deudor, consintiendo este en serlo a

nombre de su cliente. La delegación consistiría, pues, en el papel de deudor asumido por el banco en nombre de su cliente girador.

El banco sería un deudor delegado.

En cuanto a la relación entre el girador y tenedor se reduciría al ruego de aceptar al banco como deudor delegado.

Pero es el caso que en el cheque no hay ruego dirigido al tenedor sobre la aludida aceptación. En el cheque hay ruego, orden o indicación, pero se dirige al librado, para que pague a un tercero; este no asume personalidad para el librado, siendo un objeto, un punto de referencia en el cumplimiento en la orden del librado que contrae la obligación respecto del librador, desconociendo en cambio al tenedor y pudiendo negarle el pago, sin que el tenedor tenga voluntad o derecho a reclamo, sino contra el librador, a pesar de su buena voluntad de aceptar al librado como a deudor, en lugar de librador.

Las teorías de la cesión y delegación parecen ser correlativas.

En la teoría de la cesión de crédito, el tenedor o beneficiario es acreedor en lugar del librador; lógicamente el librado resulta deudor del tenedor. En la teoría de la delegación el librado es propuesto como deudor al tenedor, resultando el tenedor acreedor del librado.

La diferencia está en la diversa fuerza del derecho transmitido.

En la cesión se anula el papel de girador y en su lugar, a título propio, surge el tenedor del cheque.

En la delegación alguien representa al girador y, por tanto, obra a nombre ajeno; o bien este representante es el librado, o bien lo que es el tenedor, que se presenta a nombre del girador.

La principal objeción que puede darse a esta teoría es la inutilidad de acudir a una forzada aplicación del concepto de delegación, cuando es más obvio y satisfactorio apelar al concepto de mandato, bien que ni uno ni otro concepto sean suficientes para explicar todas las relaciones que nacen del cheque o le dan vida.

3.4. TEORÍA DE LA ESTIPULACIÓN POR OTRO

Hay estipulación por otro cuando uno de los contratantes se compromete a dar o hacer algo a favor de un tercero, ajeno al contrato en el contrato entre el librador y el librado hay tal compromiso de parte del librado, a favor del legítimo portador del cheque; “el librador tiene un interés directo e inmediato por esta estipulación que tendría como efecto la extinción de la deuda con el beneficiario del cheque”. La estipulación se hace irrevocable por la aceptación del beneficiario. Se ve que en esta teoría se refiere directamente a la cuenta corriente bancaria con la que se confunde el cheque. Pero el cheque y la cuenta corriente bancaria son dos conceptos distintos, aunque correlativos.

El cheque, en todo caso, sería el instrumento por medio del cual se cumpliría la estipulación por otro que sería la cuenta corriente bancaria.

Aún más, enfocado el problema por el aspecto de la cuenta corriente bancaria, la teoría en cuestión no es aceptable porque en dicho contrato no se especifica por la intención de favorecer a un tercero; este favor es solo una consecuencia connatural pero una intención secundaria.

3.5 TEORÍA DE LA INDICACIÓN DE PAGO

El cheque según esta teoría, no tiene naturaleza jurídica propia, es simplemente un pago hecho por medio de un tercero que toma el lugar del deudor directo (representante, delegado, mandatario); el lugar directo (librador) entrega un papel con la indicación de pago por hacer.

La teoría de la indicación de pago fue definida por Emile Olivier cuando se discutía la Ley de Cheque en el Parlamento Francés. La sigue Bouteron que asegura que el cheque constituye “una simple indicación de pago, o mas bien un recibo anticipado rodeado de reglas especiales”.

El cheque, en esta opinión, es un recibo anticipado, rodeado de garantías; en el giro de un cheque, lo principal y sustancia es la voluntad de pagar, el cheque es solo una manifestación, un comprobante.

Choca con esta teoría la idea que todos tenemos que el cheque tiene un valor muy superior a la de un simple recibo es lo cierto que las leyes han dado al cheque mas valor que un recibo, mas fuerza que un pagare, mas valor que una letra de cambio. Las solemnidades que lo individualizan y las garantías que lo rodean son de tal eficacia que encierran en un papel un conjunto de relaciones jurídicas, suficientes para hacer de él una categoría especial digna de ser estudiada.

Si la teoría alemana de Einert dio excesivo valor al papel que es la letra de cambio, la teoría de la indicación de pago no ha justificado el valor que el Derecho ha conferido al cheque por encima de la voluntad del girador.

3.6 TEORÍA DE LA AUTORIZACIÓN DE PAGO

Esta teoría fue propuesta por el Italiano Lorenzo Mossa; de ella hace mérito Sepulveda Gré, según Moza la autorización constituye una figura jurídica nueva, no bien delineada aún por la doctrina. El autorizante reconoce como legítima, en su esfera, la operación hecha por el autorizado; hay en esto evidente similitud con el mandato y la gestión de negocios, pero hay una sustancial diferencia consistente en otorgarse la autorización “en interés del autorizado” en nuestro caso, el interés del beneficiario o tenedor del cheque; este, a diferencia del mandatario, no está obligado a velar por los intereses del mandante, el caso típico de esta figura es precisamente el cheque; el girador autoriza al tenedor para cobrar la suma indicada en el cheque; esta autorización está limitada por la carencia de la facultad para revocarla.

La teoría de la autorización de pago enfoca con acierto el carácter o papel que asume el tenedor; nada dice, en cambio, de la relación con el girado o banco. Si se dice que hay doble autorización, un beneficiario, otra al girador para que pague, cabe preguntar si el girado queda simplemente autorizado o tiene obligación de hacerlo en relación con el girador, supuesto autorizante. Aún el beneficiario parece asumir un papel que no es simple autorizado, ya que adquiere derechos sobre el girador impropios de una simple autorización, en caso de que el girado no pague.

3.7 TEORÍA DE LA NATURALEZA MIXTA

El cheque no es una entidad simple, pues supone relaciones distintas, de diferente naturaleza. De ninguna de esas relaciones se puede prescindir al pretender definir la naturaleza jurídica del cheque.

Este es un instrumento jurídico, que pone en relación al girador con el girado. Esta relación es la mas esencial, la que, en ningún caso, puede faltar porque no hay cheques posibles si no hay alguien que de la orden de pago y alguien que la reciba

para cumplirla; generalmente, pone en relación al girador en relación con un tercero, llamado tenedor o beneficiario; finalmente, surge una relación indirecta e hipotética entre el girado o tenedor o beneficiario.

1.- Por parte de la relación entre el girador y el girado.- El cheque es un documento legal, por el que el girador exige al girado el cumplimiento de lo estipulado en la cuenta corriente bancaria; sería lo mismo decir que el cheque es “la exigencia por medio de un documento legal de cumplimiento estipulado en la cuenta corriente bancario”.

En el contrato de cuenta corriente bancaria se ha estipulado que el librado o banco entregue las cantidades que se van a retirar por medio de cheques; el librado cumple una función estipulada al entregar las sumas indicadas, al indicado por el librador. Cuando se trata de pagar a un tercero como beneficiario, evidentemente hay un mandato en que el girador es mandante y el girado es mandatario, realizando este un acto a nombre de aquél. Cuando se trata de entregar una suma al propio girador no hay mandato alguno; queda el simple concepto de exigencia.

2.- Por parte de la relación entre el girador y el beneficiario.- El girador es cedente del beneficiario; el cheque jurídicamente tiene como contenido una cesión de derecho; el derecho cedido no es la posición del girador frente al girado, pues esta posición deriva del contrato de cuenta corriente bancaria, que ninguna modificación sufre con la emisión del cheque; es simplemente el derecho de retirar del banco la suma indicada en el cheque.

3.- Relación entre el tenedor o beneficiario o el girado o banco.- Es una relación indirecta, en cuanto es derivada de la relación que uno y otro tienen con el girador, y es hipotética, basada en el supuesto de que se cumplan todas las condiciones a que se somete el pago del cheque y que son objeto de responsabilidad entre el girador y el girado; por parte de esta relación entre el tenedor o beneficiario y el girado, el cheque tiene la naturaleza de un simple comprobante del derecho a retirar una determinada

suma de la cuenta bancaria del girador, el juicio sobre el valor del comprobante en cada caso, pertenece al mismo banco o girado pero asumiendo una responsabilidad legal frente al girado; juicio que no es subjetivo dejado a la libre estimación del girado, sino que está determinado por su propio contenido; se trata, por tanto, de un comprobante calificado y en cierta medida un comprobante de carácter público por el valor que le ha atribuido la ley a pesar de no intervenir en su relación ni ratificación ningún funcionario ni ministro de fe.

CAPÍTULO IV

PAGO DEL CHEQUE Y PLAZOS

4.1. PAGO DEL CHEQUE

El pago del cheque consiste en el reemplazo de éste por dinero, es decir, por la cantidad exacta, que él representa y que está indicada en el formulario del título. Es el cambio del título por moneda efectiva entregada a quien legítimamente presenta el documento o bien depositada en la cuenta bancaria del que, por sí mismo o por medio de otro hace la presentación.

El pago es el término normal del cheque, pues, es objeto, a él se encamina por un corto tiempo o plazo; el cheque sustituye a la moneda depositada, pero su destino es ceder el paso, dar el puesto a la moneda.

La mayor prontitud para cumplir su finalidad de llegar al pago es lo que lo hace más apreciable que cualquier otro título económico. Sin embargo, el pago del cheque no se ha de entender necesariamente como “entrega inmediata” de moneda efectiva, puede ser entregada como también puede ser depositada la suma correspondiente en la cuenta bancaria del beneficiario.

Presentación al pago es el acto de entrega del cheque al librado para su pago. Cuando el cheque se presenta a un banco que no es librado en cuanto al cheque presentado, no se trata propiamente de la “presentación jurídica”, del cheque, ni el banco receptor hace propiamente el pago, aunque pueda hacer un adelanto; en el caso indicado se trata simplemente de una “transferencia” hecha por el portador a otro portador o endosatario, que es el banco no librado; por eso, quien lo da a un banco en tales condiciones no cancela el cheque, sino que lo endosa para que el banco endosatario lo cobre (este es el que presenta y cancela el cheque).

La presentación debe efectuarse en el lugar debido y que el tiempo apto. El tiempo apto comienza en la fecha indicada en el cheque y termina al expirar el plazo legal, según los diferentes casos.

El plazo es de días continuos (es decir, no se descuentan los feriados); sin embargo, el último día del plazo deber ser útil, día laboral, si ese día, por el contrario, es feriado, el plazo se prorroga, según lo determine las diferentes legislaciones.

4.2. EL PAGO DEL CHEQUE EN EL TEXTO UNIFORME DE GINEBRA

El Texto Uniforme de Ginebra dedica el Capítulo IV a tratar “De la presentación y pago”, artículos 28-36.

Lo primero que determina el texto es el “cuándo del pago”. “El cheque es pagadero a la vista”, o sea a su presentación de tal manera que: a) “Toda mención contraria se considera no escrita” (art. 28, inciso 1°). Así, en esta legislación de carácter internacional no cabe la excusa de que un cheque se ha dado para conservarse la garantía (esta garantía se basa en la honorabilidad y en la palabra dada, pero no tiene asidero legal en la legislación cambiaria); b) “El cheque presentado al pago antes del día indicado, como fecha de emisión es pagadero al día de la presentación” (art. 28, inciso 2°); sería más lógico no hacer valer el cheque en ningún aspecto, hasta llegar el día en el cheque, pues sólo entonces debe considerarse emitido.

El cheque se presenta a un banco; pero “la presentación” para el pago” (art. 31); en la cámara compensadora está representado el banco girado, lo mismo que otros bancos cuyas mutuas deudas (por ser los unos giradores de los cheques recibidos por lo otros), se compensan; hay pues un pago de compensación.

El pago puede ser parcial, cuando el girador no tiene fondos suficientes: “el portador no puede rehusar un pago parcial”.

En caso de pago parcial, el girado puede exigir que se haga mención de este pago en el cheque y que se otorgue recibido (art 34).

“El girado que paga un cheque endosable está obligado a verificar la regularidad de la serie de endosos, pero no la firma de los endosantes” (art. 35).

En cuanto a la moneda en que se paga el cheque, el Texto Uniforme contiene varias disposiciones, muy a propósito en una ley internacional: “Cuando un cheque estipula el pago en una moneda que no tiene curso en el lugar del mismo, el importe puede pagarse, en el término de la presentación del cheque en la moneda del país, según su valor en el día; si el pago no se ha efectuado a la presentación, el portador puede a su elección pedir que el importe del cheque sea pagado en la moneda del país, según el curso del día de la presentación o del día del pago” (art. 36, inciso 1°).

Los usos del lugar del pago determinan el valor de la moneda extranjera. Sin embargo, el librador puede estipular que la suma a pagar se calcule según el curso determinado en el cheque (inciso 2°). Pero también puede estipular que el pago se haga en una determinada moneda extranjera. Por ejemplo, tanto en dólares sin necesidad de hacer cómputo alguno (inciso 3°).

En ambos casos se trata de una estipulación de librador con los otros que intervienen en el cheque (beneficiario y librado), no de un acto unilateral.

“Si el importe del cheque se indica en una moneda que tiene la misma denominación, pero un valor diferente en el país de emisión y en el pago, se presume que se refiere a la moneda del lugar de pago” (inciso 4°); por ejemplo: pago en coronas entre Dinamarca y Suecia, pago en francos entre Francia y Suiza; pago en pesos entre Chile y México.

4.3. CANCELACIÓN DEL CHEQUE

La cancelación del cheque consiste en ponerle fin como instrumento en circulación, en cuanto significa prueba de que ha sido presentado y pagado. En el acto inmediatamente anterior al pago y necesario para que éste se efectúe.

Materialmente la cancelación es la firma del que cobra el cheque; colocada transversalmente (perpendicular a la orden de pago), sobre el anverso o fórmula del cheque, su significado y es anular el cheque, (eso es cancelar) y testificar la presentación y, en cierto modo, el pago: en relación con el pago vendría a ser una prueba por adelantado, muchas veces a la cancelación sigue no precisamente el pago, sino el rechazo o el protesto (rechazo por ejemplo, cuando el girador envía el banco contraorden de pago; protesto, cuando no hay cuentas y fondos suficientes). Por eso se prueba más bien de la presentación que del pago efectuado.

En el Texto Uniforme de Ginebra, art. 34, no impone la cancelación como absolutamente obligatoria, sino que da facultad al girador para exigirla: “El girador puede exigir, al pagar el cheque le sea entregado cancelado por el portador”

Igualmente, antes del pago hay que identificar las personas que presenten el cheque al cobro, puesto que no a cualquiera se puede pagar el cheque, particularmente cuando está dado a la orden de una persona determinada o está endosado regularmente.

4.4. PLAZOS LEGALES

El cheque tiene una vida limitada y breve. A la ley corresponde señalar el plazo de duración que tiene el cheque, es decir, el período durante el cual el cheque conserva su valor de tal; el término del período de vida que tiene el cheque se llama vencimiento.

Se habla de plazos, porque generalmente las leyes consideran diferentes casos en que se pueda hallar un cheque, y según esos diferentes casos, señalan diferentes plazos:

En nuestra legislación existen los siguientes casos, que son:

- a) Casos del cheque girado y pagadero en el Ecuador;
- b) Caso del cheque girado en el exterior y pagadero en Ecuador, y
- c) Caso del cheque girado en el Ecuador y pagadero en el exterior.

4.5. EFECTOS DE VENCIMIENTO DE LOS PLAZOS

Según la comisión de legislación y codificación de la ley general de cheques ecuatoriana señala que las acciones que correspondan al tenedor contra el girador, los endosantes y demás obligados, prescriben a los seis meses contados desde la expiración del plazo de presentación. (Art 50, Inc. 1 L. Ch. Ec).

Vencido el plazo mencionado en el inciso 1 del art. 50 o declarado sin efecto el cheque, de conformidad con el artículo anterior, el girado entregará los fondos a quien corresponda. (Art. 39 Ley de Cheques).

El Art. 31 del Reglamento General de la Ley de Cheques del Ecuador señala: “Para admitir la comunicación de revocatoria de un cheque, el girado verificará si el cheque ha sido o no pagado. En el segundo caso, tramitará la revocatoria si existieron fondos suficientes y disponibles en la cuenta corriente y procederá a retener el importe del cheque revocado hasta que un juez resuelva lo conveniente, o hasta que el girador deje sin efecto la revocatoria mediante solicitud escrita dirigida al banco, o entregue al girado el cheque revocado, o hasta el vencimiento del plazo de prescripción señalado en el inciso primero del artículo 50 de la Ley de Cheques”.

CAPÍTULO V

PROPIEDADES Y VENTAJAS DEL CHEQUE

5.1. PROPIEDADES DEL CHEQUE

Las principales propiedades del cheque son:

1.- Es un documento formal y solemne, orden escrita de pago. Tiene una forma peculiar establecida, que se refiere a lo exterior, pero que lleva consigo el contenido y el significado del cheque. Si de la letra se ha dicho que en ella la forma es mas trascendental que la esencia, del cheque podemos decir que la forma es tan trascendente como la esencia, porque su esencia está contenida en la forma.

2.- Es un título abstracto, por cuanto prescinde la causa que le dio origen. Si la causa es injusta o errónea, el cheque tiene el mismo valor que si no lo fuera; puede establecerse recurso por razón de la causa, no por la nulidad del cheque, como no se entablaría contra el valor de la moneda por un pago indebido.

3.- Es un título transferible y, por lo mismo, negociable. El modo de transferencia depende de la clase de cheque; simple entrega, endoso, cesión, según que el cheque sea al portador, a la orden o nominativo; puede ser cambiado como cualquier valor económico por otro; se dice que el cheque no produce interés; esto se entiende solamente en la relación entre el girador y el tenedor, puesto que este puede cobrarlo al girado de inmediato pero una cantidad prestada mediante un cheque no puede producir interés aunque el beneficiario deje pasar cierto tiempo sin presentarlo al cobro.

4.- Es un instrumento bancario que sale del banco. En cuanto supone la cuenta corriente bancaria, y del banco proceden los formularios; y vuelve al banco para conseguir su objetivo.

5.- Es un medio eficaz de pago, capaz de conseguir su objetivo. El cheque es más eficaz para obtener el pago que los otros instrumentos monetarios, equivalentes, a moneda; esta primicia viene de ser un título de valor inmediato, y de carácter ejecutivo; el cheque no necesita de la intervención de un ministro de fe. Debe ser pagado a su presentación.

5.2. VENTAJAS DEL CHEQUE

Comparando el uso del cheque con el de otros títulos, sin excluir la moneda, aparece que su uso es favorable, tanto para el que lo usa como para la economía general.

Estas ventajas prácticas han sido el motivo por el que las leyes crearon condiciones favorables a favor del cheque, procurando fomentar su uso.

Las ventajas fundamentales son: mayor facilidad de manejo, mayor seguridad, incremento de la economía individual.

El manejo del cheque es fácil y rápido, llevando consigo ahorro de tiempo; girar un cheque es más cómodo que contar o comprobar una gran suma en efectivo. Es precisamente el cheque el medio más cómodo de pagar cualquier gasto, basta consignar una cifra en una hoja de papel y después cortarla del talonario y enviarla a su acreedor, a su proveedor, a alguna obra social, como cuota al estado. Como impuesto, etc.

Este manejo da más defensa y seguridad al dinero propio; tener cuenta corriente es conservar resguardado su dinero, tenerlo a salvo de hurtos, pérdidas, sin perder su disponibilidad, que es tanta como si le tuviera a mano. Quien lleva un libretto de cheques lleva virtualmente todo su dinero depositado por grande que sea su monto.

El uso de cheque sirve de fácil comprobante de pago, constatando en el banco el nombre del girador y la firma del que lo cobro.

Este uso fomenta también la economía individual:

a.- en la cuenta corriente bancaria se puede estipular la concesión de crédito, para el caso de agotarse el dinero depositado, obteniéndose con ello un verdadero préstamo;

b.- quien no lleva a mano su dinero, corre menos riesgo de malgastarlo, no usándose generalmente el cheque, en cosas de escaso valor que insensiblemente absorben el dinero;

c.- La anotación de cada giro en el talonario, sirve de control del dinero gastado;

d.- El hecho de tener un depósito es ya de por sí un estímulo para el ahorro.

En la economía general “el cheque permite atender a las necesidades monetarias de un país con una cantidad de circulante muy inferior a la que exigiría la intensidad de la vida económica, de no mediar este instrumento”. Evita, al mismo tiempo, la falta y exceso del circulante. Contribuyendo a evitar la inflación.

5.3. INCONVENIENTES DEL USO DEL CHEQUE

Aunque en sí el cheque es tan ventajoso, no se puede negar que su uso puede tener algunas desventajas; pero son las desventajas inherentes a la naturaleza misma de las cosas, son lo inconvenientes que se pueden encontrar en la misma vida de la economía y de los negocios, cualquiera que sea el medio o instrumento de que nos valgamos. La mala fe puede valerse del medio más útil para perjudicar a los demás. En el caso del cheque, los inconvenientes no son incontrarrestables.

Los aludidos inconvenientes son estos.

a.- La molestia de ir cada vez al banco para cobrar la suma que se necesita.

Este inconveniente se evita con la generalización del uso del cheque, pues bastaría que todos dieran y recibieran cheques, llevando nota de los fondos depositados, para que se eliminara la necesidad de ir cada vez al banco; esta práctica común del uso del cheque, tiene lugar en Inglaterra país clásico del cheque;

b.- La principal desventaja del cheque, que ha sido el obstáculo para su aceptación y uso general, es el riesgo de que no sea pagado, a causa de no existir fondos disponibles en la cuenta del girador, o bien por tratarse de un instrumento falsificado; esta desventaja, si no se elimina totalmente, al menos se disminuye notablemente con una legislación rigurosa, que sanciona el delito de no pagar un cheque girado automáticamente y con más energía aún el de falsificar este instrumento basado en la fe pública es cierto, sin embargo, que la falta de sustituir el uso de la moneda por el uso del cheque supone alto nivel de moralidad.

c.- Otro inconveniente, esta vez de carácter general, sería que se produjera una inflación de cheque. La suma total de cantidades giradas por medio de cheques no debe exceder a la suma total de depósitos en efectivo. El cheque reemplaza a la moneda depositada, no a la moneda existente. La concesión de crédito debe ser limitada y prudente.

CAPÍTULO VI

DE LAS ACCIONES CIVILES

El derecho es la facultad de hacer o exigir algo. La sociedad esta organizada en una serie de normas en las que cada persona tiene derecho y obligaciones correlativas. El Estado esta llamado a proteger los derechos establecidos en la sociedad. Por diversas razones, los individuos violan los derechos establecidos, por lo que nace la necesidad de un derecho práctico, tanto civil como penal, con el fin de restaurar el derecho violado. El modo de poner en movimiento el derecho práctico es mediante la acción interpuesta ante la función judicial, la cual está encargada de restaurar el derecho violado.

6.1. SIGNIFICADO Y NATURALEZA DE LA ACCIÓN CIVIL.- Podremos definir la acción como la facultad de dirigirse a la autoridad judicial, para que declare o haga efecto el derecho violado (Peñaherrera), mientras que los medios judiciales son las acciones que el ordenamiento de fondo concede al portador de un cheque impago para requerir su cobro ante los tribunales (Gómez Leo).

La acción civil es ante todo, un derecho, consecuencia lógica de otro derecho, que es el de poder acudir a los tribunales de justicia.

La acción puede ser un derecho y también una simple pretensión, porque si bien, por un lado, puede existir la violación de un derecho cualquiera, que da origen a la acción, por otro, pues también existe solamente una pretensión con apariencia de derecho, con lo cual hay lugar a la acción.

La acción es el medio por el cual se inicia el proceso judicial y se traduce en la práctica en la demanda y en todos los actos procesales. Es pues un medio de poner en actividad el aparato jurisdiccional de un Estado.

6.1.1. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Todos los tratadistas en materia procesal están de acuerdo en que, para que tenga lugar el ejercicio de la acción, es necesario que se cumpla los siguientes requisitos:

1°.- El que ejerce la acción debe tener interés. Debe aspirar a algún provecho real y efectivo, que provenga directamente de la sentencia judicial que solicita.

2°.- El que ejerce la acción debe tener un derecho legal o una pretensión con apariencia del derecho.

3°.- El que lo ejerce debe tener calidad, esto es, ser titular del derecho o pretender tener esa calidad.

4°.- El que lo ejerce debe tener capacidad para hacerlo.

Si la ejerce el tenedor, podrá ejercer sus acciones contra el girador y el endosante, cuando presentado el cheque en tiempo hábil, no fuese pagado, siempre que la falta de pago se acredite por protesto (art. 41 Inc. 1 L. Ch. Ec.).

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 hubiera lugar. (Art. 24 Inc. 2 L. Ch. Ec.).

Las acciones cambiarias que concede el cheque se las conoce como acción de regreso y acción de reembolso.

Se llama acción de regreso si el actor es el tomador o el último endosatario si el cheque circuló (Gómez Leo). El tenedor puede reclamar de aquel contra quien ejercita

la acción: a) El importe del cheque no pagado; b) Sus intereses (a la tasa máxima que permite establecer la ley), a partir de la fecha del protesto; y, c) Los gastos del protesto, los de las notificaciones y las costas procesales (Art. 45 L.Ch. Ec.).

El que haya pagado el cheque puede reclamar de los solidariamente obligados: a) La suma íntegra pagada por él, b) Los intereses moratorios de dicha suma calculados a la tasa máxima legal que permite establecer la ley, a partir del día del pago, y, c) Las costas procesales (Art. 46 L. Ch. Ec.).

Es norma universal en esta clase de documentos que cualquiera de los obligados cambiarios que hubiera pagado el cheque, tiene acción de regreso contra sus antecesores (Art. 46 Ley de Cheques), es decir, son legitimarios pasivos de esta acción todos los obligados de regreso que garantiza en el nexo cambiario al portador que atendió su pago o que fue demandado judicialmente por su cobro, incluyendo entre estos al girador que es el principal deudor de la obligación cambiaria. Aquí debemos considerar que esta disposición se encuentra limitada en la actualidad dado a que se prohíbe el segundo endoso, así como se lo limita a una cantidad de quinientos dólares americanos.

Evidentemente las obligaciones resultantes del cheque no terminaron, sino que se mantienen vigentes a favor de quien reembolso el cheque, debiendo “pagarlo” o “solucionarlo” el principal obligado cambiario, o cualquiera de los restantes obligados.

Para que el reembolsante pueda ejercer sus acciones, el tenedor debe entregarle el cheque protestado y un recibo, pues la ley establece que cualquier obligado contra el que se ejercite una acción o esté expuesto a ella, puede exigir contra el pago la entrega del cheque protestado con la constancia de la falta de pago del girado y un recibo (art. 47 Ley de Cheques).

Toda persona tiene derecho a iniciar las acciones legales que se creyere asistido, desde el momento en que percibe que sus derechos fueron vulnerados, es decir, cuando perciba que el pago o la falta de pago del cheque vulneraron el derecho del accionante.

Los cheques, apenas éstos sean presentados ante el banco girado y no pagado por cualquier causa, y si fracasó la gestión de cobro extrajudicial a través de los avisos por falta de pago, el tenedor deberá iniciar las acciones judiciales lo más pronto posible, a fin de evitar perder sus acciones legales por causa de la prescripción.

6.1.2. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES CIVILES

La prescripción es un modo de extinguir las acciones y derechos, por no haberse ejercido dichas acciones y derechos dentro de determinado tiempo y cumpliendo los demás requisitos legales (art. 2392 Inc.1 Código Civil).

“... La prescripción prevista está referida con exclusividad a la acción cambiaria, no afectando en consecuencia a la relación fundamental entre el emisor del cheque y el librado...”⁸

En Ecuador se establece que las acciones cambiarias que corresponden al portador o tenedor de un cheque común, contra el girador, los endosantes y los demás obligados, prescriben a los seis meses contados desde la expiración de los plazos de presentación (artículo. 50 Inc. 1 Ley de Cheques).

Ecuador, la acción de enriquecimiento ilícito prescribe en el plazo de un año contado a partir de la fecha en que hayan prescrito las acciones cambiarias indicadas anteriormente (artículo. 50 Inc. 3 Ley de Cheques).

⁸ CApel, CC, Dolores, E.D, 1980, Argentina, 92-361

La acción de enriquecimiento ilícito o injusto prescribe en un año en Ecuador.

1°.- Si el título no fue presentado al banco girado oportunamente y se operó su capacidad como título cambiario, el plazo de prescripción de esta acción comenzará a correr desde que se operó la caducidad, es decir, al día siguiente de vencimiento el plazo legal de presentación al cobro; si existió fuerza mayor, desde que está cesó.

2°.- Si el legitimado activo es portador legítimo en sentido estricto (tomador o beneficiario del último endoso), la prescripción de la acción de enriquecimiento empieza a correr cumpliendo el plazo de prescripción de esta acción desde que venció el término de presentación, según sea un cheque librado en el país o en el exterior.

3°.- Si el cheque ha sido postdatado en su fecha de creación o emisión y presentado al pago, fue rechazado, la doctrina considera que correspondería con el plazo de presentación de esta acción desde la fecha del rechazo, pues de lo contrario significaría beneficiar al que realiza la mala praxis de entregar cheques postdatados (Gómez Leo).

6.1.3. PRESCRIPCIONES ESPECIALES

Así, las acciones en contra del girador se perjudica cuando habiendo tenido fondos, se llegaren a perder después de expirados el plazo de presentación del cheque, por haberse declarado en liquidación al banco. (Art. 42 Ley de Cheques).

Por el artículo 11 de la Ley No 17, publicada en el Registro Oficial Suplemento 78 de 1 de diciembre de 1998, se prohíbe liberar cheques al portador y un segundo endoso del beneficiario, artículo sustituido por el artículo 2 de la Ley No. 70, publicada en Registro Oficial 572 de 9 de Mayo del 2002, que reitera la prohibición.

En Ecuador se establece que la interrupción de la prescripción sólo produce efectos contra aquel respecto del cual se ha realizado el acto que la interrumpe (art. 51 Ley de Cheques), sin que los demás deudores – firmantes puedan aprovecharlo.

6.1.4. LEY APLICABLE PARA RESOLVER

Por protección civil del cheque entendemos el trámite que se ha dado para el cobro forzoso del mismo, una vez que se ha producido la presentación, el no pago, y por lo tanto, la acción de regreso.

Lo importante en este asunto es determinar qué sistema procesal dice relación con la naturaleza jurídica del documento, porque sólo en esta concordancia estaremos dando una verdadera protección al cheque.

El cheque, para su cobro forzoso, se puede tramitar:

- 1.- El juicio ejecutivo
- 2.- El juicio verbal sumario
- 3.- El juicio ordinario o de conocimiento.

De los tres, el juicio ordinario es el trámite más lento y largo.

6.2. DE LAS ACCIONES VERBALES SUMARIAS

El artículo 57 inc. 2 de la Ley de cheques establece: “...En los demás casos, salvo disposición legal en contrario, el pago de un cheque podrá reclamarse en juicio verbal sumario”.

Este tipo de juicios revisten características de simplicidad, de agilidad, de oralidad y de rápida resolución, por parte del Juez.

El objeto de este juicio es la declaración de un derecho mediante la tramitación abreviada, con rapidez superior y simplificación de forma, sin llegar a la celeridad extrema.

El juicio verbal sumario tiene analogía con el juicio ordinario ya que puede ser un juicio cognocitivo o declarativo y viene a ser un procedimiento intermedio entre el ordinario y el ejecutivo con autonomía procesal, siendo su tipicidad la restricción del procedimiento, la oralidad, la eliminación de la reconvención, salvo las excepciones legales como los asuntos de tipo laboral.

Las controversias sujetas al trámite verbal sumario están taxativamente señaladas en el Art. 828 del Código de Procedimiento Civil

Según el Código de Procedimiento Civil señala que:

En todos los juicios sumarios en que, según su trámite especial, no hubiere apelación del fallo definitivo, tampoco se concederá este recurso, ni aún el de hecho, de ninguna de las resoluciones incidentales. (Art. 327).

Los fallos expedidos en los juicios sumarios o en los ordinarios, que no se ejecuten en la forma especial señalada por la ley, se llevarán a efecto del mismo modo que las sentencias dictadas en el juicio ejecutivo, siguiendo éste desde ese punto de partida. (Art. 488).

6.3. CHEQUE TÍTULO EJECUTIVO

En el Ecuador, los cheques son títulos ejecutivos siempre y cuando el cheque no pagado por falta o insuficiencia de fondos y protestado dentro del plazo de presentación establecido en la ley (Artículo 57 Inc. 1 Ley de Cheques).

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, por lo que igualmente constituye título ejecutivo.

Para iniciar un juicio ejecutivo, se requiere sobre todo que el título sea ejecutivo. De lo contrario, no se puede ejercitar la acción ejecutiva.

El Código Civil ecuatoriano en su (Art. 2415) prescribe que el tiempo para las acciones ejecutivas es de cinco años.

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco.

6.4. ACCIONES ORDINARIAS

El juicio ordinario en el Ecuador es por excelencia escrito, solo hay intervención oral de las partes en la diligencia de conciliación, en la inspección judicial y en la audiencia en estrados. El conjunto de formalidades por el que se rige el trámite ordinario.

El Código Civil ecuatoriano en su (Art. 2415) prescribe que el tiempo para las acciones ordinarias es de diez años.

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco.

CAPÍTULO VII

DE LAS ACCIONES PENALES

7.1 DELITO DE GIRO DE CHEQUES SIN PROVISIÓN DE FONDOS

El capítulo que trataba en el Código Penal Del pago con cheques sin provisión de fondos, fue reformado por Art. 96 de Ley No. 75, publicada en Registro Oficial 635 de 7 de Agosto del 2002 y posteriormente fue derogado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009.

Quien recibe un cheque común lo hace con la creencia de poder cobrarlo de manera inmediata. Así, en caso de que este documento sea protestado por falta o insuficiencia de fondos, el girador comete un delito contra la fe pública porque lesiona la confianza que tiene el receptor del cheque, quien cree que lo va a cobrar de inmediato. Es decir, el Estado considera delito el engaño, más no el tener una deuda impaga, tan cierto es esto que en la constitución política de muchos países, se prohíbe la prisión por deudas, en Ecuador, así lo establece: “Art.66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 29. Los derechos de libertad también incluyen: c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas,....”⁹

⁹ Constitución de la República del Ecuador 2008, Registro Oficial 449, 20 Octubre de 2008

Un sector de la doctrina considera que no comete delito de girar cheques comunes son formados quien lo entrega “a fecha “, o “posdatado”, verdadera desnaturalización del cheque común, por ser usado para instrumentar deudas a plazo.

Como no hay engaño, el tenedor no merece que la ley proteja su patrimonio, encarcelando a quien no le engañó ni defraudó, sino sólo faltó a una obligación civil (Majada).

7.1.1. ARGUMENTO SOBRE LA PROCEDENCIA DEL DELITO DE GIRO DE CHEQUES SIN PROVISIÓN DE FONDOS EN LOS CHEQUES COMUNES POSTFECHADOS

Otro sector de la doctrina liderado por el doctor Jorge Zavala Baquerizo considera que es procedente el delito de giro de cheques sin provisión de fondos en el caso de cheques comunes que hubiera sido librados con fecha de emisión posfechada.

Sobre el particular, se responde que podría sostenerse dicho argumento sí el bien jurídico protegido fuera “la propiedad”; pero no siendo tal, sino la “fe pública” el bien jurídico protegido, se colige que el hecho de librar el cheque sin provisión de fondos y de recibirlo el tomador a sabiendas de que está sin fondos, en garantía o postdatado, no transforma el cheque (no lo desnaturaliza), tanto porque el cheque común rechaza toda condición, como porque se pone en peligro la fe pública (Zavala Baquerizo).

Para demostrar de que no hay “desnaturalización”, se hace necesario aclarar el concepto “naturaleza” que se usa cada vez que se habla de los cheques postdatados.

En efecto, se dice que tendiendo por finalidad el cheque común el servir de medio de pago, cuando se lo usa como instrumento de crédito, en el caso que se concede un plazo para su cobro en el evento de la post datación, se “desnaturaliza” el cheque y tal

afirmación lleva dentro de sí el error de confundir la naturaleza del cheque con la finalidad para la cual fue creado. No es lo mismo que el cheque carezca de fecha, o de lugar de emisión, que el cheque sea postdatado. En el primer caso no existe cheque porque no tiene la naturaleza de tal, y si no tiene la naturaleza propia que le ha reservado la ley para que un instrumento sea cheque, no puede surtir los efectos de tal.

Pero si el documento es un cheque, y el librador lo entrega con fecha postdatada, sigue siendo cheque porque mantiene su naturaleza; lo que sucede es que lo que se ha desvirtuado es la finalidad del cheque, que es cuestión diversa a la de la naturaleza, la que debe ser entendida, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como: "... la esencia y propiedad característica de cada ser..." El cheque existe como tal desde el momento que se lo crea con todas las formalidades necesarias exigidas por la ley. Se lo crea para que sirva de medio de pago, y no de instrumento de crédito pues tal finalidad no es compatible con la naturaleza del cheque.

Pues bien, precisamente por tal razón es que la ley de cheques expresa que el cheque no admite condición, ni plazo, ni intereses. Y si es que se establecen tales particulares, se entiende que no existen (se reputan no escritos), para que el cheque no pierda su esencia y siga provocando los efectos jurídicos reservados por la ley para dicho título-valor. Es decir, que el motivo o la finalidad con que celebra el cheque no incide en la naturaleza del documento y, por ende, no puede hablarse de "desnaturalización" del cheque, porque no es el motivo, ni la finalidad diversa para la cual fue creado el cheque son capaces de construir la naturaleza jurídica del cheque (Zavala Baquerizo).

No es la condición (fecha posfechada) la que incide en la naturaleza del cheque al extremo de transformar su estructura jurídica: sino que es la condición la que queda fulminada al contacto con el cheque común, el cual rechaza por su naturaleza cualquier condición, o plazo, tácito o expreso. En el enfrentamiento entre el cheque y la

condición, está desaparece y se mantiene aquél con todos sus efectos jurídicos civiles y penales (Zavala Baquerizo).

Por otra parte, hay que hacer una diferencia entre lo que significa la constancia de un plazo expreso en el cheque, con la entrega de un cheque con fecha posfechada.

En el primer caso se hace aparecer en el cheque de manera expresa que el plazo en que debe ser pagado es el de uno, o diez, o veinte días posteriores a la fecha de emisión; en el segundo caso, el girador, pese a emitir el cheque en un día dado, de manera expresa hacer constar como fecha de emisión algunos días después de la fecha en que, efectivamente, libró el cheque. Pero sea en uno u otro caso, si se protesta el cheque, el delito se consuma por hacerse librado un cheque sin provisión de fondos.

“Cuando se postdata un cheque, es decir, cuando se lo libra en una fecha pero se hace constar el documento una fecha posterior, tácitamente el librado promete que, en el futuro, esto es, en la fecha que consta el cheque, los fondos estarán a disposición del tomador, pero en nada altera la tal promesa tácita de pago, el riesgo que corre la fe pública, al ponerse en circulación un cheque que, al momento de ser librado, no tenía fondos”¹⁰.

Una vez librado el cheque, la causa que lo originó carece de importancia, pues lo único que importa es que el bien jurídico (fe pública) fue puesto en peligro desde el instante en que se libró el cheque. Por lo tanto, no le interesa al Estado que el cheque afecte o no al patrimonio privado. No le interesa la causa o fin por los cuales fue entregado el cheque sin provisión de fondos. Lo que le interesa al estado es que no se entregue un cheque sin fondos, es decir, que no entre en circulación un cheque que no puede cumplir con su finalidad esencial de satisfacer una orden de pago. En consecuencia, es

¹⁰ Zavala Baquerizo Jorge, Delitos contra la Fe Publica, Pago con Cheque sin provisión de fondos, Editorial, Edino, Guayaquil Ecuador, 1993, Tomo I

indiferente para la ley penal si el cheque sin fondos se entregó para pagar una deuda o para garantizar una obligación. En ambos casos se ha consumado el delito de cheque sin provisión de fondos (Zavala Baquerizo).

7.2. DELITO DE CHEQUES SOBRE CUENTA CERRADA O CANCELADA

Otras formas de engaño que se pueden presentar es el giro del cheque en cuenta cerrada o cancelada.

1°.- Porque el delito de giro de cheques sin provisión de fondos requiere que el Banco girado establezca la constancia del no pago en el cheque con la leyenda “Protestado por insuficiencia de fondos”. Pero cuando la cuenta corriente se encuentra cerrada o cancelada, los bancos devolvían el cheque con el sello diferente, que dice “Protestado por Cuenta Cerrada” o “Protestado por cuenta Cancelada”.

2°.- El proceder de los bancos ecuatorianos halla fundamento en lo establecido en el reglamento a la Ley de Cheques de ese entonces, cuando establecía que el girado devolverá el cheque, protestándolo por insuficiencia de fondos, o por cuenta cerrada o cancelada. La norma daría a entender que las tres clases de protestos son distintas entre sí.

3°.- Como consecuencia de lo anterior, el protesto por cuenta cerrada o cancelada implica que la cuenta no se encuentra activa al momento en que se protestó el documento. Esto significa, al contrario que el protesto por falta o insuficiencia de fondos es para los casos en que la cuenta se encuentra activa pero sin que existan los fondos suficientes ni disponibles para pagar el cheque.

Bajo esta perspectiva, se entiende que el giro de cheques sobre cuentas cerradas o canceladas no se ajustaba a ningún tipo penal general, mientras no se emplee el cheque como medio para consumir el delito de estafa. Esto significa que, para el caso

de la estafa, se deberá probar en el proceso penal no sólo que se dieron las conductas antes descritas, sino que adicionalmente, como consecuencia del engaño, el sujeto pasivo aceptó recibir el cheque dando a cambio al agente valores o mercaderías, sufriendo de este modo la víctima un empobrecimiento en su patrimonio, y el agente un enriquecimiento. Si tal empobrecimiento patrimonial del sujeto pasivo nunca tuvo lugar o no se lo prueba en el proceso penal, entonces las conductas antes descritas no se ajustan al tipo penal de las estafa, y en consecuencia, no son sancionadas penalmente.

No obstante lo anterior, últimamente la Superintendencia de Bancos del Ecuador realizó una reforma al Reglamento de la Ley de Cheques ecuatoriana, en el sentido de que, en caso de cierre o cancelación de cuentas corrientes, los bancos deberán devolver los cheques con la leyenda “Protestado por falta o insuficiencia de fondos”.

Esta reforma trata de encontrar su fundamento en la Ley de cheques, cuando ella ordena que los cheques deberán ser protestados por falta o insuficiencia de fondos (art. 57 Inc. 1 L. Ch. Ec.), sin establecerse en ninguna parte de la ley que pueden ser protestados por cuenta cerrada o cancelada. De este modo, en principio sólo existiría una sola clase de protesto, la misma que es aplicable tanto si la cuenta esta activa sin tener fondos suficientes, o si está cerrada o cancelada.

7.3. DELITO DE USO DOLOSO DE CHEQUES

Para elaborar este tipo penal, nos basamos en el tipo penal establecido para el uso doloso de documento falso (art. 341 C.P. Ec.).

Si se mantiene en el Ecuador la norma que prohíbe a las personas jurídicas endosar los cheques, entonces el agente de este tipo penal será necesariamente una persona natural, pues esta puede endosar hasta por determinado valor el cheque a otras

personas. Si no se implementan ninguna de estas restricciones para el endoso de los cheques, el agente puede ser cualquier persona.

Se requiere esencialmente, que el librador entregué el cheque, con conciencia y voluntad de que al ser presentado al cobro, no va a ser pagado.

Es decir, para la consumación del delito de cheque en cuenta cerrada, es necesario dos presupuestos sujetos, a saber:

- a) Dolo, conocimiento por parte del girador que la cuenta está cerrada y,
- b) Ánimo de apropiación.

1.- *Fraude*.- “Es la calificación jurídica de la conducta, consistente en una maquinación o subterfugio insidioso tendiente a la obtención de un provecho ilícito”.

El medio para lograr disposición patrimonial perjudicial, es el fraude, está integrado por dos acciones:

- 1.- Simular hechos falsos.
- 2.- Falsear de cualquier modo la verdad.

Si analizamos más detenidamente este elemento objeto, desde el punto de vista de la acción típica del cheque en cuenta cerrada, encontraremos que el fraude es el medio integrado por ardides o por engaño. No podemos olvidar, en el caso del cheque en cuenta cerrada, su utilización tiene que estar dirigida a crear error en la víctima y afectar su patrimonio, he ahí el fraude.

2.- *En base a estos enunciados se puede encuadrar al cheque en cuenta cerrada, de la siguiente manera:*

- a) Entregar a sabiendas un cheque de una cuenta cerrada,
- b) "Hacer creer, que el instrumento bancario, tiene la suficiente fuerza cancelatoria y,
- c) Desapoderamiento del patrimonio produciéndose el perjuicio en la víctima.

3.- *La entrega del objeto.*- Se produce porque se le "hace creer" al sujeto pasivo en la orden de pago. Determinándose que hay estafa mediante cheque en cuenta cerrada cuando:

- 1.- El instrumento (cheque cuenta cerrada), es usado para inducir a error de la víctima.
- 2.- Cuando la víctima engañada por el error, ha procedido a efectuar una prestación patrimonial que le resulta perjudicial.

Sin embargo, si las maniobras investigadas habrían constituido actos tendientes a alcanzar el resultado típico lesionante, y si este no se produce por la intervención policial, que impidió que el autor a pesar de haber utilizado un cheque de una cuenta cerrada, no alcance la disposición de la mercadería entregada por la víctima, el hecho sólo importa tentativa de estafa.

Ahora bien, no olvidemos además que para dar pie a la tipicidad, se requiere el cumplimiento de los siguientes presupuestos a saber:

- a) Que el sujeto activo haya utilizado al cheque como orden de pago pura y simple.
- b) Que se haya cumplido con los plazos de prestación al cobro establecidos en la ley de cheques;
- c) Que se ejercite la acción oportunamente.

No es admisible que una certificación conferida, por el representante legal del banco sobre la fecha del cierre de la cuenta, reemplace a los preceptos de la ley, en cuanto al tiempo de prestación del cheque al girado, pues obligatoriamente este debe de realizarse en los plazos establecidos en el Art. 25 de la Ley de Cheques.

7.3.1. EL PERJUICIO PATRIMONIAL

Este elemento es básico, pues, si al utilizar un cheque en cuenta cerrada no se causa perjuicio a terceros, no existe la acción típica de estafa, considerando que la utilización dolorosa, simulación o manejo fraudulento, debe ir dirigido al propósito real de provocar perjuicio a otro, para obtener provecho propio con ánimo de lucro.

7.3.2. EL ENGAÑO FRAUDULENTO

Se circunscribe al hecho de hacerse entregar, fondos, muebles, etc., y que para dicha entrega, se haya utilizado nombres falsos, falsas calidades o empleando manejos fraudulentos haciendo creer a la víctima "...en la existencia de falsas calidades, de un poder o de un crédito imaginario, para infundir la esperanza o el temor de un suceso, accidente o cualquier otro acontecimiento quimérico o para abusar de otro modo de la confianza o de la credulidad del sujeto pasivo...".

7.3.3. GRUPO DE PARTICIPACIÓN

En la perpetración de lo delitos, no siempre se da la intervención de un solo sujeto, toda vez que en muchas ocasiones el concurso delictivo, supone una pluralidad de sujetos que forman parte de la ejecución.

Se puede dividir los grados de participación de la siguiente forma:

- a) Autores materiales e intelectuales.

- b) Cómplices.
- c) Encubridores.

Existen varios supuestos del encubrimiento, tales como el favorecimiento, ocultación, destrucción de vestigios del delito, etc. Analicemos como se da la participación en delito de cheque en cuenta cerrada.

Autoria.- En la acción de hacer: Se traduce en el hecho de dar un pago o librar un cheque a sabiendas que la cuenta está cerrada. El libramiento del cheque debe ser efectuado a un tercero, siendo para tal efecto que se trate de una persona de existencia visible, o de una persona ideal, esto es, jurídica.

En cuanto a quién entregue, puede ser una persona distinta del girador, recalando que el endosante no es responsable por el simple hecho de transmitir el cheque, pues el girador responde por el pago.

El Art. 11 de la ley de cheques señala: “El girador responde por el pago. Toda cláusula por la cual el girador se exima de esta responsabilidad se reputa no escrita”.

En tanto que el Art. 17 del mismo cuerpo normativo, establece: “El endosante, salvo cláusula en contrario, garantiza el pago. Puede prohibir un nuevo endoso. En este caso, no responde respecto de las personas de las que se endose el cheque posteriormente”.

Sin embargo, en algunos supuestos el endosante puede ser partícipe, para lo cual es esencial que quien pone en circulación un cheque tenga conocimiento para la cuenta está cerrada; por ejemplo si el titular de la cuenta libra los cheques, pero permite que otros los maneje (llene su texto), entonces, también es partícipe de la acción típica.

El autor material del delito de giro de cheques en cuenta cerrada, es decir, el girador o firmante del cheque, sin su firma y el ánimo de ponerlo en circulación, no se hubiera suscitado el acto típico penal (la estafa).

La coautoría es la convergencia de voluntades, esto es, en la unión, ya sea cuando el cheque requiere la firma de varios titulares (más de uno) o cuando se actúa conjuntamente en aras de producir el acto antijurídico.

Autor Intelectual.- Es el autor de manera directa, forma en otro sujeto, la resolución de producir la acción típica del libramiento del cheque en cuenta cerrada, esto es, induce el autor material (librador), el cometimiento de la infracción. Como podemos observar, aquí no existe coincidencia entre el elemento subjetivo y el objetivo, pues se puede dar el supuesto de que la resolución o la ideación nazcan en el autor intelectual.

Veamos dos aspectos:

- a) Cuando se incide en la voluntad del sujeto pasivo al libramiento del cheque, estamos frente a una autoría intelectual; y,
- b) Cuando se incluye, ordena, manda, coacciona o instiga a que el sujeto activo libere un cheque de una cuenta, de la cual el que actúa intelectualmente, conoce se encuentra cerrada, y de esta forma, perjudica el patrimonio de la víctima.

En conclusión, para que una persona adecue su comportamiento a la de autor intelectual, del delito, se necesita:

- a) Que sea conocedor de que la cuenta se encuentra cerrada; y.
- b) Que ordene, aconseje o utilice cualquier medio, para que el autor material, adecue su conducta al acto típico.

Coautoría.- Tal conducta antijurídica se adecua al caso de cuentas corrientes bancarias conjuntas o colectivas, las mismas que son abiertas por dos o más cuentacorrentistas o libradores, y cuyas firmas deben ir impresas en el cheque para que este se pueda pagar.

En esta situación, si el cheque debe ser firmado por dos libradores, que lo hacen a sabiendas de que dicho instrumento está siendo utilizado en cuenta cerrada, los firmantes, estarán incurso en el delito de LIBRAMIENTO DE CHEQUES EN CUENTA CERRADA.

Complicidad.- Se puede dar dos supuestos:

- a) Concertada con el autor y,
- b) Ayudar al autor con el hecho propio.

De la eficiencia de la colocación del tercero (cómplice), depende que se trate de una complicidad primaria o secundaria, y de acuerdo a dicho tratamiento, se establecerá responsabilidades en la ejecución del delito estudiado.

Encubrimiento.- El encubrimiento, es una intervención residual, toda vez, que la consumación de la infracción se da en el momento en que el sujeto activo guarda silencio interesado a favor de quien ha girado un cheque en cuenta cerrada.

Ejemplificativamente.- Analicemos el término favoreciendo como uno de los elementos que conforman la estructura típica del encubrimiento;

El Art. 44 del Código Penal utiliza el término "FAVORECEN".

"Este puede ser real cuando:

- a) El sujeto pasivo (tenedor o beneficiario), presenta el cheque al banco, y dicho instrumento bancario aparece protestado por FALTA DE FONDOS DEL GIRADOR, cuando en realidad, es una cuenta que ya ha sido cerrada;
- b) El girado (banco), protesta un cuarto cheque por insuficiencia de fondos, dicho instrumento bancario debería ser protestado por cuenta cerrada.

Esto implica un acto pasivo por parte del Jefe de Cuentas Corrientes, o del representante legal del banco, que bien podría encuadrarse dentro del ámbito del encubrimiento, pues con sus actos está favoreciendo u ocultando el cometimiento del delito típico y ayudando al cuenta correntista a pesar de conocer sus malos antecedentes personales”¹¹.

De esta misma forma el Art. 42 del cuerpo legal invocado, al referirse a los autores puntualiza:

Art. 42.- Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa o inmediata sea aconsejando o instigando a otro para que a cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otros a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada en dicho fin.

¹¹ Macías Vicente, La Utilización Dolosa del Cheque en la Legislación Ecuatoriana, Editorial Jurídica LyL, Portoviejo, Ecuador, 2008, Pág. 174-175

El Ar. 47 del Código Penal sanciona a los cómplices de la siguiente manera:
“Los cómplices serán reprimidos con la mitad de la pena que se les hubiere impuesto en caso de ser autores del delito”.

CAPÍTULO VIII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1 CONCLUSIONES

Como resultado del presente trabajo de investigación podemos sacar las siguientes conclusiones:

- El cheque es un instrumento basado en una cuenta corriente bancaria; esta cuenta es el fondo sobre el que se mueve el cheque, el cheque es el instrumento con que se moviliza y utiliza la cuenta corriente bancaria. La cuenta tiene por objeto poner a disposición del que ha hecho el correspondiente contrato, un fondo o crédito con el que se haga posible el giro de los cheques.
- Tres son las personas que intervienen normalmente en la vida del cheque: 1) El girador, que es el que da la orden de pago; 2) El girado, que es el que la recibe para cumplirla, y 3) Tenedor o beneficiario del cheque, que es la persona a favor de la cual se da a orden y que presenta el cheque al girado para recibir el pago de la suma indicada en el cheque
- En nuestro país, se prohíbe el giro de cheques al portador. Será también prohibido el endoso de cheques por parte de beneficiarios personas jurídicas. Será nulo el segundo endoso y solamente se realizar endosos de cheques cuyo valor no sea mayor de quinientos dólares americanos
- El valor señalado en el cheque solo se debe pagar dinero, y tiene que ser sobre una suma determinada de dinero, única, precisa e invariable, dada la

indivisibilidad del cheque, es decir que no puede ser imprecisa, ni prometerse el pago en forma fraccionaria

8.2. RECOMENDACIONES

- Dado que la limitación en el número de endosos en el cheque se produjo debido a una circunstancia determinada por la que atravesó el Ecuador, se requería controlar el dinero circulante a través de los cheques para el cobro del denominado Impuesto a estos capitales, una vez que esto fue superado se debería permitir el endoso de los cheques sin limitación a un número determinado de los mismos, se debería regresar al giro del cheque al portador y eliminar el monto máximo a que actualmente está sujeto el cheque.
- Los cheques en cuenta cerrada por sí mismo debería ser considerada y tipificada como un delito sin necesidad de configurar el hecho como estafa, si a la fecha de giro del cheque la misma ya se encontraba cerrada.
- Que se brinde capacitación sobre la legislación vigente y las normas aplicables al manejo de los cheques a los funcionarios bancarios, a fin de que eviten confusiones y ocasionen perjuicios a los clientes por una mala aplicación de las normas jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

Alvear Icaza, José, Manuel Elemental de Derecho Mercantil, Editorial Edino, Guayaquil, Ecuador, 1990

Cabrillac, H, El Cheque y la Transferencia, Editorial Reus S.A. Madrid, España, 1969

Código Civil Ecuatoriano, Editorial Estudio y Publicaciones, Quito, Ecuador

Código Penal Ecuatoriano, Editorial Estudio y Publicaciones, Quito, Ecuador

Constitución Política del Ecuador, Editorial Estudio y Publicaciones, Quito, Ecuador

Fontanarrosa, Nuevo régimen jurídico del cheque, Buenos Aires, Argentina, 1975

La Utilización Dolorosa del Cheque en la Legislación Ecuatoriana, Dr. Vicente W. Macias A., Editorial Jurídica, Portoviejo – Manabí – Ecuador, 2008.

Lazo Mora, Alejandro, El Cheque, Editorial Edino, Guayaquil, Ecuador, 2005

Ley de Cheques Ecuatoriana, Editorial Estudio y Publicaciones, Quito, Ecuador

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Editorial Estudio y Publicaciones, Quito, Ecuador

Reglamento a la Ley de Cheques Ecuatoriana, Editorial Estudio y Publicaciones, Quito, Ecuador

Salazar Berguño, Jorge, Manual sobre el Cheque, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1982

Vásquez Méndez, Guillermo, Tratado sobre el Cheque, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 2000

Velasco Céleri Emilio, Sistema de Práctica Procesal Civil, Editorial Pudeleco S.A., Quito, Ecuador, 1996

Zavala Baquerizo Jorge, Delitos contra la Fe Pública. Pago con Cheque sin Provisión de Fondos, Editorial Edino, Guayaquil Ecuador, 1993