

## Sanción penal del cheque\*

Por: HERNANDO MONTOYA ALBERTI

**Resumen.**— El presente trabajo es un estudio del cheque desde el punto de vista de las sanciones penales que su giro doloso origina. Contiene apreciaciones que comprenden la evolución de este instituto jurídico, su estructura, los delitos que pueden cometerse mediante su empleo y la forma cómo se consideran todos estos aspectos tanto desde el punto de vista de la legislación mercantil contenida en la nueva ley de títulos valores, como en el Código Penal.

### CAPÍTULO I

#### EVOLUCION Y CONCEPTO DEL CHEQUE

##### 1. EVOLUCION DEL CHEQUE.

Parece inútil advertir que en este campo, como en todos los que abarca el Derecho Mercantil, los usos y costumbres, anteriores a toda reglamentación, crearon con el correr de los años verdaderas instituciones, que posteriormente se sistematizaron en Códigos y Estatutos de obligatorio cumplimiento, y cuya importancia radica precisamente en la antigüedad y generalidad que los caracteriza. Se habla entonces de la etapa consuetudinaria, en la cual las urgencias y necesidades del momento conformaron prácticas destinadas a desarrollar y regular las actividades comerciales, que fueron incorporándose lentamente a la vida económica, hasta adquirir su actual validez y significación.

Dentro de este proceso aparece el cheque, como elemento indispensable para remediar en un momento dado la falta de moneda o evitar su acarreo de un lugar a otro, y como consecuencia directa del establecimiento de los primeros Bancos, que te-

---

(\*) Tesis de bachiller en Derecho.

nían a su cargo la custodia de los fondos entregados por sus clientes.

Algunos autores sostienen que los más remotos antecedentes del cheque se encuentran en los "Trapezitae" de Atenas, especie de banqueros que recibían depósitos. Demóstenes dice al respecto: "Cuando nuestros banqueros reciben de los particulares el dinero que han de entregar a otros, es práctica entre todos ellos inscribir primero el nombre del depositario y el monto de la suma, agregando la siguiente frase, "Esto debe ser pagado a fulano". Si ellos conocían de vista a esta última persona, anotaban simplemente su nombre, pero si les era desconocida, además de su nombre inscribían el de otra persona que pudiera identificarla".

Este pasaje nos manifiesta que no se libraba una orden escrita para la entrega, pero que había una regla de pagos sin el desplazamiento de numerario de las cajas de depósito.

Otro de los antecedentes remotos del cheque estaría en Roma donde los "Argentarii", a quienes se atribuye características bastantes similares con los "Trapezitae" atenienses, lo empleaban con frecuencia. No faltan autores que consideran dudosos estos instrumentos como antecedentes del cheque, pues los documentos en que antiguamente el dueño del dinero en custodia ordenaba al depositario entregar una cantidad de dinero a otra persona, parecen constituir más bien el origen de la letra de cambio.

Es lo cierto que el cheque como instrumento de pago se ha desarrollado en íntima relación con las operaciones bancarias de depósito. A ello se debe que este instrumento aparece donde las operaciones de depósito tienen mayor desenvolvimiento. Originariamente el depósito de dinero se hacía en los bancos con el fin de custodia. Posteriormente estos depósitos se movilizan para el tráfico de pagos entre clientes de un mismo Banco, es decir, mediante un "mandato de transferencia", lo que da origen a un documento que surge como consecuencia de esta figura, pues sólo al ser posible la transferencia de depósitos entre acreedores de un mismo banco, se hace necesario disponer de un elemento para transferir estos depósitos a terceros, no depositantes en los Bancos, mediante un documento especial, "el cheque".

De aquí que el origen del cheque puede ubicarse en los mandatos cambiarios de algunas entidades, tales como las pólizas de los bancos de Nápoles, que se transformaron en auténticos títulos de circulación a fines del siglo XIV. El intenso movi-

miento monetario surgido con motivo del incremento del comercio entre Europa y Asia, particularmente a través de Italia, durante los Siglos XIII y XIV, fue imponiendo nuevas prácticas mercantiles que hacían más fáciles los pagos y permitían una mayor circulación del crédito.

Hay concordancia en los autores al afirmar que el cheque aparece como un fenómeno de carácter monetario ocurrido a partir del año 1500. La expansión del comercio dio origen a la escasez del dinero, que no llegaba a ser compensado por las cuantiosas remesas de metales preciosos provenientes de la América recién descubierta. A consecuencia de esto y para evitar el peligroso transporte de estos metales preciosos a diferentes lugares, se empezaron a girar órdenes de pago contra los depósitos existentes en los bancos por parte de los depositarios.

A fines del siglo XVI, el banco de San Ambrosio de Milán, permitía retirar las cantidades depositadas en él por medio de órdenes de pago llamadas "cédula di cartulario". Pero en realidad la palabra cheque tiene origen Inglés. Desde el siglo XIII los reyes de Inglaterra solían expedir mandato de pago contra su Tesorería y estos documentos se denominaban "excheques bill". De allí su denominación actual de cheque.

En Europa Continental aparecen los bancos de depósito con fines de seguridad, para evitar los riesgos de la custodia de dinero por los particulares y de paso obtener beneficios económicos.

Los bancos acostumbraban entregar a sus clientes un comprobante, en el que se certificaba el importe de los depósitos. El comprobante facultaba al depositante la disponibilidad, por sí o por otro, del dinero confiado a la institución de crédito. Estos comprobantes certificados han llegado hasta nuestros días. Es de suponer que no tenían las características propias del cheque, pero los autores ven en ellos los vestigios y antecedentes inmediatos del cheque.

A mediados del Siglo XVIII, se concedió al banco de Inglaterra el privilegio de emitir billetes, prohibiéndose este ejercicio a los bancos privados. Como éstos no podían entregar billetes a sus clientes a cambio de los depósitos recibidos, los depositantes comienzan a librar contra sus banqueros letras pagaderas a la vista y con cargo al dinero depositado en su propia cuenta. De allí que la concepción inglesa defina al cheque como letra de cambio a la vista girada contra un banquero.

A mediados del siglo XVII comienzan a circular en Inglaterra los "goldsmith's notes" o los "cash notes", que venían a ser certificados emitidos por las autoridades del gremio de orifices londinenses. Más tarde estos documentos son emitidos por entidades bancarias dedicadas a la custodia del dinero. Su facilidad de conversión generalizó su uso como medio de pago y llegaron a equivaler a los billetes de banco.

En 1742 se da una ley prohibiendo la organización y funcionamiento de bancos privados emisores de títulos reembolsables al portador y a la vista, lo que determinó que los "goldsmith's notes" pudieran circular, circunstancia que favoreció la aparición de los verdaderos cheques, pues los banqueros acreditaban en cuenta a sus clientes el valor de los fondos depositados, entregándoles formularios en blanco que los mismos clientes podían llenar a favor de una determinada persona, por cierta cantidad y bajo su firma, comprometiéndose los banqueros a abonar el importe al beneficiario contra la presentación del documento, siempre y cuando estuviera dentro de los límites de disponibilidad acreditado en la cuenta del firmante del formulario. En esta forma surge el cheque con sus caracteres esenciales con que hoy se le conoce.

En el siglo XIX se reglamenta por primera vez el cheque en la Ley inglesa de 1852.

En Francia, a mediados del Siglo XIX, el banco de Francia emitía con frecuencia cheques en forma de recibos, siguiéndose la práctica comercial inglesa, lo que motivó las críticas y movió al Parlamento a votar el proyecto de ley que se promulgó el 14 de junio de 1865.

La ley francesa concibe el cheque como un título autónomo, que faculta al cliente a tomar o a retirar totalmente, o parcialmente los fondos disponibles en poder de la institución de crédito; autoriza la emisión de cheques contra banqueros, comerciantes y no comerciantes. En cuanto a la provisión, el cheque presupone la existencia anterior de fondos exigibles y disponibles. La simple emisión de cheque produce, dentro del sistema francés, la transferencia de la propiedad de la provisión, en forma inmediata e implícita en favor del tomador del cheque. De donde resulta que la ley francesa se aparta decididamente de la práctica inglesa, la cual como se ha visto, consideró al cheque como modalidad de la letra de cambio.

En la legislación italiana, el cheque se encuentra regulado en el Código de Comercio de 1883, inspirado en la doctrina ger-

mánica, no obstante que este Código se caracteriza por su eclecticismo, pues se acogieron muchas instituciones del derecho francés.

En el primer código de comercio de España no existía la reglamentación del cheque. Esta se hace necesaria cuando los comerciantes y no comerciantes llevan en calidad de depósito su dinero al banco a fin de hacerlo productivo y evitar riesgos de guardarlo en el propio domicilio. La primera reglamentación aparece en los estatutos del Banco de España y se acoge en el Código de Comercio de 1885, en el que se nota gran influencia de la legislación francesa en la normatividad del cheque. El código español habla de los mandatos de pago llamados cheques.

Desde hace medio siglo se ha tratado de unificar la legislación referente al cheque, pero se han presentado obstáculos para realizarla. Uno de ellos es el prestigio de la legislación inglesa que lo consideraba dependiente de la letra de cambio, lo cual no facilita un status especial para los cheques; otros de estos obstáculos es el criterio nacionalista, que ha sido siempre una barrera para todas las tareas de solidaridad internacional.

No obstante la barrera del nacionalismo se ha abierto poco a poco paso, la conveniencia de la unificación, como lo prueba la fundación del Instituto de Derecho Internacional en 1873.

Este es el punto de partida de una serie de Conferencias, Congresos y esfuerzos para la unificación del Derecho Mercantil.

Refiriéndonos concretamente al cheque, es preciso destacar la reglamentación uniforme votada por los Estados soberanos que asistieron a la segunda conferencia diplomática de La Haya, reunida en 1912. La Conferencia de 1912 consigue la emancipación del cheque de la letra de cambio y sus resoluciones pueden considerarse el anteproyecto de la actual ley Uniforme de Cheques, aprobado en Ginebra en 1931.

Como dijimos anteriormente, se ha manifestado a través de diversas iniciativas, la tendencia a establecer una legislación uniforme en materia de cheques, determinada por la frecuencia con que, títulos de esta índole, son girados en el territorio de un Estado para producir efectos en lugares sometidos a la soberanía de otros.

Corresponde la prioridad en dichas tentativas al Instituto del Derecho Internacional, fundado en Gante en 1873, que en su reunión de Oxford, declaró la oportunidad de promover la

unificación legislativa, mencionando expresamente la letra de cambio y el cheque (1).

La idea de implantar un estatuto internacional para el cheque cuya justificación radica según las observaciones de Peuquet, en que no obstante la infinitiva variedad de formas que el título puede asumir, su infraestructura es la misma en todas las legislaciones, tiene en su contra el origen relativamente reciente de dicho documento y la gravitación del derecho inglés, que, como se ha expresado, lo relega a la condición de variedad de la letra de cambio.

Las recíprocas relaciones que los países mantienen dentro de la economía mundial por medio de su comercio de importación y exportación originan una continua y considerable corriente de créditos y de deudas. Las vinculaciones crediticias internacionales se cancelan de muy diversas maneras, entre las cuales es de indudable importancia el libramiento de letras de cambio. Pero también los cheques, especialmente dentro de los mercados europeos internacionales, resultan instrumentos muy útiles de pago, que han adquirido en el comercio internacional una importancia apreciable.

En el orden económico interno de muchos países o regiones, el cheque ha alcanzado asimismo un notable desarrollo. Pero a diferencia de lo ocurrido con la letra de cambio, la práctica de los negocios ha tendido a acentuar los caracteres esenciales del cheque, sin perjuicio de las diferencias de detalle, en tanto que las legislaciones positivas, no siempre han tenido en cuenta dichos caracteres.

Prescindiendo de matices, las legislaciones sobre el cheque se han agrupado alrededor de dos directivas fundamentales: las señaladas por los países llamados de derecho continental europeo y las observadas por las de derecho anglosajón.

La conveniencia de lograr soluciones más o menos uniformes fue advertida desde casi los comienzos del movimiento legislativo europeo. Así fue como ya en la reunión de l'Institut de Droit International realizada en Oxford en 1880, se consideró la posibilidad de regular el cheque separadamente de la letra de cambio. Numerosos congresos y conferencias posteriores se refirieron a esta materia pero sólo a partir de la mencionada con-

(1) Eudoro Balsa Antelo.— "Técnica Jurídica del cheque". (pág. 185) 216 págs. Lib. El Ateneo. Buenos Aires, 1942.

ferencia de la Haya de 1912 se ha tratado el régimen jurídico del cheque con verdadera independencia y adecuado enfoque (2).

El estallido de la guerra de 1914 impidió proseguir las tareas tendientes a concretar el establecimiento de un régimen uniforme.

Restablecida la paz, las gestiones en pro de la unificación quedaron estancadas durante cierto tiempo. La atención de los expertos y de las entidades vinculadas al comercio internacional fue atraída más por la regulación de la letra de cambio. El Comité económico de la Sociedad de las Naciones encargada de preparar un dictámen sobre unificación cambiaria no dió mayor importancia al tratamiento del cheque. Así fue como dicho Comité presentó a la Conferencia reunida en Ginebra en 1930 un Proyecto de Ley Uniforme sobre letras de cambio, vales y pagarés, que luego de ser considerado y retocado, fue finalmente aprobado. Pero ya en esa conferencia se advirtió la necesidad de disciplinar el cheque, lo que sería materia de otra conferencia especialmente convocada a tal efecto. Esta se celebró también en Ginebra, en el año 1931.

La Ley Uniforme logró, en una medida considerable, la unificación del derecho europeo continental pero no pudo obtener la adhesión de los países anglosajones que, sin embargo, prestaron con su intervención en las sesiones de la Conferencia, una útil colaboración para el acercamiento de ambos sistemas.

Diversas razones explican la resistencia de los países anglosajones a adherirse al régimen de Ginebra. En lo que se refiere a Inglaterra, la negativa no ha respondido a motivos de amor propio nacional, o a alguna creencia obstinada en la superioridad de las reglas inglesas, sino a que, dentro de la comunidad de las naciones anglosajonas, ninguna de ellas, está dispuesta a prometer el último grado de uniformidad existente en la actualidad entre sus legislaciones. Esa uniformidad representa el futuro de numerosos años de arduo trabajo. Es evidente que Inglaterra no podía en tales circunstancias, asumir ella sola la responsabilidad de romper con un sistema establecido. Además el sistema bancario del Imperio Británico y el de los Estados Unidos están fundados en los principios legales que han encontrado su expresión en la Ley inglesa de 1882.

Hay también otros motivos para la no adopción de la ley ginebrina por los pueblos regidos por el Common law. En los

(2) Rodolfo Fontanarrosa.— "El nuevo régimen jurídico del cheque" (pag. 9). 232 págs. Víctor Zavallía, Editor. Buenos Aires, 1966.

Estados Unidos, se puede comprobar que prevalece la convicción de que la ley, es letra muerta en tanto que un tribunal no le da vida.

Por otra parte, el sistema de la ley Uniforme de Ginebra parece demasiado rígido al espíritu de los juristas anglosajones, habituados a dejar libradas las soluciones de los conflictos a las circunstancias particulares de cada caso y son reacios a lo que consideran como un exceso de formalismo legal. Tales objeciones no rigen para nuestros países latinoamericanos, cuyas legislaciones se han inspirado fundamentalmente en el derecho europeo continental, cuyos juristas se han educado en una mentalidad habituada a la investigación de textos legales o codificados.

En el régimen surgido en la Conferencia de Ginebra, el cheque destaca nítidamente de la letra de cambio, no sólo por su noción económica y jurídica sino, por su ordenamiento separado y compacto. No significa esto que en el cheque no encuentren aplicación numerosos principios y preceptos del derecho cambiario, sino que la particular naturaleza de ese instrumento requiere un tratamiento especial en muchos de sus aspectos.

La uniformidad significa la identidad efectiva de una legislación con otra. No se trata de una simple previsión de reglas que puedan servir para resolver ciertos conflictos de leyes, sino de una ley tipo que la voluntad de los parlamentos respectivos podrían modificar o aceptar, debido a las reservas que permitían mantener independencia sobre ciertos aspectos de la legislación interna.

*Concepto.*— Nuestra ley de títulos valores al referirse al cheque en la sección cuarta, no nos define el cheque, pero sus disposiciones ofrecen una imagen completa de éste. El cheque en sí, es un título-valor crediticio de dinero, por medio del cual se da a un banco la orden incondicional de pagar a la vista y a cuenta de provisión previa de fondos en la forma pactada, una cantidad de dinero.

Ripert, (3) al tratar del cheque lo define como un título girado sobre un Banco o un establecimiento, asimilado para obtener el pago a favor del portador, una suma de dinero que está disponible en provecho de éste. Añade, "se asemeja a la letra de cambio en lo que respecta a forma de título y además porque

(3) Georges Ripert.— "Tratado Elemental de Derecho Comercial". T. III (pág. 159) 478 págs. Editorial Tea. Buenos Aires, 1954.

la letra de cambio ya no se considera hoy ligada necesariamente a un contrato de cambio. Difiere en que el cheque se crea con miras a una ejecución inmediata y no implica ninguna idea crediticia”.

Joaquín Rodríguez (4) dice, que es muy difícil dar una definición del cheque que pueda servir para diversas legislaciones y aún para una misma legislación considerada en diversas etapas de su evolución histórica. Ello se debe a la enorme multiplicidad de definiciones doctrinales y de construcciones jurídicas de este título-valor.

Como ejemplo presenta este autor, la definición de la ley inglesa que dice que el cheque es una letra de cambio a la vista girada sobre un banquero. Desde el punto de vista de la legislación mexicana, esto es erróneo, pues el cheque no es una letra de cambio, lo mismo sucede en la ley peruana. Pero en términos generales, esta definición destaca por su brevedad.

El cheque es para Rodríguez un título-valor, dirigido a una institución de crédito, con el que se da la orden incondicional de pagar a la vista una cantidad de dinero a cuenta de una provisión previa y en la forma convenida.

En esencia, el cheque viene a ser un instrumento de pago, y la letra un instrumento de crédito.

Anteriormente se ha dicho que el cheque es un título-valor, lo cual se comprueba al estar regulado en la ley de la materia (ley N° 16587) porque reúne las características propias de los títulos-valores crediticios (Art. 1°).

También se ha afirmado que es una orden incondicional de pagar y ello resulta del enunciado del art. 136 inc. 2° de la ley.

El pago debe ser a la vista y se considera no escrita toda mención en contrario. (Art. 164°).

Nuestra ley especifica que el pago debe hacerse en suma de dinero, (Art. 136° inc. 2°).

Que el cheque debe girarse contra un banco y debe existir una previa provisión o una autorización para el giro, son datos que resultan de la lectura de los Arts. 134° y 135°.

Uría (5), nos dice que el cheque es un mandato de pago incorporado a un título de crédito formal y completo, que permita al librador retirar en su provecho o en el de un tercero todos

(4) Joaquín Rodríguez.— “Curso de Derecho Mercantil”. T. I (pág. 365). 447 págs. Editorial Porrúa. México, 1964.

(5) Rodrigo Uría.— “Derecho Mercantil” (pág. 686). 927 págs. Imp. Silverio Aguirre, Madrid, 1962.

o parte de los fondos que tiene disponibles en poder del librado. El cheque se configura así, como una orden o mandato de pago que ofrece los siguientes caracteres:

- Es una orden de pago pura y simple que no admite condición alguna.
- Es una orden de pago a la vista, que se exige al librado en el acto de la presentación.
- Es una orden sobre fondos previamente disponibles.

Precisamente, por ser una orden de pago a la vista, el librador está obligado a tener anticipadamente hecha la provisión de fondos en poder del librado. Los fondos solo son disponibles cuando librador y librado hayan concertado, expresa o tácitamente, un pacto o convenio preliminar, que faculte al primero para librar cheques contra el segundo. Sin existencia de este pacto o convenio nadie está autorizado para librar cheques.

Bolaffio-Rocco-Vivante (6), ponen de manifiesto la noción e importancia del cheque, al expresar que no es solamente un instrumento del contrato de depósito, un medio de pago, sino que es también muy importante como instrumento de liquidación. Admitido por la ley, no sólo en caso de existir un depósito de dinero previo, sino todas las veces que el emitente tenga en poder del girado una suma disponible, el cheque extiende su esfera de acción hasta convertirse en un medio general del movimiento de fondos disponibles en poder del banquero.

## 2. NATURALEZA JURIDICA DEL CHEQUE.

a) *Noción jurídica del cheque.*— No existe una noción universal del cheque, lo que ha provocado dificultades para determinar su naturaleza jurídica.

Rocco define el cheque como un título cambiario a la vista y sobre una cuenta abierta por un banquero, que ha autorizado su emisión expresa o tácitamente.

Una diferencia señalada entre la letra de cambio y el cheque consiste en la necesidad de una relación particular entre librador y girado acerca de la provisión que, en cambio no se toma en cuenta en la letra. Además, el cheque se gira siempre a

(6) Bolaffio-Rocco-Vivante.— "Derecho Comercial" T. IX (pág. 228). 511 págs. Ediar S.A. Buenos Aires 1950.

la vista y debe presentarse al cobro dentro de un término muy breve. No existe aquí aceptación por el girado, que en realidad cumple un servicio de caja, pero siempre el portador está garantizado por la responsabilidad cambiaria, que incluye a los endosantes. Por lo tanto existe en el cheque la acción de regreso, estando excluida la directa. Por explícita disposición de la ley, el cheque puede extenderse también al portador, lo que no ocurre tratándose de la cambial, pero al igual que ésta es un título literal y autónomo.

La existencia de una suma disponible a favor del librador, en poder del girado, configura jurídicamente el cheque que debe apoyarse normalmente en esta relación que le da origen y al mismo tiempo justifica su función económica. El librador contrae una obligación cambiaria de carácter unilateral, al igual que en la letra de cambio, frente al beneficiario y eventuales poseedores ulteriores. Su responsabilidad como la de los otros obligados en regreso frente al portador de la declaración cartular no deriva de un negocio contractual. Pero entre librador y girado parece admisible la figura del mandato con representación por el cual el librador encarga al girado (que expresa o tácitamente ha declarado aceptarle al autorizar la emisión de cheques sobre las sumas disponibles) efectuar el pago al legítimo poseedor del título por cuenta y en nombre del librador. Se comprende así que el poseedor del título sea acreedor del librador y endosantes y no del girado. Los endosantes al transmitir el título garantizan solidariamente su pago.

A través de los diferentes artículos de la ley de títulos-valores, en su parte referente al cheque, se ha perfilado una noción clara del instituto que quizás pueda reflejarse comparativamente con la definición del decreto-ley 4776 de 1963 de Argentina, que en su primer artículo dice: "el cheque es una orden de pago pura y simple librada contra un banco en el cual el librador tiene fondos depositados a su orden en cuenta corriente bancaria o autorización para girar en descubierto".

La palabra pago no está empleada en su acepción técnico-jurídica de modo de extinguir una obligación sino en su significado corriente de entrega de una suma de dinero. La palabra orden conlleva un encargo que obliga tanto al que promete el pago (librador) dando la orden al banco (girado), como a este último.

La orden de pago contenida en el cheque debe ser pura y simple, esto es, incondicionada. El rigor cambiario, la seguri-

dad y la celeridad de la circulación, no permiten someter la obligación emergente del cheque a condiciones o limitaciones.

La orden de pago debe ser librada contra un banco. Es una exigencia tradicional, que no es conveniente cambiarla. Algunas legislaciones permiten cheques librados contra otras instituciones de crédito y contra comerciantes.

El librador debe tener en el banco contra el cual libra el cheque, fondos depositados en cuenta corriente bancaria, o autorización para girar en descubierto. Debe existir, pues, una provisión y la cuenta corriente. La inexistencia de esto no va contra la validez formal del instrumento, ni contra su fuerza ejecutiva. En nuestra ley de títulos-valores se nota que la existencia y el funcionamiento del cheque están indisolublemente ligados a la existencia y el funcionamiento de una cuenta corriente bancaria. Cabe la posibilidad de que se puede tener fondos disponibles, por tener autorización para girar en descubierto.

La exigencia de la provisión, —que es uno de los aspectos en que el cheque se distingue de la letra de cambio—, se explica por la especial naturaleza del instrumento. El cheque es un instrumento de pago, pero de pago rápido, mientras que la letra de cambio es un instrumento de crédito. La emisión de la letra no implica una obligación de pago a cargo del girado, hasta que éste acepte; en tanto que la emisión de un cheque presupone que el girado se ha comprometido a hacer honor a los cheques librados, dentro de los límites de la provisión. Por eso el cheque no puede ser aceptado. El girado o lo paga en el momento de la presentación, o lo rechaza si no existe la provisión exigida por la ley, o en los demás supuestos previstos por ésta.

b) *Diversas teorías respecto a la naturaleza jurídica del cheque.*— El cheque es un título-valor de contenido crediticio de dinero, y por lo tanto estamos ante un documento constitutivo, dispositivo formal, literal, rígido, completo y abstracto.

“Al acercar el derecho del cheque al de la letra de cambio, la Convención de Ginebra, y para Francia el decreto-ley de 30 de Octubre de 1935, ha hecho del cheque un título bancario asimilable a un efecto de comercio, aunque sea creado sin idea alguna de crédito. Mientras que el cheque anteriormente era considerado como un simple mandato de pago otorgado en una forma particular, pero que podía dirigirse a cualquier persona, hoy constituye un título girado sobre un banquero o sobre un establecimiento asimilado a una casa de banco, título cuya vi-

da es muy breve y reemplaza a la moneda como instrumento de pago. Precisamente por la emisión de este título por el librador, es el acto jurídico capital, se ha modelado el derecho del cheque imitando al de la letra de cambio. Entre una letra pagadera a la vista y un cheque, no hay otra diferencia que las condiciones exigidas del librador para la creación del título". (7).

### 3. TEORIAS

a) *Cesión de créditos*.— Durante algún tiempo, una doctrina en Francia, encontraba el fundamento de las relaciones jurídicas emergentes del cheque, en la *cesión de créditos* contra el banco girado que el librador hace a favor del tenedor. Según sus sostenedores, mediante la entrega del cheque el crédito del asignante (librador) contra el asignado (banco girado), que es el deudor de la obligación de reembolsar los fondos, se transfiere al asignatario (portador legítimo del cheque), en virtud de un contrato de cesión de crédito, celebrado entre el primero y el último de los nombrados.

Esta tesis ha sido totalmente desechada. Entre los muchos argumentos que cabe oponerle, los más reptidos son: no puede admitirse que la notificación al deudor cedido o la aceptación de la cesión por éste, pueda considerarse suplida por la presentación del cheque para el pago. En segundo lugar, no se explica cómo —con la cesión del crédito —puede funcionar el derecho de regreso atribuido al portador legítimo contra el librador en caso de falta de pago por el girado, ya que el cedente no responde, en principio, de la solvencia del deudor. En tercer lugar, aún aceptando por vía de hipótesis, la existencia de dicha garantía de solvencia, la cesión sería incompatible con la subsistencia del crédito primitivo. En efecto los títulos de crédito no se entregan en pago (pro soluto) sino con fines o propósitos de pago (pro solvendo) y, por consiguiente, no se entiende que el pago ha sido hecho efectivamente, hasta que el importe indicado en el documento ha sido satisfecho realmente. Así lo reconoce en nuestra legislación el Art. 1234º del Código Civil. En tanto que la cesión de un crédito, en sustitución de la entrega del dinero efectivo, es una forma de pago y no una duplicación o reforzamiento de créditos porque, si quedara en pie el crédito primitivo, el crédito cedido quedaría sin causa. Es

---

(7) Georges Ripert. Ob. cit. pág 261

decir, la cesión pro soluto importa siempre novación. La garantía de solvencia —en el supuesto de que se le admitiera— no influye en la solución, porque la respectiva acción del cesionario contra el cedente no se funda entonces en el crédito primitivo, sino en la promesa de garantía por el crédito cedido. En cuarto lugar, hay que señalar que en la cesión de créditos, el deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones que podía hacer valer contra el cedente, aunque no hubiese hecho reserva alguna al ser notificado de la cesión o aunque la hubiese aceptado pura y simplemente, con la sola excepción de la compensación; en tanto que tratándose del cheque, el girado (banco) debe pagarlo inmediatamente y sólo podrá rehusar a hacerlo en los casos taxativamente indicados por la ley. Finalmente, cabe anotar que la cesión de crédito importa la transferencia de dominio de éste a favor del cesionario, por lo que el cedente pierde el interés y la disponibilidad sobre el mismo en tanto que en el cheque el librador aunque esté impedido de revocarlo durante el plazo de eficacia del documento, no queda privado de su poder de disponibilidad. Y tan es así, que, vencidos los plazos para la presentación del cheque, el librador puede revocarlo.

b) *Mandato*.— Una opinión sostenida inicialmente que parecía encontrar apoyo en la propia terminología de la ley francesa de 1865, encuentra el fundamento del mecanismo operativo del cheque en un mandato representativo celebrado entre el librador y el girado, en cuya virtud el primero ordena al segundo, pagar al legítimo portador una suma de dinero que se encuentra disponible en poder del girado.

Este último actúa como mandatario representante, por cuanto paga al portador del título en nombre y por cuenta del librador, aunque al efectuar el pago no se limite a cumplir el mandato, sino que se libera de una deuda que pesa sobre él, a favor del librador. Pero este punto de vista ha sido descartado por la doctrina actual. El mandato, como contrato, importa conferir un poder a otra persona (que debe aceptarlo), para ejecutar en nombre y por cuenta del conferente uno o más actos jurídicos. Para que haya mandato, éste debe ser aceptado por el mandatario, quien no está obligado a ello. Además, el mandatario puede renunciar el mandato. En cambio, con referencia al cheque, el girado no puede rehusar el pago cuando se han llenado las condiciones legales de validez y eficacia del instrumento, porque su obligación no emerge de un específico contrato de

mandato sino de la ley que ha instituído el régimen de libramiento y circulación del título. En todo caso, su obligación de pagar emerge de la existencia de fondos disponibles por el librador (depósito o crédito abierto en cuenta corriente bancaria) y no puede negarse a cumplir su obligación sino en los casos expresamente previstos en la ley. En segundo lugar, el mandatario, cuando paga a un tercero en nombre y por cuenta del mandante, lo hace ordinariamente con fondos de éste, pues el mandatario no es deudor de fondos a favor del mandante. En cambio, el banco girado paga los cheques con sus propios fondos, porque es deudor del librador en virtud del depósito hecho por éste o del crédito abierto a su favor. Es decir, el girado, al pagar, extingue dos relaciones jurídicas: una relación de deuda a favor del librador y otra relación que puede ser de variada índole entre el librador y el portador. Al extinguir esta segunda relación, el girado actúa como representante del librador en virtud de una delegación.

c) *Teoría de la autorización.*— Una fuerte corriente doctrinaria recurre a la idea de autorización, partiendo de la base de la existencia de un negocio autoritativo autónomo, en cuya virtud el girado puede efectuar un pago al portador legítimo y éste, a su vez, puede percibirlo; todo ello con efectos operativos en la esfera jurídica del librador y en virtud de la autorización otorgada por este último a los dos primeros: el uno para pagar y el otro para percibir, respectivamente.

Gran parte de la doctrina objeta el crear una categoría dogmática de un nuevo negocio autoritativo. La autorización, esto es, el otorgamiento de poderes, no es un negocio jurídico autónomo sino un simple elemento de otro negocio jurídico típico, como por ejemplo, el mandato, la delegación, etc.; poderes que se ejercitan, según los casos, en las relaciones internas solamente, o también en las externas. En segundo lugar, el mero poder hacer no se compadece con la idea de necesidad o de obligación de pagar, puesto a cargo del girado en virtud de la orden dada por el librador.

Al discutirse la ley sobre cheques en Francia, el senador Emile Olliver, sostuvo que el cheque es una indicación de pago dada por el deudor (librador) al depositario de sus fondos (girado) y presentado a este último por el beneficiario de dicha indicación (portador). Pero estas son expresiones vagas e imprecisas que nada dicen acerca de la naturaleza jurídica del cheque.

d) *La tesis de la delegación.*— Existe cuando una persona, invitada por otra que toma a su cargo las eventuales consecuencias pasivas de la operación, asume en nombre propio determinada obligación frente a un tercero, o bien realiza una prestación a favor de dicho tercero, quien la recibe como si proviniese del que hizo la invitación.

Garrigues en su obra "Derecho Mercantil" pág. 732 afirma, "que el cheque responde al mecanismo conocido en la doctrina germánica con el nombre de asignación o delegación. La construcción originaria de la asignación fue la de un doble mandato (mandatum solvendi, mandatum exigendi). Modernamente se consigna la asignación como una doble autorización, y es justamente el mecanismo de la delegación, tanto activa como pasiva, el que a primera vista se descubre en el documento llamado cheque. En efecto, en la relación entre librador y tomador, el primero en su carácter de deudor, designa al segundo, en su carácter de acreedor, un nuevo deudor (delegado), como ocurre en la delegación pasiva y en la relación entre librador y librado, el primero, en su carácter de acreedor, autoriza a un tercero (tomador del cheque) para convertirse en nuevo acreedor, como ocurre en la delegación activa. Mas, si nos detenemos en el mecanismo obligacional propio del cheque, comprobaremos que, en realidad en él no hay ni delegación pasiva, ni delegación activa, porque no hay ni el cambio de deudor que caracteriza la delegación pasiva, ni el deudor sigue siendo el librador, mientras el cheque no se paga. Frente al librado, el acreedor sigue siendo el librador".

Sin duda por esta razón los autores que se inclinan a la delegación, al intentar la calificación jurídica del cheque lo hacen con ciertas reservas y salvedades. Y así se habla de delegación por vía de dación (Thaller) o de delegación imperfecta, porque no hacen surgir una obligación directa del librado frente al tercero (Bonelli). A nuestro juicio, con esta terminología se quiere significar que lo que se delega no es ni un crédito ni una deuda, sino tan solo el pago de esa deuda o el cobro de ese crédito.

Hay en suma, una simple delegación de pago, en la cual el delegado (librado) no asume frente al delegatario (tomador) ninguna obligación propia: asume el hecho de pagar, aunque naturalmente este pago servirá para extinguir la obligación del delegante frente al delegatario (independiente de que sirva también para extinguir la propia obligación del delegado frente al delegante). El delegante (librador del cheque) no queda li-

berado frente a su acreedor (tomador) hasta que el pago se haya realizado.

Admitida así la tesis de la delegación de pago, vemos que desde el punto de vista del librador hay frente al tomador una indicación de pago.

e) *Teoría de Vivante*.— César Vivante (8), sostiene en forma muy peculiar su teoría respecto al cheque. Afirma, que el librador contrae, respecto al poseedor, con la sola emisión del cheque, la obligación de hacerlo pagar. El deudor principal siempre es el librador, pues el librado no asume nunca obligación alguna frente al tenedor del título. Para mantener siempre la obligación de pago la ley refuerza esta obligación contraída por el librador condenándolo con sanciones civiles y penales. Todo el peso de la ley recae sobre el librador, pues es inútil buscar una acción del poseedor del cheque contra el librado que no puso en el cheque su firma. En caso que el librado no pague, el portador del título puede dirigirse contra los endosantes y contra el librador, en especial contra este último, al cual la ley lo reprime con enérgicas sanciones civiles y penales.

Para Vivante, el deudor único del documento es el librador, y el crédito del girador sobre el librado no se trasmite al tenedor por el hecho del cheque.

El tratadista italiano se aparta de la concepción francesa del cheque como mandato de pago al decir: "Con la emisión del cheque el librador promete al poseedor del título del pago por el librado sin que éste contraiga obligación directa hacia el poseedor del título. Cada uno de ellos interviene en la operación a nombre propio, salvo los casos de representación constituida voluntariamente, en que el librador emite el cheque, el poseedor legítimo lo cobra y el librado lo paga en nombre propio, cada cual en virtud de una relación jurídica que queda al margen de la circulación del título, y que puede ser un mandato, una cuenta corriente, una venta, un depósito irregular, sin que ejercite ningún influjo en la disciplina del cheque".

f) *La teoría de la estipulación a cargo de tercero*.— Esta teoría supone un contrato entre librador y tomador a diferencia de la estipulación a favor de tercero que supone el contrato

(8) César Vivante. — "Tratado de Derecho Mercantil". Vol. III (pág. 498). 696 págs. Editorial Reus S.A. Madrid, 1936.

entre librador y girado. El contenido de esta estipulación a cargo de tercero, consiste en una promesa hecha por el primero al segundo, de que el documento será pagado por el librado, sin que éste asuma ninguna obligación directa frente al poseedor del título. Tampoco corresponde esta teoría a la realidad, porque el contrato que obliga al librado a pagar el cheque no es el que pueda mediar entre librador y tomador (contrato que por otra parte, apenas si se concibe, dado que el cheque se entrega sencillamente como medio de pago de una deuda preexistente entre librador y tomador), sino el que media entre librador y librado, por cuya virtud éste asume el servicio de caja y se compromete a abonar los cheques que el primero le remita.

g) *Contrato a favor de terceros.*— Algunos autores han explicado la naturaleza del cheque como un contrato a favor de terceros celebrado entre el librador y el girado. Así, el contrato se celebra entre el estipulante (librador) y el promitente (girado) a favor de un tercero legítimo (portador) que adquiere su derecho por el mero hecho de la celebración del contrato, sin necesidad de la aceptación, pero la estipulación puede ser revocada mientras el tercero no haya declarado su voluntad de querer beneficiarse con ella. Pero esta explicación no satisface porque, ante todo, en esta especie de contrato el promitente se obliga respecto del estipulante, que sigue siendo el “dominus negotio”, en tanto que, con referencia al cheque, la obligación del banco de pagar al legítimo portador es, simplemente, la prestación de un servicio asumido en interés exclusivo del librador (que puede ser el propio portador del cheque), el cual es el acreedor del banco. El cheque no puede ser revocado durante el término de presentación fijado por la ley, en tanto que el contrato a favor de terceros puede ser revocado por el “dominus negotio” mientras el tercer beneficiario no haya declarado su voluntad de aceptarlo.

## CAPÍTULO II

## ESTRUCTURA JURIDICA DEL CHEQUE

## 1.— EMISION Y CIRCULACION DEL CHEQUE.

La emisión del cheque es, como la de la letra de cambio, una operación jurídica que interesa a tres personas, el librador, el girado y el beneficiario (9).

El librador da al banco la orden de pagar una suma determinada a un beneficiario. Pero puede también emitir el cheque a su propia orden.

Ripert nos habla de la causa ilícita del cheque al ser girado para cumplir fines inmorales. Afirma que a pesar de ser el cheque de carácter abstracto, hay reservas en cuanto al motivo anterior de dicha índole. Dice que en este caso el cheque es nulo en relación al nexo entre el librador y el beneficiario, y ofrece como ejemplo, el pagar el precio de un contrato inmoral o prohibido; para procurarse fondos para el juego o para hacer una donación de causa inmoral.

Cuando se creó el cheque en 1865 en Francia, el registrador no quiso conferirle el carácter exclusivo de título bancario que tenía en Inglaterra. Se decidió que el cheque podría ser girado sobre cualquier persona. Al crearse el cheque cruzado se le da a este cheque el carácter de título bancario.

En cuanto al visado del girado, cabe decir que el cheque no puede ser aceptado. La aceptación no tendría sentido alguno pues el giro supone la existencia de la provisión.

En cuanto a los efectos de la entrega del cheque, se dice en la práctica que se puede pagar por cheque y la legislación ha impuesto este modo de pago, para los pagos importantes, pero jurídicamente la expresión es inexacta porque el pago es la entrega al acreedor de la cosa debida y la entrega tiene lugar únicamente el día en que el girado remite los fondos o acredita en cuenta. El cheque, según Ripert, es un medio de pago, pero la entrega de un cheque no es un pago. La consecuencia es que el acreedor no ha sido pagado hasta el día en que se ha hecho efec-

(9) Georges Ripert.— Ob. cit. Pág. 275.

tivo el cheque. Es, como se ha visto, el punto de vista de la legislación peruana. (Cód. Civil 1234°).

Por la forma de transmisión, el cheque es un título a la orden. Si no contiene indicación contraria, se transmite por endoso. Si es nominativo, con una cláusula no a la orden, según la ley francesa en este caso puede transmitirse únicamente en la forma de la cesión civil. Si es al portador, se cede mediante la simple tradición material. Un endoso hecho en un cheque al portador hace responsable al endosante, pero no convierte el título en un cheque a la orden. (Art. 138° de la ley de títulos-valores).

En cuanto a los efectos del endoso, son idénticos a los del endoso de la letra de cambio, especialmente la responsabilidad solidaria de los endosantes y la imposibilidad de las excepciones. Siendo el cheque pagadero a la vista, generalmente se endosa sólo para cobrarlo. Las dificultades que existen en la letra de cambio no se producen en la corta vida del cheque.

El endoso hecho al girado, es en realidad un recibo, pues el girado no puede endosarlo nuevamente. Un caso distinto es cuando el girado tiene varios establecimientos y el endoso está hecho a favor de un establecimiento distinto del que ha girado el cheque.

*Relaciones jurídicas entre los participantes en el cheque.*— La relación entre librador y librado, según Garrigues, constituye el derecho interno del cheque que se regula por el contrato del cheque. Es cuestión extraña al derecho cambiario del cheque, la relación (civil) entre el librador y el librado, por cuya virtud, éste se obliga a aceptar y pagar la letra que le dirige aquel. Dos cuestiones fundamentales se deciden en el derecho interno del cheque: si el librado está obligado frente al librador a pagar el cheque y si el librado está autorizado para este pago.

La relación entre librador y tomador se regula por el pacto de entrega del cheque. Se trata aquí de relaciones extra-cambiarías, dominadas por la relación de valor que explica la creación del cheque como medio de liquidar una situación de crédito entre librador y tomador.

La relación entre endosante y endosatario del cheque constituye el derecho de cheque en sentido estricto o derecho cambiario del cheque, que regula fundamentalmente la acción regresiva contra los firmantes del documento.

Entre tenedor y librado no media relación jurídica alguna. En razón a que no se acepta el cheque, no asume el librado una

obligación de pago frente al tomador. Si paga es en cumplimiento del contrato de cheque que le liga con el librador: sólo frente a éste responde. El tenedor del cheque no adquiere ningún derecho cambiario contra el librado, fundado en el cheque mismo, supuesto que la firma del librado no aparece en el documento mismo. Lo normal es que los bancos al pactar el contrato de disponibilidad, no asumen ninguna obligación de pago frente al futuro presentante del cheque. La obligación del pago la asume frente al librador, en cuyo interés exclusivo se compromete a efectuar el servicio de caja.

La relación jurídica entre tenedor y librado podría fundarse, o en la cesión de crédito hecha por el librador a favor del tomador, o en la estipulación a favor de tercero que se supone contenida en el contrato entre librador y librado.

En el Código de Comercio Español (Garrigues) ningún texto autoriza para considerar que el librado asume frente al tenedor la obligación de pagar el cheque. Se reconoce acción sólo contra el aceptante. El librado sólo se obliga cambiariamente en la letra, cuando estampa su firma aceptándola. Luego el librado en el cheque no contrae frente al tenedor responsabilidad alguna. La emisión de un cheque, sólo da lugar a dos relaciones jurídicas que arrancan de la persona del librador: una que le liga al tomador y cuyo contenido consiste en garantizar el pago del cheque, y otra, que le liga al librado y cuyo contenido consiste en la obligación que éste asume frente al librador de pagar el cheque.

#### *Relaciones entre Librador y Librado.*

a) *Contrato de cheque.*— El pacto de disponibilidad que autoriza el librador para girar cheques a cargo del librado ha sido ya mencionado como uno de los supuestos materiales para la regularidad del cheque.

El pacto que permite al librador retirar por medio de cheques los fondos que tiene en poder del librado, pertenece a la categoría de los contratos de gestión (mandato -arrendamiento de servicios). En sí mismo suele ser gratuito, pero va normalmente unido a un contrato más amplio (contrato de giro) que regula todas las relaciones entre el banco y el cliente, que tiene carácter oneroso.

La existencia de una relación de negocios duradera entre librador y librado, en la cual el pago de un cheque significa un

acto parcial dentro del conjunto de operaciones, es la hipótesis normal del cheque.

En la legislación española, hay que distinguir dice Garrigues, entre contrato de giro y contrato de cheque. Este se limita a autorizar la emisión de cheques a cargo de uno de los contratantes. El primero tiene como finalidad el servicio de caja, o sea la realización de cobros y pagos, (causa del contrato, sea en dinero, sea mediante anotaciones de contabilidad).

Otras veces no media mas que un depósito irregular de dinero y un acuerdo sobre la disponibilidad de este depósito mediante cheques. Generalmente este acuerdo no recibe en la práctica nombre especial, ni su celebración tiene lugar por separado.

El contenido fundamental del contrato de cheque consiste en la obligación de pago que impone al librado, siempre que el librador al emitir el cheque haya observado las condiciones pactadas, expresa o tácitamente. El cheque debe mantener una formalidad, (art. 136 de la Ley de títulos-valores) y un contenido dado por los fondos disponibles para el librador.

Para el librador sólo derivan del contrato de cheque obligaciones secundarias: guardar con diligencia el talonario del cheque, llenar los impresos con la misma diligencia, dar aviso al Banco del uso o extravío del talonario, o de un cheque, etc.

El cheque es irrevocable debido a la seguridad del tráfico mediante este documento. Nadie admitirá un cheque en lugar del pago en dinero si estuviese expuesto a una inopinada revocación, quizás inmediata a la entrega del documento. La ley debe proteger la confianza del tomador en que el cheque vale como dinero contante. (Art. 166º de la Ley de títulos-valores).

El Código de Comercio Español no prohíbe expresamente la revocación del cheque. Sin embargo desde el punto de vista penal, parece que la revocación del cheque, la retirada de la provisión o su equivalente bloqueo, son hechos que pueden asimilarse a la emisión de un cheque sin provisión de fondos, considerado como delito de estafa por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, y por su ley de 16 de mayo de 1939.

*Relaciones entre librador y tomador.*— Estas relaciones se rigen por el contrato causal que media entre librador y tomador y del que resulta la necesidad del primero de hacer un pago al segundo. El cheque puede ser emitido no sólo para concertar una obligación preexistente, sino para un préstamo o donación.

Lo normal es que el librador y el tomador se encuentren antes de la entrega del cheque ligados por la relación causal que imponga un pago en dinero y que el cheque sea emitido como medio de cumplimiento de esa obligación.

Garrigues afirma que con la entrega del cheque el acreedor no recibe dinero, sino una orden de pago a una tercera persona de quien se ha de recibir el dinero. Si con la entrega del cheque la obligación quedase extinguida, estaríamos en el caso de una dación de pago. En lugar de dinero se entrega un documento y esa entrega sustituye o equivale al dinero. Más, para que este efecto se produzca es necesario consentimiento expreso del acreedor en el sentido que la deuda queda extinguida, renunciando a las acciones derivadas del contrato causal. El cheque es un medio de pago y no un equivalente de pago en dinero. Una orden de pago no es un pago.

El tomador no asume ninguna obligación por el hecho de admitir un cheque como medio de obtener un pago. La ley le estimula, pero no le obliga, a que presente el pago del cheque dentro de cierto plazo. El estímulo consiste en que si deja de presentar el cheque en esos plazos pierde, en primer término, todo recurso contra los endosantes y contra el librador si la provisión de fondos desaparece por causa de quiebra o de suspenso de pagos; y en segundo término, dice Garrigues, pierde la acción derivada del contrato causal, porque al admitir el cheque como medio para satisfacer su crédito, lógicamente se supone que habrá de intentar el cobro oportuno del cheque y que sólo ante el fracaso de su intento haría revivir contra el librador la acción derivada de la obligación primitiva.

*Relaciones cambiarias derivadas del cheque.*— La disposición fundamental en cuanto al cheque, en el derecho externo de éste, es la responsabilidad solidaria de librador y endosantes. En el derecho interno es distinto. Así, el librador responde no sólo frente al tomador, sino frente a los sucesivos endosatarios y cada endosante responde también frente a todos ellos. Y como el librado no está nunca obligado cambiariamente frente al tenedor a pagar el cheque, tendremos que si el cheque es girado a la orden, el único obligado al pago frente al tenedor será el librador, si no existe ningún endoso; y el librador y los endosantes si el cheque fue endosado. En el cheque emitido al portador el único obligado cambiario es el librador.

La función translativa del endoso de un cheque se refiere, a la autorización de cobro y a los derechos cambiarios contra el librado.

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

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

*Condiciones de emisión de un cheque.*— Para que un cheque pueda ser emitido válidamente, precisa que se cumplan una serie de condiciones que la ley establece. De estas, unas son previas a la suscripción del documento, otras se refieren a la forma del título y algunas a las circunstancias de capacidad que deben llenar las personas que en él mismo intervienen.

Dentro de las condiciones previas está la provisión, la cual estudiaremos más adelante.

El contrato de cheque es otra condición previa. Joaquín Rodríguez señala que, no basta que una persona sea acreedor de un banco para que pueda girar cheques a cargo de éste; precisa además que el banco haya autorizado este giro. Esta autorización es lo que llamamos contrato de cheque.

El contrato de cheque, es decir la autorización para el giro, siempre se hace como un pacto accesorio o adicional al contrato de depósito, o al de apertura de crédito. Esto es, con motivo de un depósito en un banco, se pacta que podrán girarse cheques hasta por el importe del depósito. Con motivo de una apertura de crédito, se pacta que el acreditado podrá girar cheques a cargo del banco, hasta por la cuantía que se determine.

La ley no requiere que esta autorización sea expresa, puede ser tácita.

En la práctica bancaria mejicana, la apertura de una cuenta de cheques se efectúa de uno de los modos siguientes:

El cliente entrega una cantidad al banco, —algunos bancos exigen una cantidad mínima para iniciar la cuenta,— y éste recoge la firma del cliente en una tarjeta especial, que le sirve como referencia para comprobar la autenticidad de la firma del cheque. A continuación el banco entrega al cliente un talonario de cheques y un comprobante que en unos bancos es una hoja que el cliente va archivando en una carpeta especial y que

en otros consiste en una anotación que se practica en una libreta que el banco entrega al cliente con esta finalidad.

Cada vez que el cliente desea hacer ingresos en su cuenta, entrega las cantidades o los cheques en el banco, previa anotación en una hoja de depósito, de la cual el banco entrega un duplicado al depositante, o bien practica una anotación en la libreta de depósito.

Cuando el cliente necesita retirar cantidades de su cuenta, firma un cheque, contra la presentación del cual en el banco, éste entrega el importe de la cantidad que en él se consigna. Cada mes el banco pasa a su cliente un estado de su cuenta y el cliente está obligado a manifestar su conformidad o disconformidad dentro del plazo de diez días siguientes a la recepción de dicha nota, de manera que transcurrido este plazo se entiende que el cliente ha manifestado su plena y total conformidad, si por escrito no hubiera manifestado lo contrario.

En cuanto a la segunda condición de emisión de un cheque, debe tenerse en cuenta el requisito de capacidad. Para ser girador de un cheque precisa tener la capacidad necesaria para suscribir títulos de crédito; beneficiario del cheque puede ser cualquier persona, pero girado sólo puede serlo una institución de crédito autorizada para ello.

En cuanto a la forma como tercera condición de emisión de un cheque, la estudiaremos más adelante.

*Circulación del cheque.*— El cheque es un documento apto para la circulación, nada se opone a que pueda ser endosado varias veces, si no es el corto plazo de vida que la ley le atribuye, pero dentro de los treinta o sesenta días que la ley señala. Mientras tanto puede ser endosado tantas veces como materialmente sea posible.

Desde el punto de vista de su forma de circulación los cheques pueden ser nominativos o al portador.

Se llama ley de circulación del cheque a la forma en que éste debe transmitirse, con arreglo a su propia naturaleza.

En el derecho mejicano, la ley de circulación la fija el girador; los tenedores sucesivos pueden modificarla, pero sólo en el sentido que la ley permite. Del estudio de diversos preceptos puede establecerse los siguientes principios:

- 1) un cheque al portador no puede hacerse nominativo, ni transmitirse por endoso;

2) un cheque nominativo no puede convertirse en un cheque al portador ni transmitirse por tradición; y

3) un cheque nominativo puede ser convertido en cheque nominativo no endosable, pero no al revés.

Los cheques al portador se transmiten por la mera entrega del documento; los cheques nominativos (a la orden) se transmiten por endoso y tradición del título. Los efectos de la transmisión son distintos, según que se trate de la tradición de un cheque al portador, o del endoso de un cheque nominativo.

La tradición de un cheque al portador transmite el pleno dominio sobre el mismo, de manera que el portador queda legitimado como dueño y puede ejercer todos los derechos derivados del título, sin perjuicio de su responsabilidad frente a la persona que le transmite el documento.

En cambio el endoso de cheques nominativos produce diversos efectos, según cual sea la clase de endoso utilizado.

Si el endoso es pleno, es decir en propiedad y con todos los requisitos que la ley exige, o en blanco, es decir, con la simple firma del endosante, el endoso transmite el dominio del cheque, legitima al endosatario para el ejercicio de los derechos derivados del mismo y obliga al endosante a responder del pago, salvo que incluya en el texto del endoso la cláusula "sin mi responsabilidad".

Si el endoso es de apoderamiento, autoriza al endosatario para que realice las gestiones conducentes al cobro judicial y extrajudicial del cheque e incluso a practicar un nuevo endoso de apoderamiento con la misma finalidad.

Finalmente si el endoso es de garantía, lo que es perfectamente posible, el endosatario puede conservar en su poder el cheque por todo el tiempo que dure el plazo de presentación y antes de que transcurra el mismo, presentarlo al cobro para obtener la cantidad recibida, por el cumplimiento de la obligación para cuyo aseguramiento se le transmite el cheque.

Existen algunos casos de restricciones en la libre circulación de los cheques. Estas restricciones dan lugar a los llamados cheques no negociables, que son los que no pueden transmitirse cambiariamente. Sólo los cheques nominativos pueden ser no negociables. Entre éstos: el cheque certificado, el cheque para abonar en cuenta y el cheque caja. Por voluntad del girador, o de un endosante, no son negociables aquellos cheques en los que uno u otro hayan hecho consignar la cláusula "no negocia-

ble", "no endosable", "no a la orden" o cualquier otra de valor similar.

Por excepción, todos los cheques no negociables pueden endosarse por una sola vez a una institución de crédito a efecto de su cobro.

El art. 138º de nuestra Ley de títulos-valores, indica el modo de girarse un cheque, es decir, a favor de persona determinada, con cláusula a la orden o sin ella; en favor de persona determinada, con la cláusula no a la orden u otra equivalente y al portador. Agrega el art. 139º que el cheque puede ser girado a la orden del mismo girador.

Mientras el cheque no contenga la cláusula "no a la orden" puede ser endosado, según se desprende de la lectura del art. 161º de la ley. Por su propia naturaleza, el cheque es siempre endosable, aunque fuese nominativo, lleve o no la cláusula "a la orden".

La designación puede hacerse a favor de varias personas, ya sea conjunta o indistintamente. En el primer caso todos los beneficiarios deberían endosar el título. En tanto que en el segundo, bastará el endoso de uno cualquiera de los designados.

Cuando el cheque nominativo llevase la cláusula "no a la orden" u otra equivalente, sólo podrá transmitirse bajo la forma y con los efectos de una cesión ordinaria.

Según Fontanarrosa (10), el cheque con la cláusula "no a la orden" debe transmitirse en la forma establecida por el Código Civil para la cesión de créditos. Distingue al mismo tiempo la cesión de créditos del endoso, expresando: "la cesión es un negocio jurídico contractual celebrado entre el cedente y cesionario, en tanto que el endoso es una declaración unilateral de voluntad que se perfecciona con la entrega del título; el cedente no responde de la solvencia del deudor, sino solamente de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de cesión, mientras que el endosante responde solidariamente del pago del cheque, salvo cláusula en contrario; el endoso debe ser puro y simple, la cesión puede ser condicional; la cesión puede referirse a una parte del crédito cedido, en cambio el endoso parcial es nulo.

El art. 139º se refiere al cheque a la orden del propio librador. Es decir, el librador puede designarse a sí mismo como beneficiario o tomador, con la facultad de endosar el documento a quien le parezca, o bien de presentarlo él mismo al cobro.

(10) Rodolfo Fontanarrosa.— Ob. cit. pág. 15.

La doctrina europea critica este último modo de emisión, argumentando que al ser emitido el cheque en esta forma, no sería propiamente un título de crédito sustancialmente, pues no está destinado a la circulación. Pero en realidad cumple una función práctica, pues, puede tener utilidad cuando el librador que lo expide a su propia orden lo cruza para depositarlo en su cuenta en otro banco y evitar de tal modo el transporte de dinero efectivo.

En la legislación argentina se da la figura del cheque girado por un tercero, es decir, indica el nombre o las iniciales de la persona por cuya cuenta se libra el documento.

La posibilidad de emitir un cheque incompleto o en blanco desnaturaliza su función, que es fundamentalmente, la de instrumento de pago y facilita los abusos y los fraudes.

El cheque debe nacer completo, debe contener todos los enunciados esenciales para su validez en el momento de su emisión. De lo contrario puede oponerse contra el portador el hecho de haberlo recibido careciendo de buena fe. El problema surge en cuanto al tercero portador de buena fe.

En caso de que el cheque fuese librado a favor de una persona determinada y además, llevar la cláusula "al portador" y otra equivalente, o bien que el título no contuviere la indicación del beneficiario, el cheque valdrá como emitido al portador y se transmitirá por simple tradición, sin necesidad de endoso. El banco girado lo pagará a quien se presente al cobro.

El art. 143° de la Ley de títulos-valores se refiere a los intereses, y dice: "toda estipulación de intereses inserta en el cheque se considera no puesta". El cheque es instrumento de pago sujeto a una vida muy corta. Por lo tanto una cláusula atributiva de intereses importaría una complicación inútil; la inserción de una cláusula semejante no invalida el título, simplemente se considera no puesta.

Son transmisibles por endoso los cheques librados a nombre de persona determinada (con o sin la cláusula a la orden). Son transmisibles bajo la forma y con los efectos de una cesión ordinaria, los cheques librados a favor de persona determinada, pero con la cláusula no a la orden. Son transmitidos por simple entrega los cheques librados al portador.

El endoso constituye uno de los medios típicos de transmisión de los títulos circulatorios. En tanto que los documentos de crédito de naturaleza civil emitidos a favor de una persona

determinada, sólo pueden transmitirse mediante la cesión de crédito ordinaria.

El endoso llega a asumir tres funciones primordiales; a) de instrumento eficaz de circulación de crédito; b) de instrumento para agregar nuevos obligados solidarios; y c) instrumento de legitimación del portador del título.

Se puede definir el endoso como "una declaración cambiaria unilateral y accesorio que se perfecciona con la entrega del título, incondicionada, integral, asimilable a una letra de cambio, que tiene por objeto transmitir la posesión del título, del cual el adquirente obtiene sus propios derechos autónomos y que vincula solidariamente con los demás deudores al endosante, respecto de la aceptación (en la letra) y del pago.

## 2.—OBLIGACIONES DE LAS PARTES INTERVINIENTES.

El librado cumple su obligación asumida en el contrato de disponibilidad, con el pago del cheque.

El librado no contrae obligación frente al tomador. La ley obliga al librador a contar con los fondos disponibles en poder del girado.

Existe la obligación de pagar, la cual corresponde al girado en el momento de presentación del cheque al cobro. En caso de falta de pago, el tenedor no puede dirigirse contra el banco girado.

Presentado el cheque al cobro, aunque el girador esté debidamente autorizado para el giro de cheques y aunque tenga provisión de fondos, el girado debe abstenerse de cumplir la orden de pago cuando se de alguno de los casos siguientes:

- a), falta de convenio, o exceso en relación con los términos de éste;
- b), revocación cuando ha transcurrido el plazo de presentación, según la ley peruana (art. 165°);
- c), falta de provisión suficiente, cuando el tenedor se niega a admitir un pago parcial. Pero según nuestra legislación, (art. 168° segunda parte), el tenedor no puede rechazar el pago parcial;
- d), oposición el girador puede oponerse al pago del cheque en cualquier momento, pero no surte efectos hasta el transcurso del plazo de presentación. Esta oposición no es la

- misma que puede hacerse en caso de robo o extravío del cheque;
- e), la muerte o incapacidad posterior del librador no impide el pago;
  - f), la quiebra del girador impide el pago;
  - g), otras causas de no pago son la falsedad o alteración del texto o de la firma del girador; falta de requisitos; no coincidencia de las señas de identificación del cheque; falta de una firma necesaria; falta de legitimación; orden judicial.

*Obligaciones del banco girado.*— El banco girado tiene que cumplir un mínimo de obligaciones para que pueda pagar válidamente.

En primer lugar, debe comprobar la autenticidad de la firma del girador, puesto que la misma es la base indispensable para la válida existencia del cheque. Para ello el banco debe efectuar el cotejo de la firma que suscribe el cheque con la firma de identificación, que debe conservar en su archivo (11). Fontanarrosa (12) añade, si el cheque fuese endosable, debe verificar la regularidad de los endosos y la firma del último endosante.

La verificación de la autenticidad de la firma del librador se explica fácilmente. Siendo el cheque una orden pago, el destinatario de dicha orden debe comprobar que ella emana de la persona que puede darla. Si así no lo hiciera incurriría en responsabilidad. En cuanto a la verificación de la firma del último endosante, responde a la necesidad de atenuar los riesgos de fraude en la circulación y pago del cheque. Quien presenta el instrumento para el pago debe ser un portador legítimo, ya sea mediante legitimación nominal, o bien mediante legitimación real. Cuando la legitimación es nominal, la legitimación del portador constituye un elemento indispensable para la validez del pago y puede estimársele como un requisito implícito en la disciplina de la circulación del título. La verificación de la autenticidad de la firma evita que, mediante la simulación de un último endoso en blanco falso, el cheque pueda ser cobrado sin posibilidad de identificar el último portador nominalmente legitimado.

La ley no exige que el último endosante tenga su firma registrada en el banco girado, sino que el banco puede verificar su autenticidad. Pudiendo hacerse este cotejo con la firma del

(11) Joaquín Rodríguez. Ob. cit. pág. 381.

(12) Rodolfo Fontanarrosa. Ob. cit. pág. 123.

documento de identidad, y debiendo el banco abstenerse del pago si mediara alguna circunstancia sospechosa.

La obligación del banco no se reduce a observar superficialmente documentos de fácil falsificación, sino que debe examinar si ellos presentan signos visibles de adulteración. Tampoco debe exigírseles precauciones que excedan de lo prudente y razonable. En esta materia no pueden establecerse principios generales, sino que habrá que atenerse a las circunstancias particulares del caso. La ley peruana habla de firma del girador "notoriamente falsificada" (inc. 1º del art. 172º).

El principio general es que el banco girado debe pagar el cheque inmediatamente a su presentación. Siendo presentado en término y no advirtiéndose en el título ninguna irregularidad, el banco no puede rehusar ni demorar el pago a quien aparezca como portador legítimo.

En los cheques al portador, el portador legitimado es el tenedor que lo presenta al cobro. En los cheques nominativos, con la cláusula "a la orden" o sin ella, el tenedor legitimado es el último endosatario de una cadena regular de endosos; y si el último de éstos fuese en blanco, será legitimado el portador del instrumento. En los cheques nominativos con cláusula "no a la orden", el tenedor legitimado será el beneficiario o el cesionario, en su caso, que acrediten su identidad.

El banco girado debe verificar que el cheque haya sido librado en una fórmula de las entregas al cuenta correntista.

Se debe comprobar también la validez objetiva del cheque. Es decir, se debe averiguar si el cheque llena los requisitos de forma indispensables para su consideración como tal.

Si el cheque llena los objetivos para su validez, y el tenedor está autorizado para efectuar el cobro, el banco debe abstenerse de pagarlo si existe algunas de las causas legítimas de no pago, que se han señalado anteriormente.

El pago hecho con infracción de una de las normas anteriores no libra al banco, que puede verse obligado a efectuar un segundo pago. Este principio general de que el banco no paga válidamente, sino bajo previo cumplimiento de las normas anteriores tiene la siguiente excepción: aunque la firma del girador sea falsa, o aunque el texto del cheque esté alterado, el banco paga válidamente si la culpa de la falsificación o alteración es del girador o de sus empleados. Esta culpa se presume, si el cheque está extendido en uno de los ejemplares proporcionados

por el banco a su cliente. Esta excepción tiene a su vez otra, que hace regresar a la regla general: no se presume la culpa del cliente o de sus dependientes, en la alteración del texto o falsificación de la firma, cuando éstas son notorias, es decir, tan burdamente imitadas que podrían ser advertidas por cualquier persona y mucho más por el banco que, por razones profesionales tiene una especial obligación de vigilancia, o cuando sin ser notorios, el cliente avisa al banco oportunamente haber sufrido la pérdida del talonario de cheques o de algunas de las fórmulas del mismo. Según afirma Muñoz (ob. cit. pág. 365), el deber de no pagar los cheques extraviados o robados, impuesto al girado, es consecuencia lógica de la obligación que legalmente tienen el librador y el tenedor de notificar al banco el extravío o el robo de los cuadernos de cheques o de los cheques aislados.

En caso de que el girado se niegue a pagar un cheque sin causa alguna incurre en responsabilidad, y él mismo deberá satisfacer al librador de daños o intereses que resulten de la negativa sin causa (art. 171° de la ley peruana).

El banco tiene la facultad de retener los cheques, cuando sospeche la existencia de dolo o falsedad, o adviertan errores en el cheque que se le presenta al pago, debiendo dar aviso al librador. Esta es una medida de precaución que tiene por objeto impedir conductas delictuosas.

*Derechos y obligaciones del librador.*— Cabe hablar, como indirectamente lo hemos venido haciendo, de la facultad de suspender en ciertos casos la orden de pago; y la de liberar al librador hasta la consecuencia del daño sufrido por la presentación tardía del documento.

En cuanto a las obligaciones, habrá que mencionar las de hacer, que consisten en dar cumplimiento a los requisitos formales exigidos por la ley de emisión; poner en conocimiento del banco el robo o pérdida de talonarios; y conservar éstos con fines de comprobación y fiscalización.

Asimismo cabe destacar aquellas obligaciones de tipo formal o sean, fecha del documento, lugar de emisión, expresión de si se gira a la orden, al portador o a favor de determinada persona, la cantidad librada, y la firma del librador; de todo lo que se ha tratado anteriormente.

La negligencia del librador en cuanto a dar aviso del robo o extravío, libera al banco de responsabilidad civil por el pago

de cheques dolosamente emitidos, salvo casos de notoria falsificación de la firma del girador.

El librador debe conservar los talonarios. El cotejo de los talones (con las matrices) de los libros de cheques surtirá plena prueba para acreditar si las fórmulas adulteradas corresponden o no al cuaderno del que aparece como librador.

*Derechos y obligaciones del tenedor.*— La posesión del cheque autoriza a cobrarlo en la forma establecida por la ley. Naturalmente, siempre que se trate de una posesión legítima, de suerte que se requerirá el endoso previo cuando no se trate de un título valor al portador.

El tenedor no puede exigir compulsivamente al girado el cumplimiento de la prestación, pero legalmente tiene acción contra el librador, cuando el banco, sin legítima causa, se niega a pagar un cheque que le sea presentado en debida forma.

En la legislación argentina, en el caso del protesto del cheque, el tenedor debe avisar lo ocurrido al librador en los términos que establece la ley, para que éste tenga oportunidad de pagar dentro de veinticuatro horas. El tenedor está facultado para exigir al banco que haga constar en el cheque la fecha en que fuere presentado al cobro y rechazado.

La ley uniforme de Ginebra preceptúa que el cobrador puede ejercitar sus recursos contra los endosantes, el librador y los otros obligados, si el cheque presentado en tiempo útil, no es pagado, y si la negativa del pago se comprueba sea por un acto auténtico (protesto), sea por una declaración del girado, fechada y escrita en el cheque, con indicación del día de la presentación; sea por declaración fechada por una cámara compensadora, comprobando que el cheque ha sido entregado en tiempo útil y que no ha sido pagado.

El tenedor tiene facultad para endosar el cheque.

En la ley peruana el art. 170° establece que el banco que se niega a pagar un cheque dentro del plazo de presentación, debe hacerlo constar en el mismo título con expresa mención del motivo de la negación, la fecha de presentación y la firma del funcionario autorizado. Igual mención deberá hacer el banco girado cuando el cheque que rehusa fuere presentado por una cámara compensadora.

## 3.—REQUISITOS DE FORMA Y FONDO.

El cheque por naturaleza es título cambiario y estos títulos dentro del derecho comercial son formales.

La doctrina concuerda en que el cheque, además de su formalismo, responde a los caracteres de autonomía y literalidad propios de los títulos cambiarios.

Según Fontanarrosa (13), dentro de los elementos formales del cheque podemos distinguir requisitos *esenciales* y *naturales*.

a) Los *esenciales* serían: que debe ser escrito; debe llevar la denominación de cheque; debe llevar el número de orden impreso en el cuerpo del cheque y en los talones, si los tuviere, salvo que se tratase de cheques internacionales; debe indicar la fecha de emisión; debe expresar el nombre del banco contra el cual libra el cheque; debe contener la orden pura y simple de pagar, expresada en letras y números, especificándose la especie de moneda; debe contener la firma del librador.

b) Los requisitos *naturales* serían: la indicación del domicilio del banco girado; la indicación del lugar de emisión; la indicación de si el cheque es a la orden, al portador o a favor de determinada persona.

El requisito de que el *cheque debe ser escrito* se desprende de las disposiciones legales que configuran al cheque. El art. 134º se refiere a los cheques girados a cargo de los bancos en formularios impresos, los cuales pueden ser imprimidos por el propio interesado. El cheque puede llenarse a mano, directamente por el librador o por un tercero, a máquina, puede ser impreso, escrito con letras perforadas, etc. Queda librado a la prudencia del librador el empleo de procedimientos que dificulten la falsificación. Lo único que debe ser autógrafo es la firma del librador.

El sistema uniforme de Ginebra, se refiere a la denominación de cheque como requisito formal.

El *empleo de la palabra cheque* o su equivalente en el idioma que corresponda es incluídible. Su omisión o la utilización de otro vocablo, produce su nulidad como tal, sin perjuicio de que pudiera valer como otra especie de instrumento civil o comercial, según el caso.

(13) Rodolfo Fontanarrosa. —Ob. cit. pág. 40.

La mención del cheque es necesaria para que el cheque se distinga a primera vista de cualquier otro documento, debiendo constar en el texto mismo. La expresión de cheque no es sustituible por ninguna otra, a diferencia de lo que ocurre con la letra de cambio.

El cheque debe contener el número de *orden impreso* (art. 134º) en el cuerpo de documentos y en los talones si los tuviere. La utilidad de esto es evidente y permite un mayor control del banco en la expedición de los cuadernos de cheques y dificulta las maniobras dolosas o fraudulentas. Facilita la individualización de los cheques en los recibos que se otorgan cuando esos instrumentos son dados en pago.

Por lo general los cheques suelen tener tres partes: el cuerpo principal y dos talones uno de ellos queda en el cuaderno al cortarse el cheque, y el otro se separa de éste al presentarse a la ventanilla del banco para su cobro, a fin de permitir individualizar al portador en el momento del pago.

No se sanciona con la nulidad la omisión de este requisito en los cheques internacionales.

La *fecha de emisión* tiene importancia para fijar la creación del instrumento, pues con referencia a ésta se determina la capacidad del librador, el lapso de vida útil del cheque y el comienzo del término de prescripción. Además, sirve para contar los términos dentro de los cuales habrá de ser presentado para su pago. De ahí que algunos autores han sostenido, que a diferencia de la letra no puede emitirse el cheque con fecha en blanco sin desnaturalizar su función al permitir que se prolongue indefinidamente la vida del mandato de pago.

La fecha tiene importancia porque sirve para determinar si en dicho momento la persona que lo firmó tenía capacidad para ello. En ese momento es cuando debe existir la provisión.

La fecha debe ser auténtica, esto es, debe indicarse en el cheque la fecha real en que se emite. Cuando se entrega un cheque con fecha anterior a la real de emisión, se habla de cheque antedatado: cuando la fecha que se consigna en el cheque es posterior a la real de entrega; se habla del cheque postdatado: los cheques postdatados deben pagarse en el momento de su presentación, aunque éste sea anterior a la fecha indicada en el documento (J. Rodríguez) (14), ya que de otro modo se desvirtuaría el principio que los cheques son pagaderos a la vista.

---

(14) Joaquín Rodríguez.— Ob. cit. pág. 370.

El cheque emitido sin fecha o con fecha incompleta, es en principio nulo (Fontanarrosa) (15). La fecha puede ser puesta a máquina, fechado o cualquier otro medio de impresión.

La indicación de una fecha imposible, es decir, que no permita determinar el día, mes y año, invalida el cheque como tal. Pero cabe admitir ciertos errores, como 31 de febrero, 31 de junio, etc. (art. 169° de la ley de títulos-valores).

La expresión de dos fechas distintas invalida el cheque. Pero si en un caso el cheque contiene una fecha completa y otra incompleta, vale la fecha completa.

La *indicación del nombre y domicilio del banco* girado es indispensable, y su omisión produce la nulidad del documento como cheque, dado que es obligación de los bancos suministrar a sus clientes los cuadernos de cheques impresos, o en todo caso autorizar los talonarios impresos por sus clientes.

La referencia al domicilio debe agregarse con relación a la casa, agencia, sucursal o establecimiento donde exista la cuenta corriente y que deba efectuar el pago del cheque.

Conforme al derecho español y mexicano, el girado debe ser una institución de crédito, no necesariamente un banco. El nombre consiste en la indicación de la denominación de la institución de depósito o de la financiera girada. Sólo puede haber un girado en un cheque, lo que no se altera aunque el cheque pueda ser cobrado en diversos lugares.

La orden incondicionada de pagar una suma determinada, es otro requisito formal. La cantidad se puede indicar en cifras o en palabras.

La orden va dirigida al banco en el cual el librador tiene fondos depositados en cuenta corriente o crédito en descubierto en dicha cuenta. La vinculación entre el cheque y la cuenta corriente indica que el banco actúa sobre la base de una relación contractual previa, consistente en el contrato de una cuenta corriente celebrado con el cliente. En virtud de ella, el banco se presta a hacer de cajero de éste y realiza los pagos en cumplimiento de esas órdenes escritas.

La *orden debe ser pura y simple*, es decir, incondicional. No se admite en el cheque cláusula alguna que someta el pago a una condición, suspensiva, o resolutoria, o a un plazo que difiera su exigibilidad.

Por aplicación de estos mismos principios relativos a la abstracción e incondicionalidad de la orden de pago, resultan

(15) Rodolfo Fontanarrosa.— Ob. cit. pág. 45.

inadmisibles cláusulas tales como "en garantía" u otras semejantes. Ellas desnaturalizan la función jurídico-económica del cheque, consistente en ser un instrumento de pago.

La indicación de la suma a pagarse debe estar indicada en letras y números. En caso de divergencia entre ambas, el banco pagará la suma indicada en letras.

La *firma del librador* es un requisito esencial. La firma debe ser manuscrita, autógrafa y no se admiten simples marcas o la impresión digital.

A diferencia de lo examinado hasta aquí, cuya omisión produce la invalidez del cheque como tal, sin perjuicio de su conversión en otra especie de instrumento, hay otras menciones cuya falta suple la misma ley. Ellas son: la indicación del domicilio del banco girado, la indicación del lugar de emisión y la indicación de si el cheque es a la orden, al portador o a favor de determinada persona.

*La indicación del domicilio del banco girado.*— Es importante debido a que faculta al portador la localización del banco girado o de la agencia, sucursal o establecimiento del mismo encargado de pagar el cheque. Además, el domicilio del banco girado determina la ley aplicable, pues este domicilio es el lugar de pago del cheque.

Sin embargo, la falta de indicación del domicilio no determina la nulidad del instrumento, ya que en tal supuesto el cheque se entenderá pagadero en el domicilio del establecimiento principal del banco en la República.

En la práctica los bancos hacen imprimir los cuadernos de cheques especialmente para cada uno de sus establecimientos, indicando el domicilio de éstos por lo que difícilmente se producirá el caso de omisión de esa indicación.

*La indicación del lugar de emisión,* supone que los cheques pueden ser librados sobre la misma plaza, entre una plaza y otra, y aún desde un país extranjero, por lo que es importante la indicación de un lugar para los efectos del término de presentación de los cheques librados en el interior, o en el extranjero.

Los bancos suelen expedir los cuadernos de cheques impresos con la indicación del lugar de emisión, que concuerda con el del domicilio del establecimiento (sede central, sucursal, agencia) que debe pagarlos. Pero nada obsta a que esos formularios mantengan en blanco el espacio destinado a indicar el lugar de emisión. En caso de no ponerse el domicilio del banco, se rige

por la disposición final del art. 137°. En caso que el librador olvide llenar el espacio del lugar de emisión del cheque, se entenderá que el documento ha sido librado en el lugar del domicilio del emitente.

*La indicación de si el cheque es a la orden, al portador o a favor de determinada persona, es una exigencia legal* para asegurar la mayor claridad posible al instrumento. Pero al mismo tiempo, prevé la posibilidad de que se omita esa indicación, o que se exprese con poca claridad, disponiendo que cuando el cheque librado a favor de una persona llevase también la mención "o al portador" u otra equivalente, valdrá como cheque al portador; y que el cheque sin colocación de beneficiario valdrá como cheque al portador.

*Requisitos de fondo.*— *La capacidad activa* es uno de los requisitos de fondo. La capacidad para librar cheques es la establecida por el Código Civil para los actos de disposición, con las modificaciones que el Código de comercio introduce con referencia a la capacidad para ejercer el comercio. Dada la estrecha conexión entre el cheque y la cuenta corriente bancaria, es claro que, indirectamente la capacidad para librar cheques se determina también en función de la capacidad para celebrar el contrato de cuenta corriente bancaria.

Las personas físicas pueden abrir cuenta corriente bancaria siempre que tenga la capacidad para disponer de sus bienes según los principios del Código Civil; y además pueden hacerlo los menores de edad —mayores de 18 años— debidamente autorizados para ejercer el comercio o emancipados, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1º y 4º del Código de Comercio. La apertura de una cuenta corriente es inherente al ejercicio del comercio. Claro está que no debe confundirse la capacidad para abrir una cuenta corriente bancaria con la capacidad para efectuar las diversas operaciones singulares que pueden alimentar dicha cuenta (por ej. préstamos, adelantos, descuentos, garantías reales o personales, etc.).

Los incapaces pueden tener cuenta corriente; pero en tal supuesto ella deberá ser abierta a nombre del incapaz (que es su titular) y a la orden del padre, tutor o curador, que será quien tiene la facultad de librar los cheques.

En el caso de las personas jurídicas, la cuenta se abrirá a la orden impersonal de sus autoridades, y los cheques serán librados por las personas autorizadas para ello.

En cuanto a las sociedades irregulares o de hecho, la cuenta corriente bancaria deberá abrirse a la orden personal de los componentes; y los cheques sólo podrán ser librados por los titulares de la cuenta.

La capacidad del librador debe existir en el momento de librar el cheque. La incapacidad sobreviniente a dicha fecha no afecta la validez del instrumento.

La *capacidad pasiva*, es la que recae sobre el banco. El cheque debe ser librado necesariamente contra un banco. De lo cual surge más que un requisito de capacidad, un presupuesto, o una condición legal indispensable para la existencia del cheque.

La *representación*, se da en el caso de las cuentas corrientes abiertas a nombre de una persona y a la orden de otra o a nombre de entidades, asociaciones o sociedades.

Los cheques deben ser librados por la persona o las personas debidamente autorizadas por el titular de la cuenta (o por la autoridad judicial en su caso), y la autorización debe quedar registrada en el establecimiento bancario que debe pagarlos. No hay, pues, posibilidad legal de firmar cheques en virtud de autorizaciones no registradas debidamente en el banco contra el cual se libran y si alguna de las personas autorizadas abusando del poder, librase cheques en detrimento del librador, éste soportaría el perjuicio. En otros términos: el banco paga los cheques librados por la persona cuya firma y cuya autorización para firmar están registradas y archivadas en la institución. Si el cheque fuese firmado por quien no está autorizado, no será pagado y las relaciones entre el portador del título, el titular de la cuenta corriente bancaria y el firmante del cheque, se regularán según las normas cambiarias o excambiarias aplicables al caso.

El libramiento de un cheque por cuenta de un tercero sólo es admisible si el titular de la cuenta corriente autoriza a dicho tercero a librar el documento. En estos casos debe celebrarse una convención entre el banco girado y el dador de la autorización para que el tercero pueda girar sobre su cuenta; y sin perjuicio de la responsabilidad del autorizante por la falta de provisión de fondos en su cuenta, el librador de un cheque por cuenta de terceros, actuando como mandatario sin representación, esto es, en nombre propio, se obligará cambiariamente frente a los portadores.

#### 4.—LA PROVISION.

El librador está obligado a tener anticipadamente hecha la provisión de fondos en poder del librado.

La provisión es un requisito interno del cheque y un presupuesto de su normal funcionamiento. Esto es debido a que el cheque es un instrumento de pago y de pago rápido. Al acrearse el cheque tiene como base una previa obligación de pagarlo por parte del librado. Esta obligación se produce cuando el librado es depositario de fondos del librador o se comprometió a concederle crédito. El librado paga porque tiene provisión. Nuestra ley de títulos-valores no define la provisión, pero se entiende por ésta la suma de dinero que el librado tiene que pagar al librador en cuanto éste lo reclame.

Según Rodríguez (16) la provisión no representa un concepto material del dinero. Podría pensarse que la provisión supone fondos disponibles e implica la existencia material de dinero en poder del librado, es decir, parece que para que haya provisión precisa que el librador tenga una suma de dinero en poder del librado. Pero esto sería erróneo, puesto que la provisión no es más que el derecho de crédito del girador contra el girado resultante de un depósito hecho por aquél en éste, o de la apertura de crédito que éste concede a aquél.

Según la ley mexicana, el girador tiene fondos disponibles o provisión en poder del girado, si depositó en éste una cantidad de dinero. Ahora bien, el depósito de dinero en cuenta autoriza al depositario a disponer de este dinero como si fuera propio, de manera que el depositante sólo tiene un derecho de crédito contra el depositario para obtener la restitución de una cantidad igual de dinero.

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

Para que este derecho de crédito del girador en contra del girado pueda servir como provisión, precisa que sea disponible y anterior al giro. Un derecho de crédito es disponible cuando importa una cantidad exacta (líquida) y puede exigirse su pago de un modo inmediato (exigible).

(16) Joaquín Rodríguez.— Ob. cit. 368.

La ley mexicana requiere que el derecho del crédito sea anterior al giro del cheque.

Para Ripert (17) el librador que emite el cheque garantiza el pago y no puede eximirse de esta garantía, pero como la entrega del cheque no representa ni pago ni lucración, parece que no hubiera ningún peligro en aceptar la entrega de un cheque sin preocuparse de la existencia de una provisión. Esto es cierto únicamente en el caso de que el beneficiario no entregue al propio tiempo al librador objetos o fondos, pero lo más frecuente es que se haga esta entrega y entonces el problema de la provisión es capital. Sin embargo la ley no ha querido resolverlo. Dice que el cheque debe ser girado sobre un banquero que tuviera fondos a disposición del librador y de acuerdo con una convención expresa o tácita que diese al librador el derecho de disponer de estos fondos por cheque; pero la ley añade que en caso de insolvencia de estas prescripciones, se mantiene la validez del título como cheque.

*Necesidad de la provisión.*— Siendo el cheque pagadero a la vista, la provisión debe existir en el momento en que se gira, pues el tenedor puede presentarlo inmediatamente después de haberlo recibido. Es ésta la diferencia capital entre la letra de cambio y el cheque. El librador puede probar, en caso de negativa, que el librado tenía provisión en el momento de la creación del título.

La provisión debe ser líquida y exigible. Como el cheque debe ser girado sobre un banquero, consiste siempre en el crédito del librador sobre el banquero sin que pueda consistir, por ejemplo, en efectos de comercio, a menos que hayan sido abonados o acreditados en cuenta. Pero en la cuenta corriente se consiente por tolerancia un descubierto por encima del crédito abierto y ésto puede considerarse provisión. La Corte de Casación de Francia admite que en las relaciones del librador y beneficiario, la entrega de la provisión sea sometida a una condición.

En cuanto a la propiedad de la provisión, habría que decir, que la ley prohíbe al librador retirar o bloquear la provisión. El cheque emitido es irrevocable y es un error, según Ripert, definir el cheque como mandato de pago. En todo caso este mandato no tiene la naturaleza del mandato esencialmente revocable del Código Civil. De esta irrevocabilidad se deduce que la propiedad de la provisión pertenece al tenedor.

(17) Georges Ripert.— Ob. cit. pág. 279.

Como el girado no acepta el cheque y, por lo tanto, no conoce su existencia no puede oponerse a que el librador retire la provisión y para impedir que la haga se ha creado una sanción penal, según Ripert. Pero si el librador hace oposición al pago del cheque, el girado que se entera del giro ¿debe inmovilizar la provisión aunque la oposición no sea válida? La Corte de Casación en Francia, lo ha admitido considerando al tenedor como propietario de la provisión. Se ha criticado esta solución haciendo notar que esta inmovilización, que se prolonga a veces inútilmente, llega a poner al girado en una situación de hecho semejante a la aceptación.

La sanción por ausencia en la provisión es considerada en la ley francesa, la nulidad del cheque sería una sanción ineficaz en el caso de la ausencia de la provisión. La ley Uniforme de Ginebra lo prohíbe (Art. 3º). La ley francesa de 1865 prohíbe la emisión de este tipo de cheques y prevé una sanción penal y lo califica como delito de estafa. Pero la estafa existe únicamente en el caso de maniobras fraudulentas, que con frecuencia no pueden probarse. La ley de 31 de enero de 1944 vuelve a reglamentar esta materia y agrega las penalidades, aplicando las penas de la estafa con una multa que no podrá ser inferior al importe del cheque.

*La aceptación de un cheque sin provisión.*— La práctica ha revelado la excesiva ingeniosidad de ciertos acreedores, que se hacen emitir por su deudor un cheque que saben sin provisión, a fin de tenerlo a su merced, después de haberlos incitado al delito. El art. 66º del decreto ley de 1935 en la legislación francesa, considera un delito especial el hecho de haber aceptado con conocimiento de causa un cheque emitido sin provisión o cuya provisión hubiese sido retirada o bloqueada. Castiga este delito como el precedente y admite la misma atenuación de pena en el caso de constitución ulterior de la provisión dentro de veinte días. En caso de reincidencia, todas estas infracciones son consideradas por la ley como constituyentes del mismo delito. El beneficiario no tiene derecho a entablar la acción civil.

En la Conferencia de Ginebra se propuso se hiciera mención expresa de la cláusula de la provisión, bajo pena de nulidad del cheque. Pero aunque esta cláusula no es universal, es normal que el cheque se emita como consecuencia de existir provisión. La mención no fue incluida, pero quedó entendido que su inser-

ción no viciaba el título, dejando en libertad a los Estados, imponer las sanciones correspondientes.

Sobre el concepto de fondos disponibles, dice Rocco, que existen cuando el girado debe pagar una suma, por lo menos igual, a la establecida en el cheque. Tal obligación puede derivar de un derecho creditorio del librador contra el girado, de un crédito abierto, o, en general, de cualquier convención.

Fontanarrosa (18) da una noción de la provisión, y sostiene que no es un concepto material, sino jurídico: "es el derecho de crédito que el librador tiene a su favor contra el banco girado, en razón de la relación jurídica que lo autoriza a librar el cheque".

La provisión de fondos es un requisito de regularidad del cheque, pero no de su validez; por lo tanto, la inexistencia de dicha provisión no afecta la eficacia del cheque como título cambiario.

La provisión debe consistir en fondos disponibles suficientemente acreditados en cuenta. Es decir, no basta la existencia de fondos en la cuenta, sino que es menester que el librador tenga la libre disponibilidad de ellos. Además, esos fondos deben estar suficientemente acreditados, en el sentido de que el acreditamiento permita disponer inmediatamente de ellos sin necesidad de esperar ningún término o condición.

Respecto de la provisión se ha planteado en doctrina el problema de saber si ella debe existir en el momento de librarse el cheque, o si es suficiente que ella exista en el momento de ser presentado al cobro, o si es preciso que exista durante todo el lapso comprendido entre la emisión y el cobro.

Vivante sostiene que la provisión era requerida según el Código Italiano de 1882 al momento de la emisión del cheque; pero si el librador después de haber emitido el cheque y antes de que el portador lo presentase al cobro, disponía de la provisión para otros fines, no incurría en sanción penal alguna. Para la ley —según Vivante— era suficiente que el documento hubiese sido librado regularmente, aunque con posterioridad esa regularidad resultase afectada.

En realidad, tanto la doctrina francesa como la opinión de Vivante, pecan de formalismo, ya que atienden a aspectos aparentes y descuidan la verdadera finalidad jurídico-económica del cheque. Si el objeto de éste es permitir al portador el rápido

---

(18) Rodolfo Fontanarrosa.— Ob. cit. pág. 66.

cobro de la suma indicada documentalmente, esto se cumple siempre que la provisión exista en el momento de la presentación del título para su cobro. Al portador le interesa que el cheque le sea pagado en el momento de su presentación. Esta parece ser la tesis aceptada en nuestro derecho.

La provisión debe existir en la cuenta sobre la cual se gira el cheque. El banco se negará a pagarlo cuando no hubiere fondos disponibles en esa cuenta, aunque tuviera fondos, el librador en otras cuentas y por otros conceptos.

##### 5.—CLASES DE CHEQUES.

El título II de la Ley de Títulos-Valores, se refiere a los cheques especiales y en su capítulo 1º enumera al cheque cruzado (art. 147º).

*El cheque cruzado.*— Nace en la práctica bancaria inglesa, cuando los libradores suponiendo que el tomador habría de entregar el cheque a un banquero, empiezan a escribir el nombre de éste a través del anverso del documento. Más tarde, para facilitar la transmisión a otras personas, en vez de designar un banco determinado, el librador se limitaba a escribir cruzadas las palabras "y compañía". Aparece así la distancia entre cruzamiento general y especial.

Garrigues (19), dice: "el cruzamiento del cheque significa, una limitación a la legitimación para el pago, creada a favor del titular".

Esta forma del cheque presta una doble utilidad: en primer lugar evita el riesgo de la pérdida o robo, pues quien lo posee y no es el debido tenedor no puede presentarlo, ni mediante un banquero; de otro lado, el cheque se acredita en cuenta del cliente, es decir, cumple el papel de moneda fiduciaria.

La necesaria intervención de un banquero o sociedad en el cobro es una garantía de que el cheque será presentado por su legítimo tenedor.

El cheque cruzado es una excepción a la regla general, ya que cualquiera que sea su tenedor legítimo, el cobro ha de hacerse precisamente por conducto de una institución de crédito, únicas autorizadas según la ley, para presentarlo al cobro en el banco girado.

(19) Joaquín Garrigues.— "Curso de Derecho Mercantil" T. I (pág. 356) Edit. Silverio Aguirre. Madrid 1962.

Una vez que el cheque ha sido cruzado no puede cancelarse el cruzamiento; ni una vez que se indique el nombre de un banco, puede borrarse ni sustituirse por otro.

El cheque cruzado es un cheque forzosamente nominativo según exige la ley, por lo que es un título a la orden que puede endosarse. La única limitación consiste en que el endosatario cualquiera que sea, no puede cobrarlo personalmente, sino por conducto de una institución de crédito en caso de cruzamiento general, o por el banco expresamente designado, si se trata de un cruzamiento especial.

El efecto que produce este Cheque es uno solo, pero de vital importancia: que el cheque será pagado únicamente a las personas designadas por ley. Si se ha cruzado en forma general, el cheque puede ser pagado únicamente a un banquero, a una oficina de cheques postales o a un cliente girado. Si es un cheque cruzado especial puede ser pagado únicamente al banquero designado en el mismo o, si éste es el girado, únicamente a su cliente.

Las personas legitimadas para efectuar el cruzamiento, pueden serlo tanto el librador como el portador del cheque.

La responsabilidad del banco por el pago de cheques cruzados se da, cuando éste no observe las disposiciones del caso, y respondería, por lo tanto, por el perjuicio causado hasta la concurrencia del importe del cheque.

La responsabilidad del cheque girado por la inobservancia de las disposiciones legales relativas al pago de cheques cruzados se limita al monto del cheque. Tal limitación sólo funciona en el caso de culpa o negligencia; pero si el girado hubiera obrado dolosamente, surgirá su responsabilidad amplia por la totalidad del perjuicio causado. La limitación de la responsabilidad debe referirse al incumplimiento negligente de las disposiciones contenidas en los artículos pertinentes, por ejemplo, si el girado no paga el cheque a otro banco, en el caso de un cruzamiento general o si lo pagare a otro banco que no fuere el indicado en un cruzamiento especial o si pagase un cheque con más de dos cruzamientos especiales.

La limitación de la responsabilidad, al monto del importe del cheque, en los supuestos indicados, se explica por la conveniencia de evitar que los bancos se vean obligados a pagar sumas exorbitantes en concepto de indemnizaciones, por errores muchas veces involuntarios de sus empleados; y, además porque esa limitación facilita la rápida solución de las controversias que puedan surgir al evitar litigios largos y complicados en casos que,

por lo común, no ofrecerán la gravedad de los otros en que subsiste el principio de la responsabilidad integral.

El banco responde frente al damnificado por su negligencia.

*Cheque para acreditar en cuenta corriente.*— Esta clase de cheque no puede ser pagado en efectivo, su importe se acredita a favor del tomador o de un endosatario del tomador. El cheque se deposita en la cuenta corriente.

La mención de “abono en cuenta” se hace en el anverso, transversalmente.

En la Conferencia de la Haya de 1921, el delegado alemán Fischel hizo notar que el cheque cruzado no evitaba el riesgo de que, mediante su negociabilidad irregular, fuese cobrado en dinero en efectivo por intermedio de un banco. Como consecuencia de las observaciones expresadas por diversos delegados, la Conferencia de la Haya admitió en su proyecto las dos especies de cheques: “los cruzados” y los “para acreditar en cuenta”. Análogo criterio se sostuvo en la Conferencia de Ginebra de 1931, con algunas diferencias en lo relativo a las reservas permitidas a las partes contratantes.

Según el art. 152º de la Ley de títulos-valores, el cheque debe llevar escrita transversalmente la leyenda: “para acreditar en cuenta” u otro equivalente. Esta leyenda puede ser puesta por el librador, o por cualquier tenedor.

El banco girado no puede pagar el cheque con dinero en efectivo. Sólo puede hacerlo mediante un asiento en libros, esto es, anotándolo en cuenta, por el procedimiento de la transferencia o compensación. Es decir que el importe del cheque se acredita en la cuenta del portador y se debita en la del librador. Esa liquidación mediante asiento equivale al pago.

La ley argentina dispone que el portador que ha aceptado un cheque con la cláusula mencionada, acepta tácitamente esa forma de pago. Consecuencia de ello es que una vez efectuado el acreditamiento, el pago se considera efectuado; por tanto, si el banco girado cayese en quiebra, el tenedor del cheque no tendrá ninguna acción de regreso contra los firmantes del documento, porque al aceptar el título, el tenedor ha aceptado también el riesgo de la eventual incapacidad de pagar en que incurriese el girado.

*Cheque certificado.*— El cheque certificado nació en los Estados Unidos de Norte América, como consecuencia de la prác-

tica de los banqueros y comerciantes de Nueva York; y su reconocimiento judicial se produjo con el fallo dictado en el año 1853 en el caso "Villets v. the Phoenix Bank", en el que se resolvió que, al certificarse un cheque, el banco se obliga a pagar su importe a la simple presentación del título, sea cual fuere el tiempo transcurrido desde su libramiento (siempre que el derecho no hubiese prescrito).

Con el fin de dar una idea, mas no una definición, puede decirse que este título consiste en un cheque ordinario, en el cual el banco girado inserta en el dorso o en el añadido una constancia de que existen fondos suficientes en la cuenta del librador, los que quedan afectados al pago de dicho documento durante el lapso de vigencia de la certificación.

La certificación debe distinguirse de la aceptación, de la llamada certificación condicional por los norteamericanos, y de la marcación de los ingleses.

La aceptación, convierte al aceptante en obligado cambiario principal, según los principios que gobiernan la letra de cambio. En tanto que el banco girado actúa como simple cajero del librador, debe pagar el cheque a su presentación y no se obliga cambiariamente, ya que no puede aceptar el título.

La certificación condicional se utiliza únicamente entre bancos. Lo característico de esta llamada certificación condicional, es que asume mas bien la fisonomía de una información que el banco girado da al banco que presente el documento al clearing.

La marcación funciona también entre bancos. Cuando estas instituciones recibían un cheque después de la hora establecida para el envío a la Cámara Compensadora, en Inglaterra, solían ponerle la palabra "good" o alguna expresión indicadora de que el título tenía provisión suficiente y ello le confería prioridad para el cobro en la compensación del día siguiente. Posteriormente esta práctica cayó en desuso.

La certificación debe ser limitada en cuanto al tiempo e ilimitada en cuanto al monto.

En cuanto al tiempo la certificación de un cheque no puede extender la validez del título más allá de los términos legales de treinta días, que es el plazo de presentación. Vencido este plazo caduca, sin perjuicio de la subsistencia del cheque como tal.

En cuanto al monto, se dispone que la certificación no puede ser parcial. El banco no puede certificar un cheque si de la verificación que debe efectuar, resultase que no hay provisión suficiente en la cuenta del librador. Si por error o cualquier otro

motivo lo certificase, responderá frente al legítimo tenedor por su pago íntegro, sin perjuicio de su acción extracambiaria contra el librador.

En la legislación argentina existe la limitación en los cheques al portador en los cuales no puede insertarse la certificación. Esto se debe a motivos de seguridad en la circulación del título, derivados de la imposibilidad de controlar las sucesivas transferencias en los títulos al portador.

En la legislación mexicana existe esta misma limitación, sólo pueden ser certificados todos los cheques nominativos, menos los de caja y los de viajero. Se añaden estas dos excepciones, las cuales se comprenden perfectamente, si se tiene en cuenta que la certificación consiste en la obligación cambiaria del girado de pagar el cheque. Ahora bien, el cheque de caja está expedido por un banco a su propio cargo, con lo que ya está obligado cambiariamente a su pago, en el cheque de viajero ocurre exactamente lo mismo. Por eso en estos dos casos, la certificación es innecesaria, ya que el banco girado está obligado cambiariamente al pago, en su calidad de girador.

En la legislación mexicana tampoco pueden certificarse los cheques al portador, debido a que los cheques certificados al portador circularían de mano en mano, como billetes de banco, creando así una grave competencia a los billetes del banco Central (Joaquín Rodríguez pág. 383 "Derecho Mercantil").

La certificación tiene por efecto establecer la existencia de fondos e impedir su retiro por el librador durante el término convenido. Una vez verificada la existencia de provisión suficiente, al banco girado debita el importe del cheque certificado en la cuenta corriente del librador y expide la certificación. Ese importe debitado en la cuenta queda momentáneamente separado del patrimonio del emitente del documento y, por razones contables, debe ser acreditado en una cuenta especial cuyo titular es el banco, en la que se registran todos los cheques certificados que el banco debe abonar. Con ello se cumple la finalidad de establecer en forma fehaciente la existencia de fondos disponibles suficientes para el pago del cheque e impedir su retiro por el librador durante el término convenido.

La separación del importe del cheque del patrimonio del librador y su afectación al pago del título están sujetos a la condición resolutoria del vencimiento del término de vigencia de la certificación; transcurrido el cual sin que el documento haya sido cobrado, el título subsiste como cheque común.

Los cheques certificados tienden a asegurar el pago. El girado hace constar que el girador tiene en poder de aquel, fondos suficientes para pagar el cheque. En virtud de la certificación el girado queda obligado cambiariamente en forma directa al pago del documento, sustituyendo al girador como principal obligado cambiario.

En la legislación mexicana, el cheque que certifique el banco debe ser nominativo y no negociable, la certificación debe amparar su importe total y debe ser presentado para su pago, so pena de caducidad, dentro del plazo determinado para los cheques ordinarios (20).

*Cheques no negociables.*— Este tipo de cheques, produce un efecto similar a los cheques cruzados, ya que sólo pueden ser endosados a una institución de crédito para su cobro.

Entre los cheques no negociables, cabe citar los siguientes: el expedido o endosado a favor del propio librado; el cheque de caja que las instituciones de crédito pueden expedir en forma privativa a cargo de sus propias dependencias; los cheques "para abono en cuenta", que no son negociables a partir de la inserción de esa cláusula, la misma que significa la prohibición del librador o del tenedor al banco librado para que se pague el cheque en efectivo y abone su importe en la cuenta que lleve o abra a favor del beneficiario o tenedor; los "cheques certificados"; y finalmente todos aquellos en que se inserta la cláusula "no negociable".

El banco que se niegue a pagar un cheque no negociable no incurre en responsabilidad y sí, en cambio, es responsable del pago irregularmente hecho.

*Cheques de viajero.*— Este tipo de cheque es una creación de la práctica moderna, cuyos orígenes no pueden determinarse con exactitud. Los bancos de gran potencialidad económica con vinculaciones comerciales en la mayor parte de los países del mundo suelen ser los emisores de estos títulos pero también algunas grandes empresas de turismo suelen librarlos. Sin embargo estas últimas van reduciendo sus actividades, ya que les resulta más cómodo adquirir los cheques de viajero emitidos por los bancos y revenderlos a sus clientes mediante el cobro de una pequeña comisión.

(20) José Becerra Bautista.— "El cheque sin fondos" (pág. 160). 365 págs. 3a. edic. Edit. Jus. México, 1959.

En estos documentos el librador es la institución de crédito que a su propio cargo expide el cheque para ser pagado por su establecimiento principal, sucursales o corresponsales en la República, o en el extranjero. El tenedor de un cheque de viajero puede presentarlo para su cobro mientras no transcurra el plazo señalado para su prescripción, que es de un año.

Estos cheques son puestos en circulación por determinadas instituciones previo el pago del importe que representan. Debido a ello son siempre nominativos y deben ser firmados por el beneficiario; la firma de éste la certifica la institución libradora y sirve para que verifique su identidad a quien se hace el pago.

Cuando un cheque de viajero lleva dos firmas del beneficiario, se convierte en cheque al portador, que debe ser pagado a su tenedor por cualesquiera de las oficinas, sucursales o corresponsales, incluidos en la lista que proporcionará el librador y mientras no transcurra el plazo de la prescripción que es de un año.

Según la ley mexicana la falta de pago de un cheque de viajero da derecho a exigir al librador su importe, más una indemnización no menor al 20% de dicho importe.

Si el que compra cheques de viajero no los utiliza, tiene derecho a que el librador le haga el reembolso respectivo.

Los cheques de viajero son nominativos y pueden transmitirse por endoso, lo que les da el carácter de negociables. El pago del cheque de viajero se hará a favor del tenedor legítimo, que es el que lo adquirió del banco, o a un endosatario, cuyas firmas auténticas deben constar en el texto del documento. El banco que paga debe comprobar la autenticidad de las firmas.

La especialidad del cheque de viajero consiste en la multiplicitad de lugares de cobro, aún cuando sólo existe un girado, que es el propio banco girador.

El pago se efectúa al tenedor legítimo, ya sea el que directamente lo obtuvo del banco o un endosatario. En todo caso el banco emisor o cualesquiera de las sucursales o agencias autorizadas para efectuar el pago, deben comprobar la autenticidad de las firmas del tomador del cheque, ya que en el texto del cheque de viajero deben constar dos firmas de dicha persona. Una de las firmas del tomador se estampa en el momento en que recibe el cheque del banco emisor la otra debe ponerse en el momento de entregar el cheque por endoso, o para su pago. La constancia de estas dos firmas es esencial para obtener el cobro del do-

cumento del banco emisor o de las sucursales o agencias también autorizadas para ello.

Las características propias de este cheque son: el girador gira el cheque a su propio cargo, es decir, que girador y girado son la misma institución de crédito; existe pluralidad de lugares de cobro; son nominativos; se expiden por cantidades fijas.

*El cheque intransferible.*— Son cheques que sólo pueden pagarse al portador que lo haya recibido con la cláusula “no transferible”.

Dentro de sus características tenemos que la cláusula puede ser inserta con iguales efectos por el librador o un endosante; se expresa con las palabras “no transferible” u otra equivalente (la ley no contiene este agregado pero se sobreentiende, de acuerdo al sistema adoptado tratándose de otras cláusulas). A pedido del cliente tal cláusula debe ser puesta, también, por el banquero endosatario para el cobro.

Por efecto de la cláusula puesta por el librador, el cheque sólo puede pagarse al tomador, o, a pedido de éste, acreditarse en su cuenta corriente. El tomador sólo puede endosar el cheque a un banquero para el cobro, y los endosos, puestos a pesar de la prohibición, se tienen por no inscritos, como la testación de la cláusula se tiene por no producida.

Si la cláusula es puesta por un endosante, el endosatario está sometido a análogos deberes, que en el caso anterior incumben al tomador.

A consecuencia de tales disposiciones quien paga un cheque “no transferible” a una persona diferente del tomador, o del endosatario, o del banquero endosatario para el cobro, responde del pago, o sea, que está obligado a resarcir los daños, que, a consecuencia de la transgresión, haya experimentado el librador o endosante que inserten la cláusula. Debe observarse que, de acuerdo con la limitación contenida en esta reserva, la disposición del cheque no transferible, sólo se aplica a los cheques pagaderos en el territorio del Estado.

En conclusión, la cláusula “no transferible”, es mucho más rigurosa que la cláusula “no a la orden”, que el librador o endosante pueden insertar en un cheque con la consecuencia de que tal cheque sólo puede transferirse en la forma y con los efectos de la cesión ordinaria. En cambio en el caso del cheque “no transferible”, dada la redacción de la ley no se admite, ni siquiera, la cesión, que importaría la transferencia del título a un sujeto

distinto, aunque éste se convierta en titular de un derecho, no autónomo sino derivado. (Rocco D. Comercial T. 9, pág. 307).

*Cheque circular.*— Es un cheque pagadero en todas las sucursales de un banco o en todos los bancos que sean corresponsales del banco sobre el cual se ha girado el cheque. Este pago como debe ser inmediato, exige una certificación del cheque. En Francia no existen reglas especiales sobre el cheque circular y la Conferencia de Ginebra después de haber examinado la cuestión renunció a reglamentarlo, porque la práctica de los diversos países es muy distinta.

En Italia este tipo de cheque es reglamentado por una ley, la misma que le asigna expresamente su carácter cambiario. El emitente del cheque contrae responsabilidad directa por el pago, eliminando la persona del girado se evita así que éste pueda rechazar el título, haciéndolo refluir hasta el librador, a través de la vía de regreso.

El requisito que pone la ley italiana, de que el cheque debe emitirse por instituciones bancarias, y con el concurso de rigurosas garantías, facilita mucho su circulación y lo convierte en un medio simple y eficaz de pago. Por su parte la institución bancaria emitente obtiene un gran provecho de la operación, pues se beneficia con intereses de la suma correspondiente, desde el día de la emisión hasta el día de pago efectivo.

*Cheque de gerencia.*— En esta clase de cheque, el librador es el propio librado. Este cheque puede ser otorgado por alguien que no posea cuenta corriente, pues en este caso puede adquirir el documento en el mismo banco, mediante el pago de una pequeña comisión.

Según nuestra Ley de títulos-valores, cheques de gerencia son los que emiten los bancos a cargo de ellos mismos; y sólo pueden ser emitidos en forma nominativa.

Razones de orden fiscal prohíben emitir estos títulos al portador.

El cheque de gerencia no puede ser girado a favor del propio banco, de lo contrario, se concentraría en una persona las tres calidades de girado, girador y tenedor, y bastaría la firma autorizada del banco al dorso del documento, para que éste circulara al portador.

## 6.—PRESENTACION Y PAGO.

Para hacer efectivo el pago del documento, su tenedor debe presentarlo al banco girado. La presentación consiste en la exhibición material del cheque al banco, con el requerimiento de abonar al presentante la suma indicada en él.

El sujeto activo de la presentación del cheque es el tenedor legítimo, o su representante. Cuando se trata de un cheque al portador será difícil establecer las condiciones de capacidad del presentante, porque al ser pagado el título en ventanilla no se fiscaliza la identidad ni la calidad de la persona que percibe su importe, a menos que circunstancias muy sospechosas despertaran la atención del empleado pagador.

Si el cheque fuese a la orden, o hubiere sido endosado nominalmente, también podrá ser identificado el portador que lo cobró, y determinarse su capacidad beneficiaria.

El cheque pagadero a una persona determinada, con la cláusula "a la orden", o sin ella o con alguna cláusula equivalente, será pagado al portador siempre que esté en forma la cadena de los endosos, sin que el banco esté obligado a verificar la autenticidad de las firmas, con excepción de las del librador y del último endosante.

Cuando el último endoso ha sido en blanco, se entiende que el mismo equivale a un endoso al portador y el cheque puede haber sido transferido nuevamente mediante simple tradición. Entonces el banco verificará la autenticidad de las firmas del librador, del último endosante y abonará el cheque al portador que lo presente al cobro. Pero si el endoso ha sido extendido a nombre de una persona determinada ésta será la beneficiaria del título y la única legitimada (o su representante) para cobrarlo y en tal supuesto, el portador legitimado (beneficiario designado en el endoso) deberá justificar su identidad ante el banco pagador.

El cheque "no a la orden" sólo podrá ser pagado al beneficiario que acredite su identidad, a su cesionario que justifique igualmente su identidad, o a un banco en que tenga cuenta abierta a su nombre, a cuyo único efecto deberá cruzarlo en especial o endosarlo. Tanto el beneficiario como su cesionario pueden cobrar el cheque "no a la orden" por intermedio de un banco en el que tuvieren cuenta abierta a su nombre. Pero en este caso deberán cruzar el cheque en forma especial a nombre del banco depositario del documento y, además, deberán endosarlo.

El sujeto pasivo de la presentación es el banco girado. En cada caso de negativa de pago, el banco girado deberá indicar la negativa del no pago del cheque.

El cheque es pagadero a la vista. A diferencia de lo que ocurre con la letra de cambio, el cheque no puede ser aceptado y toda mención de aceptación puesta en el mismo se tendrá por no escrita, sin perjuicio de lo dispuesto respecto de los cheques certificados.

La razón de la prohibición de la aceptación de los cheques reside en que ella es contraria a la función jurídico-económica de estos títulos, que son, como se ha expresado, simples medios de pago que presuponen la existencia de una provisión en poder del banco girado, que sólo actúa como cajero del librador. Admitir la aceptación significaría aceptar la posibilidad de agregar un nuevo obligario cambiario, tornando superflua la exigencia de la provisión de fondos y convirtiendo el cheque en una letra de cambio. El cheque se presenta al cobro y el banco deberá pagarlo o no, según que se den o no las condiciones para el pago, pero no tendrá posibilidad de aceptarlo.

El cheque debe ser presentado no para su aceptación sino, lisa y llanamente para su pago; y, estando en condiciones legales, debe ser pagado a la vista, esto es, a su presentación.

Según el art. 165º de la Ley de títulos-valores, el término o plazo para la presentación de un cheque librado en el país es de treinta días contados desde la fecha del libramiento, sea cual fuese el lugar de su emisión y el domicilio del banco sobre el cual se gira. Los cheques girados en el extranjero tienen un plazo de presentación de sesenta días.

Dentro del país el término es único, sean cuales fueren los lugares de emisión del cheque y del domicilio del banco girado. Se descarta la posibilidad de los cheques girados en diversas plazas.

Si el día de vencimiento de un cheque cae en día inhábil, el cheque podrá ser presentado al cobro el primer día hábil bancario siguiente al del vencimiento.

El vencimiento del término se produce automáticamente y no se admiten días de gracia, ni legales, ni judiciales. Con mayor razón no se admiten días de gracia convencionales, dada la naturaleza de instrumento de pago que reviste el cheque. Salvo los casos de fuerza mayor, en que puede darse un plazo de gracia. Siguiendo la legislación Ginebrina, no se considera casos de

fuerza mayor los hechos puramente personales del portador o de aquel a quien se hubiese encargado la presentación del cheque.

El art. 167º nos habla de la muerte o incapacidad sobrevinientes al librador ocurridas después de la emisión y dice que no producen efectos en este caso. Esta solución se explica, simplemente por motivos de orden práctico destinados a dar seguridad a terceros, en consideración a la función jurídico-económica del cheque como instrumento de pago.

La segunda parte de este dispositivo se refiere a la quiebra del girador y en este caso se producirá la revocación del cheque, aunque el plazo para la presentación no haya vencido.

Un problema de sumo interés es el de la postdatación del Cheque, es decir, la eficacia de un cheque postdatado.

El art. 164º es claro al respecto, pues dice que el cheque es pagadero a la vista. La colocación en el instrumento de una fecha anterior a la real de emisión (antedatación) es poco frecuente y resta utilidad al cheque, por cuanto disminuye el número de días disponibles para su presentación al cobro.

En cambio la inserción de una fecha posterior a la verdadera (postdatación), con miras a diferir la presentación del documento y, por consiguiente, a producir una dilatación del pago, es practicada con muchísima frecuencia. Ocurre a diario que una persona que no tiene en el momento provisión de fondos en su cuenta corriente bancaria, pero que espera tenerlos para una fecha más o menos próxima, libra un cheque con una fecha posterior a la real de emisión, coincidente con la que, según sus esperanzas, habrá de tener fondos, y conviene con su acreedor en que éste no presentará el documento al cobro hasta la fecha expresada como de libramiento.

Es indudable que este modo desvirtúa la función jurídico-económica del cheque, convirtiéndolo de instrumento de pago, a instrumento de crédito.

La ley uniforme de Ginebra de 1931 consagró la solución de que los cheques presentados antes de la fecha indicada como emisión, se pagarían; y si los libradores no tuviesen en esos momentos fondos disponibles se otorgará la declaración de rechazo por falta de fondos.

En la legislación argentina se agrega la aplicabilidad de las disposiciones legales, no sólo penales sino también administrativas, relativas a la emisión de cheques sin provisión de fondos.

La solución dada en Ginebra, responde al interés y naturaleza del cheque y a su función jurídico-económica de ser un ins-

trumento de pago y no de crédito. Señala Bouteron, que admitir la plena eficacia del "pactum de no petendo" involucrado en la postdatación, significa estimular la emisión de cheques sin provisión de fondos y desde el punto de vista práctico, el empleo de los cheques postdatados recarga las tareas de los bancos al exigirles un mayor control en la verificación de la fecha de los documentos que reciban al cobro.

El portador de un cheque postdato, puede presentarlo al cobro antes de la fecha indicada como de emisión, pero no está obligado a hacerlo si prefiere esperar hasta dicha fecha. La ley no obliga a no respetar los acuerdos expresos o tácitos celebrados entre el librador y el portador del cheque respecto del momento de la presentación.

Conforme a la ley peruana, el cheque postdatado presentado al cobro antes del día indicado como de emisión, es pagadero el mismo día de su presentación; y si no tuviere provisión de fondos, el banco deberá poner la constancia respectiva, pues desde ese instante son aplicables las disposiciones legales, penales y administrativas, relativas a la emisión de cheques sin provisión de fondos, y corren los términos para el aviso al endosante y al librador. Pero el término para la prescripción de las acciones emergentes del cheque contra el librador y los endosantes comenzará a correr desde la expiración del plazo para la presentación y no desde el día de su presentación. Por lo tanto, a esos efectos habrá que computar el término para la presentación a partir de la fecha expresada en el instrumento; y vencido dicho plazo de treinta o de sesenta días, comenzará a correr el término para la prescripción, de conformidad con las reglas ordinarias.

Ripert (21) expresa que el cheque es un título pagadero a la vista, a su presentación y toda cláusula contraria se considera no escrita; un plazo de pago modificaría la naturaleza del cheque transformándolo en título de crédito.

En cuanto al lugar de la presentación, el cheque debe ser presentado al pago en el lugar indicado en el título.

El cheque es pagadero a su tenedor legítimo. El banquero girado debe, pues, verificar la cadena de los endosos. Se debe comprobar la identidad, si es nominativo. El girado debe comprobar la regularidad del cheque, especialmente la firma del librador.

(21) Georges Ripert.— Ob. cit. pág. 287.

Puede ocurrir que el banquero pague cheques robados o falsificados. Su responsabilidad debe determinarse según las reglas del derecho común, siendo preciso demostrar su culpa o la de su agente.

Esta culpa se establece cuando el banquero hubiese podido fácilmente constatar la falsedad de la firma del librador, o la irregularidad de los endosos o de los añadidos y alteraciones en el texto. Pero no habrá culpa en el caso de imitación perfecta de la firma del librador y de aparente regularidad del cheque.

El girado debe hacer un pago parcial si dispone únicamente de una provisión parcial, y el portador no puede rechazarla (art. 168°).

El cheque que no se paga a la presentación o que se paga parcialmente, debe ser protestado. Esta obligación de protesto es incómoda para los tenedores no comerciantes que no tienen el hábito de estas formalidades y es además para todos un motivo de gastos.

Pero estos gastos, formalidades de timbres y registro, se realizan sin perjuicio del tenedor y el tenedor reclamará los gastos al librador.

El protesto debe realizarse dentro del plazo de presentación, pues, éste se comprueba únicamente por el protesto.

El tenedor que no presenta al pago el cheque en el plazo legal, es un tenedor negligente y esta negligencia le hace perder el recurso contra los firmantes. Pero esta sanción no tiene la misma importancia que en la letra de cambio, pues es raro que el cheque circule antes del pago. Si el tenedor tiene provisión debe pagar. Si no la tiene, el librador queda obligado y ha cometido el delito penal de emitir un cheque sin fondos; sin provisión.

De otra parte, como la entrega del cheque no implica novación, el librador queda obligado. El tenedor no corre pues más riesgos que el de la quiebra del girado que tenía provisión. Como el cheque puede girarse únicamente contra un banco, el riesgo es mínimo.

Joaquín Rodríguez (22), afirma que el cheque es un título de pago, puesto que nace para realizar el pago de una obligación con fondos que se suponen disponibles. Por el pago del cheque se entiende la prestación en dinero que extingue la obligación incorporada al cheque.

El pago del cheque, según Garrigues (ob. cit. pág. 754),

---

(22) Joaquín Rodríguez.— Ob. cit. pág. 375.

significa el cumplimiento por el librado de la obligación que él asumió en el contrato de disponibilidad.

En el pago oportuno están interesados tanto el librador, que se ve libre de toda acción cambiaria o causal, como el tenedor, que ve transformada en dinero la promesa de pago admitida en vez del dinero. La confianza en que el cheque será pagado, explica que el acreedor consiente en admitir una orden de pago, en lugar de un pago en dinero.

Si el cheque no es presentado oportunamente para el pago, corre su tenedor los siguientes riesgos:

a) pierde la acción cambiaria directa contra el girador y la regresiva contra los endosantes, así como la acción cambiaria contra los avalistas del girador y de los endosantes, si los hubiere.

b) pierde la protección de la ley penal, pues para obtenerla se exige la presentación oportuna del cheque como un requisito indispensable para que, si éste no es pagado, exista el delito de giro de cheques si provisión de fondos. Resulta que la negligencia del tenedor queda castigada haciéndole imposible, si no hay provisión de fondos, alegar en su favor la enérgica protección que la ley penal le confiere.

c) por último, el girador puede revocar el cheque, una vez transcurrido el plazo de presentación, por lo que el tenedor negligente se expone a que su cheque no pueda ser cobrado, por expresa orden del suscriptor mismo.

El cheque presentado a la Cámara Compensadora, equivale a la presentación hecha al propio girado, según Rodríguez. (ob. citada pág. 377). La Cámara de Compensación simplifica el pago de los cheques al hacer posible que se reduzca al mínimo el número de pagos que se efectúan con dinero.

En caso que el cheque sea presentado oportunamente al pago, se produce un efecto conservatorio, pues la presentación del cheque al cobro es el cumplimiento de un requisito indispensable para la conservación de las acciones cambiarias en contra del librador, de los endosantes y de sus respectivos avalistas. Es decir, supone la realización del acto que impide la caducidad de dichas acciones cambiarias.

También produce la presentación oportuna al cobro, uno de los elementos indispensables para la persecución del delito de falta de pago del cheque.

Finalmente la presentación oportuna impide que el librador pueda revocar el cheque.

En realidad el efecto principal de la presentación del cheque al pago, es la obligación de pagar.

El pago hecho por el librado extingue todas las relaciones jurídicas creadas por el cheque. Los obligados en el cheque (librador y endosantes) quedan liberados de su responsabilidad. Este es, pues, uno de los efectos principales del pago en sí.

Por el pago, se reduce en el importe del cheque, la provisión que existiese en poder del librado. Este deja cumplida total o parcialmente la obligación que asumió en el contrato de disponibilidad.

El tenedor y librado entran en relación sólo en el momento de la presentación al pago del cheque. Si el librado paga, tiene derecho a que el tenedor le devuelva el cheque con el recibí y la fecha de pago. Se trata de un derecho del librado frente al tenedor, cuyo ejercicio está condicionado por el hecho de pago.

El pago del cheque significa el cumplimiento de la condición suspensiva de que pendía la extinción de la obligación primitiva existente entre el librador y el tomador, y para cuya ejecución se entregó el cheque. Los efectos de esta extinción por virtud del pago se retrotraen al momento de la entrega del cheque.

Fontanarrosa (23), expresa respecto a la fuerza cancelatoria del pago mediante el cheque, que se ha venido considerando repetidamente al cheque como instrumento de pago y desde el punto de vista económico, es considerado como dinero bancario. Eso no significa que, jurídicamente, su fuerza cancelatoria sea equiparable a la del dinero.

Según expresa este autor, el cheque es una orden de pago que el librador da al banco girado para que pague al legítimo tenedor del instrumento. Pero el pago se considerará solamente efectuado una vez que el tenedor haya percibido en dinero, el importe indicado en el título. Es lo que expresa cuando se dice que estos títulos se entregan pro-solvendo y no pro-soluto.

Consecuencia de esta hipótesis, es que quien entrega un cheque en pago de una deuda no se libera de ella sino cuando el acreedor obtiene la entrega del importe indicado en el título. El deudor está obligado a entregar al acreedor la misma cosa a cuya entrega se obligó y el acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa por otra, aunque sea de igual o mayor valor. Por lo tanto, quien se obligó a entregar dinero, y no órdenes dirigidas a terceros que, frente al acreedor, sólo son promesas de

---

(23) Rodolfo Fontanarrosa.— Ob. cit. pág. 137.

pago que pueden no hacerse efectivas, precisamente por falta de dinero.

En cuanto al pago anormal del cheque cabrían tres supuestos, según Rodríguez (ob. cit. pág. 375), aparte de la hipótesis normal, es decir del pago del cheque efectuado por el girado. Dentro del supuesto de pagos anormales existe el caso cuando el pago se efectúa por el girado en virtud de una obligación cambiaria que incumbe al mismo; cuando el pago se efectúa por el girador o avalista y, finalmente, cuando el pago se efectúa por los endosantes o los avalistas de éstos.

En el pago por el librado debe recordarse que en esta materia el principio es que el librado no está obligado cambiariamente al pago del cheque, ya que éste no es susceptible de aceptación, y, por lo tanto, el tenedor carece de acción cambiaria o extracambiaria contra el librado.

Se debe considerar una excepción en los cheques certificados, pues el librado al poner su firma queda convertido en obligado principal directo y cambiario del cheque, como si fuese aceptante del mismo.

El pago por el librador, supone su responsabilidad y no puede excusarse en ningún caso. Incluso cuando el cheque es certificado, la obligación cambiaria de pagar que nace a cargo del girado, no excluye la obligación del girador, ya que ambos son responsables solidariamente.

*Revocación del cheque.*— Dada la función jurídico-económica de instrumento de pago que ejerce el cheque, razones de seguridad en su circulación exigen que el mismo no pueda ser revocado durante el término de su breve vida. Pero sobre esta materia, no hay opinión unánime, expresa Fontanarrosa (ob. cit. pág. 120), y pueden señalarse hasta tres sistemas dentro de la legislación comparada:

a) el anglonorteamericano, de la revocabilidad absoluta, según el cual, el librador, en cualquier momento puede dar contraorden al banco para que se abstenga de pagar el cheque, sin expresar motivos y sin menoscabo de la responsabilidad en que el aludido librador pueda incurrir por los perjuicios causados al portador. Pero el banco al cumplir la contraorden, no incurre en ninguna responsabilidad.

b) el sistema francés, que en principio establece la irrevocabilidad absoluta y sólo admite la oposición al pago en los casos de pérdida del cheque o de quiebra del librador.

c) el sistema de la ley uniforme de Ginebra, que establece la irrevocabilidad durante el término para la presentación y la admite después de vencido el mismo.

El sistema adoptado por nuestra ley es éste último, pues el hecho de ser el cheque irrevocable durante el término de la presentación, fortalece su valor como medio de pago, protege la buena fe del portador, que durante ese período queda tranquilo; y hace desaparecer la necesidad de su prestación inmediata y favorece a los bancos, que pueden pagarlo teniendo en consideración meramente la fecha, dejando a un lado la posibilidad de una contraorden.

Vencido el término para la presentación y no existiendo revocación alguna, desaparece la obligación del banco de pagar el cheque y sólo subsiste una facultad de hacerlo, que el girado ejercitará o no, de acuerdo con las circunstancias y sus propias conveniencias. Tal facultad subsiste mientras el librador no revoque el cheque y no se opere la prescripción de la acción del cobro.

La revocatoria puede ser notificada al banco por el librador antes del vencimiento del término para la presentación, pero sólo surtirá efecto, después de expirado dicho término. Así, el banco girado queda exento de responsabilidad si paga el cheque presentado en término, no obstante la revocación comunicada por el librador. Sin embargo, no es tan clara la situación del banco que, ateniéndose a la revocación recibida rehusa pagar el cheque presentado por el tenedor, pendiente aún el término para la presentación. En opinión de algunos tratadistas, el banco incurre en responsabilidad frente al portador por los daños y perjuicios que le origina su negativa; en tanto, que según otros tratadistas, el banco queda autorizado para apreciar las circunstancias que justificaría en tal situación su negativa a pagar.

En nuestro sistema legal, el banco está obligado a pagar, no obstante la revocación, si el cheque fue presentado en término, pudiendo incurrir en responsabilidad frente al portador por su negativa, salvo que se dieran algunas circunstancias para rehusar el pago.

*Negativa del banco girado a pagar el cheque.*— El artículo 169º de nuestra ley de títulos-valores norma los casos en que los bancos no están obligados a pagar los cheques.

Hay casos en que el banco girado debe negarse a pagar un cheque, y evitar así incurrir en responsabilidad por pago indebido.

Fontanarrosa (ob. cit. pág. 126), da como causales para la negativa del banco girado a pagar el cheque, las siguientes:

a) Inexistencia total o parcial de fondos. El banco debe rehusar el pago cuando no hubiere fondos disponibles en la cuenta, o faltase autorización para girar en descubierto. No es necesario que no haya fondos en la cuenta, sino que bastará que ellos no estén disponibles, como por ejemplo, si estuviesen embargados. Podrán no haber fondos en la cuenta, pero si el banco dió al correntista autorización para girar en descubierto, la provisión existirá y, en consecuencia, el banco deberá pagar el cheque si la autorización cubriese el importe del documento.

Se podría dar la hipótesis, de que un cliente tuviese varias cuentas corrientes en un mismo banco. Se pregunta, si en tal supuesto, no podría el banco girado afrontar el pago de un cheque contra una de las cuentas que tiene provisión insuficiente con los fondos depositados en la otra. La doctrina más autorizada se inclina por la negativa, sobre la base de la consideración de la independencia de cuentas y en realidad tal solución debe ser apoyada. En el caso de que el banco pague el cheque en el caso anteriormente planteado, en condiciones regulares, sin tener fondos suficientes de su cliente, puede repetir contra éste el importe de lo abonado, pero corriendo naturalmente, los riesgos de la insolvencia del librador.

Cuando existen fondos disponibles en la cuenta corriente, pero ellos son insuficientes para cubrir el importe del cheque, el banco no está obligado a pagarlo, pero está facultado para hacer un pago parcial hasta el monto de los fondos disponibles. En este caso puede exigir que se deje constancia de dicho pago en el cheque. Por su parte, el portador del cheque no puede renunciar un pago parcial, con lo que se deroga la norma de derecho común, según la cual el acreedor puede renunciar un pago parcial.

Esta solución se inspira en el propósito de liberar en lo posible a los coobligados solidarios de regreso, que en el caso del cheque son los endosantes. Por otra parte, el pago parcial favorece siempre al tenedor, que de tal modo ve reducida la cuenta de su deuda impaga, manteniendo todos sus derechos por el pago insoluto. Queda siempre la vía ejecutiva para hacer efectivo el cobro del saldo, y la sanción penal en el caso de no pago.

b) falta de requisitos esenciales en el cheque, lo que es fácil de explicar, pues el cheque no valdrá como título en sí.

Debe tenerse en cuenta la mención de los requisitos no esenciales los cuales no invalidan el cheque.

c) Existencia de raspaduras, interlineaciones u otras alteraciones (inc. 2º art. 169º). Innecesario resulta definir lo que haya de entenderse por raspar, interlinear, borrar, testar o alterar un documento. Importa, sí, señalar que esas alteraciones pueden existir en cualquiera de las enunciaciones del instrumento, lugar, fecha, cantidades, palabras, cláusulas, cruzamientos, barras, firmas, numeración, etc.

Dado el caso de un cheque roto y luego reconstruido, el banco debe rehusarlo, pues puede haber sido destruido intencionalmente y reconstruido dolosamente por un tercero. Sería muy peligroso pagar un cheque en tales condiciones, pues no hay garantía de una destrucción accidental. El librador debe emitir un nuevo cheque.

d) Oposición al pago. El banco deberá negarse a pagar el cheque cuando el librador o el tenedor le notificase por escrito y bajo su responsabilidad su oposición al pago en razón de haber mediado violencia al librarlo o al transferirlo, o por haberle sido sustraído.

La oposición al pago difiere de la revocación del cheque. Esta última es la declaración unilateral de voluntad del librador en cuya virtud éste deja sin efecto la orden dada al banco girado para que pague al banco legitimado. Tal contraorden puede ser dada sin expresar motivos. En nuestro régimen legal la revocación del cheque no tiene efecto sino después de expirado el término para la presentación, pero impide el pago por el banco durante el término suplementario.

La oposición al pago es la notificación que pueden hacer al banco girado tanto el librador como el portador legitimado, desposeídos o víctimas de un acto de violencia para que él se abstenga de pagar el documento. Tal notificación obliga a quien la hace a expresar motivos de la oposición y es eficaz desde el momento de su recepción por el banco.

Los motivos de oposición al pago deben ser taxativos, pues de lo contrario se presta a una falta de seriedad en el documento jurídico-económico. Los motivos más acequibles serían: la violencia sufrida por el librador o el tenedor al librar o transferir el cheque; la sustracción del documento; a la sustracción debe equipararse el supuesto de extravío o adulteración, cuando la víctima es el librador.

La necesidad de comunicar al banco girado el hecho en que el girador funda la oposición deriva de la circunstancia de que la mera revocación o contraorden, sin expresar motivos, no libra al banco de la obligación de pagar el cheque durante el término para la presentación. En tanto que la oposición fundada en las causas previstas por la ley, obliga al banco a no pagarlo, y pone a cargo del librador o tenedor oponente la responsabilidad por la falta de pago. La ley peruana prevé en su art. 169° los casos en que los bancos no están obligados a pagar los cheques, no considerando, entre ellos, la oposición del librador. El art. 171° sin embargo, establece contrario sensu que el banco no resarcirá al guardar por los daños y perjuicios ocasionados por la falta de pago, si existe justa causa.

En el caso de oposición, el banco deberá hacer constar la causa en la leyenda que debe poner en el cheque al devolverlo.

e) Irregularidad de los endosos y transferencias. El banco debe rehusar el pago del cheque cuando éste fuese extendido a la orden y no estuviere endosado con la firma del beneficiario, o cuando, siendo regular la serie de endosos en cuanto a la forma, no se pudiese comprobar la autenticidad de la firma del último endosante, o cuando, siendo extendida a nombre de determinada persona con la cláusula "no a la orden", no lo cobrase el beneficiario, su cesionario o un banco.

Si el banco está obligado a verificar la regularidad de la serie de endosos, es claro, que un cheque librado, o endosado a la orden de una persona determinada y no endosado, a su vez, en una transferencia ulterior, con la firma del beneficiario, no aparece transmitido regularmente. En tal supuesto el banco debe rehusar al pago.

Aún siendo regular la serie o cadena de endosos, y aún estando el Banco dispensado de la obligación de verificar la autenticidad de éstos, debe, sin embargo, comprobar la firma del último endosante. En caso de no poder hacerlo, debe abstenerse de pagar el cheque.

Tratándose de un cheque nominativo, con la cláusula "no a la orden", su transferencia debe hacerse por medio de una cesión ordinaria y su pago sólo puede efectuarse previa justificación de la identidad del beneficiario o de su cesionario o a un banco en el cual éstos tuviesen cuenta abierta a su nombre, a cuyo único objeto deberán cruzarlo en especial y endosarlo.

f) la legislación argentina considera como causal de responsabilidad en el pago por el banco, cuando se produce la quie-

bra o concurso civil del librador o del tenedor. El art. 167° de la ley peruana en su segunda parte también admite esta situación, cuando expresa que "la quiebra del girador causa la revocación del cheque aunque el plazo para su presentación no haya vencido", lo que permitiría interpretar que en caso que el banco pague en tales circunstancias se hace responsable por el pago.

La quiebra trae como consecuencia el desapoderamiento de los bienes del deudor, que quedan como integrantes del patrimonio destinado a satisfacer la masa de acreedores. Por lo tanto, a partir de la declaración el deudor no puede realizar actos de disposición patrimonial.

El conocimiento por el banco de la declaración judicial de quiebra es una cuestión de hecho. El banco no está obligado a hacer investigaciones especiales sobre este punto, por lo tanto no podrá ser responsabilizado por el pago de un cheque cuyo librador o portador haya sido declarado en quiebra antes de haber tenido conocimiento fehaciente de esa declaración. Pero la publicación en forma legal de la sentencia declarativa de quiebra en el lugar de la sede del establecimiento bancario que debe pagar el cheque, importa la presunción de tal conocimiento.

El pago de un cheque librado o presentado por el portador al cobro en el "día crítico", esto es, el mismo día de la declaración de quiebra, es válido.

g) Muerte o incapacidad del librador. A diferencia de la legislación argentina, la legislación peruana no dice que el banco debe negarse a pagar un cheque cuando tuviese conocimiento de la muerte o de la incapacidad del librador anterior a la fecha del libramiento expresada en el instrumento.

Desde luego, la indicación en el cheque de una fecha posterior a la muerte del librador revela por sí sola una sospechosa anomalía y un elemental deber de prudencia impone al banco a negarse al pago.

h) Cuando se tratase de un cheque cruzado y no se presentase al cobro por un banco o por el banco designado, según que el cruzamiento fuese especial o general, el banco girado deberá negarse a pagarlo.

En todos los casos de rechazo de un cheque, el banco girado, al devolverlo deberá hacer constar la negativa al pago en el dorso del documento o en añadido relacionado, con expresa mención del motivo en que se funda. La expresión de la causa de rechazo debe ser clara de modo que no deje lugar a dudas.

*Responsabilidad del banco girado por el pago indebido.*— La responsabilidad procede:

a) cuando la firma del librador fuese visiblemente falsificada, es decir, cuando se trate de una falsificación a simple vista, por una persona que no sea perito calígrafo. El juez para apreciar la responsabilidad del banco, deberá ponerse en la situación de un empleado bancario medio.

b) cuando el cheque no reuniese los requisitos esenciales, debiendo ponerse en cuenta aquellas menciones cuya omisión no origina la nulidad del cheque, y por lo tanto, no provoca la responsabilidad del banco por pago indebido.

c) cuando el cheque no correspondiera a los talonarios o cuadernos entregados al librador. Esto implica una grave negligencia en la verificación y control de los cheques en el momento de pago.

En los tres supuestos indicados, la responsabilidad del banco es la del derecho común.

#### 7.— FUNCION ECONOMICA DEL CHEQUE.

Como se ha manifestado el cheque es un instrumento de pago y no un instrumento de crédito. La diferencia entre el dinero y el cheque es simplemente de carácter formal. Quien da un cheque lo hace como si diera dinero; quien toma un cheque, lo recibe como si obtuviera el pago en moneda de curso legal. La exigencia de que el cheque se gire sobre una previa provisión, implica que para girar un cheque hace falta tener dinero. De aquí la diferencia de función económica entre el cheque y la letra de cambio, puesto que el primero, como se acaba de indicar, es un instrumento de pago, y el que lo suscribe necesita tener dinero mientras que el que gira la letra de cambio, no precisa tener en su momento fondos disponibles, antes bien, puede decirse, que si suscribe letras de cambio es porque necesita dinero.

La función económica del cheque, se explica, según Uría (24), en que al nacer el cheque como instrumento de tráfico bancario, continúa cumpliendo inalterablemente la función económica fundamental que determinó su nacimiento; servir de medio de pago.

(24) Rodrigo Uría.— Ob. cit. pág. 687.

A diferencia de la letra, que funciona como instrumento de crédito, el cheque es por naturaleza un puro instrumento de pago que funciona por lo general sin desembolso de numerario. Por medio del cheque los clientes de los bancos pueden disponer a favor de terceros de los fondos de sus cuentas corrientes bancarias, y el tomador, sin necesidad de hacer efectivo el cheque directamente, puede utilizarlo a su vez (endosándolo) para saldar su deuda con otra persona, o ingresarlo en su banco para que se le abone a su cuenta; y como los bancos liquidan entre sí por compensación de los respectivos saldos por razón de cheques, en definitiva estos instrumentos permiten realizar fácilmente los pagos sin empleo material de moneda.

Para Messineo (25), la diferencia sustancial entre cheque bancario y letra, se deduce de la específica función económica que cumple el cheque bancario.

Tal función es servir —principalmente— como instrumento de pronto pago a un tercero, pero además, como instrumento de exacción (girado sobre una cuenta) para el mismo librador.

Además, el empleo del cheque bancario, ofrece la posibilidad conexas de que su vida y su circulación, sirva para evitar el empleo de dinero contante o de papel moneda; por lo que, para calcular exactamente la masa del circulante en un determinado ambiente económico, es necesario agregar al dinero, el conjunto de los cheques bancarios en circulación. El cheque bancario es, pues, un subrogado de la moneda.

El cheque bancario, por su naturaleza, es a breve término, es decir, tiene una vida corta, de otra manera, usurparía la función de la letra y del vale bancario.

La causa del libramiento del cheque reside, precisamente, en hacer servir aquel libramiento para efectuar el pago de una deuda. El cheque bancario es librado lo mismo que el endoso, para extinguir la deuda del librador frente al primer tomador, o del endosante frente al endosatario.

Contrario a lo expuesto, se tiene que la letra de cambio es un instrumento de crédito aún cuando sea girado a la vista.

De aquí se desprenden algunas diferencias:

a) La letra no presupone una relación de provisión necesariamente, la ley cambiaria no hace depender de tal relación la posibilidad de librar la letra; el cheque tiene como presupuesto

(25) Francisco Messineo.— "Manual de Derecho Civil y Comercial" T. IV (pag. 394) 536 págs. Edit. E.J.E. Buenos Aires, 1954.

legal para entrar en circulación, la existencia de una relación de provisión, esto es, de una disponibilidad de dinero (líquido y exigible); la cual se realiza mediante la constitución de una relación duradera de depósito pecuniario (de ordinario en cuenta corriente), o de apertura de crédito (también de ordinario en cuenta corriente), o sobre la base de la existencia, de cualquier otra razón de crédito pecuniario líquido, que corresponda al librador contra el girado.

El alcance jurídico del libramiento del cheque sobrepasa el de la cesión de crédito, sobre todo porque contiene una obligación cartular (documental) mientras el documento mediante el cual, eventualmente, se realiza la cesión de créditos, es un quirógrafo de crédito.

La emisión del cheque no puede hacerse sino dentro de los límites de la provisión; si el librador la sobrepasa, hace al cheque irregular. En efecto, el cheque no puede emitirse si no existen fondos disponibles en poder del girado, se establece una prohibición que opera en las relaciones internas librador-girado, pero que, si es inobservada, no quita validez o eficacia respecto del ordenatario (y sucesivos poseedores). Puede ocurrir, que los fondos inexistentes en el momento en que libra el cheque, existan en el momento de la presentación para el pago.

El girado está obligado a pagar en cuanto tenga fondos a disposición del librador, pero si paga, aún en defecto de fondos, paga válidamente.

El importé de los cheques pagados por el girado, se debita siempre a la cuenta del cliente librador.

b) En la letra, el girado, es de ordinario, un deudor del librador, y muy rara vez es un banco; en el cheque el girado debe ser necesariamente un banquero.

c) La posibilidad de emisión de cheque bancario presupone la existencia de una relación especial, que nace de convenios análogos (contrato), que se llama convención o contrato de cheque; o de cláusula especial de otro contrato, que prevea y consienta la emisión de cheques bancarios.

El banco requiere del futuro librador que estampe su firma denominada de comparación, para evitar futuras falsificaciones; lo cual no tiene correspondencia en materia de pago de cambiales.

La convención del cheque se extingue, cuando el cliente lo quiera; y la extinción en tal caso, tiene efecto inmediato, aún

cuando el banco continúe siendo depositario de sumas disponibles del cliente.

d) Toda mención de aceptación puesta sobre el cheque se tiene por no escrita. Además, toda mención de certificación, confirmación, visto y cualquier otra equivalente, aún cuando se ponga sobre el título y esté firmado por el girado tiene el sólo efecto de establecer la existencia de los fondos y de impedir su retiro, por parte del librador, antes del vencimiento del término de presentación.

e) El hecho de que el cheque bancario sea instrumento de pago, pero no instrumento de crédito, explica que el mismo es siempre pagadero "a la vista" y también la brevedad de su vida.

Joaquín Rodríguez (ob. cit. pág. 367) añade a estas diferencias entre la letra de cambio y el cheque en razón a la función económica, una diferencia formal, pues dice, que el cheque debe llevar siempre esta palabra inserta en su texto, en cambio, en la letra debe figurar la mención letra de cambio u otra equivalente.

Según expresa Muñoz ("Títulos Valores Crediticios" pág. 344) los elementos personales del cheque y la letra de cambio son los mismos, librador, tenedor y girado; la transmisión de semejantes títulos nominativos debe hacerse por endoso, ambos pueden ser protestados por falta de pago; y ambos títulos son de contenido crediticio, pues tienen por objeto el pago de sumas de dinero.

En cuanto a las diferencias entre ambos documentos se mantiene dentro de la línea marcada por Messineo es decir, debe existir provisión de fondos disponibles en el cheque, el pago del mismo es a la vista, y no susceptible de aceptación. El cheque puede ser el portador, la letra de cambio no. La letra nominativa sólo puede transmitirse por cesión de acuerdo con el derecho común; el cheque nominativo es transmisible por endoso.

Garrigues (ob. cit. pág. 728), es de la misma opinión y agrega, que el librado al no aceptar el cheque, no contrae ninguna obligación frente al tenedor y como consecuencia no se da, a diferencia de la letra, acción directa en el cheque contra el librado. En la letra la falta de pago desata las acciones contra el aceptante, contra el librador y los endosantes.

Según expresa este mismo autor, desde el punto de vista económico la función del cheque es distinta casi siempre de la letra de cambio. La letra es generalmente un instrumento de crédito, aunque en su origen haya sido un instrumento de pa-

go. El cheque es siempre un medio de pago. La misión fundamental de un cheque es sustituir el pago en metálico o en billetes de banco, haciendo las veces de dinero en efectivo, aunque jurídicamente el pago mediante cheques, no surta los efectos que el pago en dinero en efectivo.

Según expresa Fontanarrosa (ob. cit. pág. 21), el cheque es un medio de disponer de fondos existentes en el momento de su emisión. Por tanto, el cheque es un instrumento de pago efectivo, exigible en el acto de su presentación al girado. Por eso es considerado delito la emisión de un cheque sin provisión de fondos, pues el cheque funciona como sustituto de la moneda.

(Continuará)