

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA ACCIÓN CAMBIARIA PARA
EL COBRO DEL CHEQUE**

MAYLING PAULITA DEL ROSARIO OROZCO MÉNDEZ

GUATEMALA, AGOSTO DE 2006

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA ACCIÓN CAMBIARIA PARA
EL COBRO DEL CHEQUE**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MAYLING PAULITA DEL ROSARIO OROZCO MÉNDEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2006

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Teoría general del cheque.....	1
1.1 Reseña histórica del origen del cheque.....	1
1.1.2 En Europa y México.....	1
1.1.3 En Guatemala.....	2
1.2 Naturaleza jurídica del cheque.....	5
1.2.1 Teoría del mandato.....	5
1.2.2 Teoría de la cesión de crédito.....	7
1.2.3 Teoría de la asignación.....	7
1.2.4 Teoría de la indicación de pago.....	8
1.2.5 Teoría de la autorización.....	8
1.2.6 Teoría del negocio autorizativo yuxtapuesto.....	9
1.2.7 Teoría de la delegación.....	10
1.2.8 Teoría de la estipulación a favor de tercero.....	10
1.2.9 Teoría del título de crédito que incorpora una orden de pago.....	11
1.3 Definición doctrinaria del cheque.....	11
1.4 Definición legal del cheque.....	12
1.5 Función económica del cheque.....	13
CAPÍTULO II	
2. Creación y forma del cheque.....	15
2.1 Generalidades.....	15
2.2 Requisitos personales.....	17
2.3 Requisitos reales.....	18
2.4 Requisitos intrínsecos.....	18
2.4.1 Capacidad.....	19
2.4.2 Voluntad.....	20

	Pág.
2.4.3 Objeto.....	20
2.4.4 Causa.....	20
a. Requisitos extrínsecos.....	21

CAPÍTULO III

3. Circulación del cheque.....	23
3.1 Generalidades.....	23
3.2 El endoso.....	24
3.3 Naturaleza jurídica del endoso.....	24
3.4 Caracteres jurídicos del endoso.....	25
3.5 Clasificación del endoso.....	25
3.6 Requisitos del endoso.....	27
3.7 Efectos jurídicos del endoso.....	28

CAPÍTULO IV

4. Vencimiento, presentación, pago e impago del cheque.....	29
4.1 Vencimiento del cheque.....	29
4.2 Presentación del cheque.....	29
4.2.1 Concepto.....	29
4.2.2 Naturaleza Jurídica de la presentación del cheque.....	29
4.2.3 Requisitos para la presentación del cheque.....	30
4.2.4 Efectos de la presentación del cheque.....	31
4.3 Pago del cheque.....	31
4.3.1 Concepto.....	31
4.3.2 Naturaleza jurídica del pago del cheque.....	32
4.3.3 Sujetos del pago del cheque.....	32
4.3.4 Objeto del pago.....	33
4.3.5 Clases de pago.....	33
4.3.6 Efectos jurídicos del pago del cheque.....	34
4.4 Impago del cheque.....	35

	Pág.
4.4.1 Consideración previa.....	35
4.4.2 Cuenta cancelada.....	35
4.4.3 Cuenta embargada.....	36
4.4.4 Falta de una firma.....	36
4.4.5 Falta de endoso.....	36
4.4.6 Falta de firma del librador.....	36
4.4.7 Firma del librador incorrecta.....	37
4.4.8 Firma del librador no registrada.....	37
4.4.9 Insuficiencia total de fondos.....	37
4.4.10 Insuficiencia parcial de fondos.....	38
4.4.11 Irregularidad en la legitimación del presentante.....	38
4.4.12 Presentación después de seis meses de emitido, y no tener fondos.	38
4.4.13 Revocatoria de orden de pago.....	39

CAPÍTULO V

5. Recursos para el cobro del cheque.....	41
5.1 Recurso extrajudicial.....	41
5.2 Recursos judiciales.....	41
5.2.1 Acción cambiaria en vía directa.....	44
5.2.2 Acción cambiaria en vía de regreso.....	46
a. Diferencias entre la acción cambiaria directa y la acción cambiaria en vía de regreso.....	53
5.3.1 En cuanto a las personas contra las que procede.....	53
5.3.2 En cuanto a su perfeccionamiento.....	54
5.3.3 En cuanto a su extinción.....	54
5.4 Acciones extracambiarias.....	54
5.4.1 Acción causal.....	55
5.4.2 Acción de enriquecimiento indebido.....	57

CAPÍTULO VI

6. El juicio ejecutivo de acción cambiaria para el cobro del cheque en Guatemala.	59
b) La tramitación del juicio ejecutivo de acción cambiaria para el cobro del cheque.....	59
6.1.1 Presupuestos procesales del juicio ejecutivo cambiario.....	60
6.1.2 Fases del juicio ejecutivo cambiario para el cobro del cheque.....	64
6.1.3 Excepciones cambiarias	67
6.2 Juicio ordinario posterior.....	78

CAPÍTULO VII

- Investigación de campo en los órganos jurisdiccionales de Paz y de Instancia Civil y Mercantil.....	81
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
ANEXO A.....	93
ANEXO B.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97

INTRODUCCIÓN

En la doctrina existe inconformidad en cuanto al ejercicio de la acción cambiaria para el cobro judicial del cheque. Autores como Carlos Dávalos Mejía, Mario Bauche Garciadiego, Rocco y Langle, afirman que es la acción cambiaria directa a ejercitar para el cobro de este título de crédito, porque el librador no es responsable subsidiario del pago, en virtud a que debe tener disponibilidad de fondos en el banco librado, previo al libramiento de dicho título de crédito, constituyéndose así en principal obligado; en cuanto al banco librado afirman que éste es sólo un puente utilitario del pago del cheque, porque no existe aceptación por parte del mismo, sin la cual no hay obligación cambiaria.

Mientras que Osvaldo R. Gómez Leo, Rafael De Pina Vara, Joaquín Garríguez, Fernando Sánchez Calero, Manuel Broseta Pont, Bernardo Trujillo Calle, Edmundo Vásquez Martínez y, Mauro Chacón Corado, manifiestan que la acción cambiaria de regreso es la procedente para el cobro judicial de un cheque no pagado por el banco librado. Esta postura es la que se afirma en la presente investigación y, por ende, se explica en la misma.

Llevar a cabo el estudio de estas instituciones jurídicas como lo son el cheque y la acción cambiaria para el cobro del mismo, es de suma importancia porque conlleva un conocimiento certero, tanto doctrinario como práctico para la correcta enseñanza de esta rama del derecho y la adecuada aplicación de la normativa mercantil sustantiva y procesal por parte de los jueces competentes al resolver los asuntos que se refieran al cobro judicial de este título de crédito.

La hipótesis de este trabajo de investigación, se enfocó a establecer que la acción cambiaria en vía de regreso, es la que se debe ejercitar para el cobro judicial del cheque que no ha sido pagado total o parcialmente y, que procede contra el librador, los endosantes y los avalistas de dicho título de crédito. Para lograr su comprobación se recurrió al análisis y estudio de la teoría, de la legislación guatemalteca y, de los juicios ejecutivos en ejercicio de la acción cambiaria para el cobro del cheque,

tramitados durante el periodo comprendido entre el año dos mil y dos mil cinco, ante los juzgados de primera Instancia Civil y Mercantil, y los juzgados de Paz Civil, ubicados en la Torre de Tribunales de la ciudad capital.

En consecuencia, se utilizaron el método analítico, el método sintético y, el método deductivo en la redacción de cada capítulo; el método histórico, que fue aplicado al abordar el tema de la *reseña histórica del origen del cheque* y, el método estadístico, el cual se utilizó al recolectar la información de campo. Las técnicas de investigación empleadas fueron las fichas bibliográficas, las entrevistas y las encuestas realizadas a los jueces, los secretarios y los oficiales de los órganos jurisdiccionales mencionados en el párrafo anterior.

En el primer capítulo, se abordan temas generales en cuanto al cheque, desde su devenir histórico en algunos países de Europa, en México y en Guatemala; se concretiza su naturaleza jurídica, se puntualiza su definición doctrinaria y legal, y se especifica su función económica.

En el segundo capítulo, se trata lo referente a la creación y forma del cheque, en el que se estudia dentro del apartado de generalidades, el derecho interno como la relación contractual que existe entre el banco y su cliente; y el derecho externo enfocado a la relación que surge entre el librador del cheque y el beneficiario legitimado, que se encuentra integrada por los derechos y las obligaciones cambiarios. Asimismo, se señalan los requisitos personales, reales, intrínsecos y extrínsecos, que integran el desenvolvimiento de las funciones de este título de crédito.

En el tercer capítulo, se desarrolla el tema de la circulación del cheque, que constituye la manera mediante la cual este particular título de crédito se transmite y cumple con su función económica. En el capítulo cuarto, se estudia la forma de vencimiento, la presentación, el pago y los efectos jurídicos del mismo, y la falta de pago por parte del banco girado-librado.

Ya en el capítulo quinto, se determinan los recursos que posee el legítimo tenedor del cheque para lograr que éste le sea pagado por el librador, los endosantes o

los correspondientes avalistas de los anteriores, en virtud de habersele negado dicho pago por el banco librado; estos recursos van desde lo extrajudicial hasta lo judicial, tanto cambiario como extracambiario. En este capítulo se estudia la acción cambiaria directa y la acción cambiaria en vía de regreso, explicando así sus aspectos importantes, es aquí en donde se fundamenta doctrinaria y legalmente la presente investigación para defender la postura en cuanto a que la acción cambiaria en la vía de regreso es la procedente para el cobro judicial del cheque.

En el capítulo sexto, se analizan las fases del juicio ejecutivo con las peculiaridades que se presentan cuando el título ejecutivo lo constituye la copia legalizada del acta de protocolización del acta notarial del protesto del cheque.

En el capítulo séptimo, se incluye la información obtenida en la investigación de campo, la cual se efectuó en base a entrevistas, a encuestas dirigidas a los juzgadores y oficiales de los juzgados de Paz Civil y los juzgados de Primera Instancia Civil y Mercantil, que se ubican en la Torre de Tribunales. Dichos instrumentos se incluyen en los anexos de esta investigación.

Este estudio se emprendió, desarrolló y concluyó, en observancia de las disposiciones establecidas en el *Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en ciencias jurídicas y sociales y del examen general público*, y de las pautas contenidas en el *Instructivo general para la elaboración y presentación de tesis* elaborado por la Unidad de Asesoría de Tesis, ambos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Además, se efectuaron los cambios y sugerencias, advertidas por los profesionales del derecho que realizaron la fase de asesoría y de revisión de esta investigación.

Por lo tanto, el tema planteado representa un cúmulo de conocimientos, que pretende formar parte del acervo intelectual de los estudiantes y de los profesionales del derecho, que coadyuve al desarrollo profesional de los mismos.

Para la sustentante de este trabajo de tesis, será una satisfacción que la misma sirva como instrumento de enseñanza dentro de las aulas universitarias, y logre satisfacer la pretensión anotada en el párrafo precedente.

CAPÍTULO I

1. Teoría general del cheque

1.1 Reseña histórica del origen del cheque

1.1.1 En Europa y México

Remontarse a la antigüedad para lograr determinar el origen del cheque, constituiría una labor exhaustiva sin mayores logros que los alcanzados actualmente; sin embargo, se ha rastreado el transcurrir histórico de este documento de crédito a partir de los orfebres, los que desarrollaron el uso del mismo y de quienes los comerciantes tomaron la costumbre de entregar en depósito sus saldos en moneda y en barras, a cambio de recibos que acreditaban aquellos depósitos los cuales circulaban como dinero, siendo el germen del cheque.¹

Posteriormente se fundó el Banco de Inglaterra en 1694, que de acuerdo con Rodolfo O. Fontarrosa,² a mediados del siglo XVIII se le concedió el privilegio de emitir billetes. Este derecho se le prohibió a los bancos privados trayendo como consecuencia que los depositantes de éstos iniciaran la emisión de letras pagaderas a la vista, con cargo al dinero depositado en sus respectivas cuentas.

La emisión de papel moneda no era el único negocio de la banca, ya que se vislumbró un gran futuro para los depósitos bancarios, por lo que consecuentemente se creó un mecanismo por medio del cual se pudieran retirar, esto fue a través de los cheques.

¹ Vera, Smith. **El desarrollo de la banca central en Inglaterra y el sistema escocés**, http://www.eumed.net/cursecon/textos/Vera_Smith-banca.pdf (26 de diciembre del año 2005).

² Fontarrosa, Rodolfo O. **Régimen jurídico del cheque**. Pág.9.

Juan José González Bustamante³ señala que los tratadistas italianos han insistido en la primacía que ha tenido Italia en el empleo del cheque, en este sentido cita a Bolaffio, Rocco y Vivante, para quienes la raíz del cheque actual se encuentra en los "contadi di banco" del Banco Véneto, en los "biglietti" o "cedule di cartulario" de los bancos San Jorge, de Génova y San Ambrosio, de Milán, como también en las "pólizas" o "fedi di deposito" de los bancos de Nápoles.

Es de hacer notar que en Inglaterra, la primera ley inglesa sobre el cheque data del año de 1852, que lo reguló como una letra de cambio; en Francia, el 14 de junio 1865 se legisló la institución de este documento de forma autónoma a la letra de cambio,⁴ adoptándose por lo tanto la primera ley específica sobre este título de crédito, que lo definió como un documento que en la forma de un mandato de pago, sirve al girador para retirar en su beneficio o en beneficio de un tercero, todo o parte de los fondos disponibles del activo de sus cuentas.⁵

En España, el cheque era desconocido hasta antes de la vigencia del Código de Comercio de 1885 y en México el primer banco que lo puso en circulación acrecentando los depósitos bancarios de esta índole fue el Banco de Londres y México, fundado en 1864, pero fue hasta las postrimerías del siglo XIX cuando empezó a tener relevancia y se le mencionó en la ley.

1.1.2 En Guatemala

Según el Informe de la Comisión Codificadora del Código de Comercio del año de 1877, la única legislación mercantil desde la conquista y antes de la Real Cédula de 1793 que rigió el Consulado de Comercio, fue la recopilación de Indias, y en defecto de ésta la recopilación de Castilla y las Siete Partidas. Indica además, que la primera recopilación solo estuvo integrada por preceptos de administración y policía mercantil y

³ González Bustamante, Juan José. **El cheque, su aspecto mercantil y bancario, su tutela penal.** Págs. 3, 4, 5, 6 y 7.

⁴ Dr. José C. García Falconi. **El cheque en materia civil.** <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Comercial.5.htm> (26 de diciembre del año 2005).

⁵ González Bustamante, Juan José. **Ob. Cit.** Pág.11.

la segunda era incoherente en sus disposiciones para regular los actos comerciales. La Real Cédula de 1793, también dispuso que se aplicaran las Ordenanzas de Bilbao, que eran entonces el código de mayor aceptación en la metrópoli española.

Las Ordenanzas de Bilbao fueron aprobadas en el año de 1737 por Felipe V y revisadas en el año de 1819, sus disposiciones versaron sobre las operaciones terrestres y marítimas y regularizaron las transacciones mercantiles. Es así como se hace notar que, no existió en las mismas disposición alguna que regulara al cheque como título de crédito.

Estas ordenanzas rigieron en el territorio de Guatemala, hasta el año de 1877 durante el Gobierno de Justo Rufino Barrios, cuando se promulgó y publicó el Decreto Número 191, Código de Comercio y Ley de Enjuiciamiento Mercantil, que entró a regir a partir del 15 de septiembre del mismo año. Éste decreto contenía un título preliminar de *Disposiciones Generales*, y cuatro libros titulados de la forma siguiente: libro primero, *De los comerciantes y de los agentes del comercio*; libro segundo, *De los contratos de comercio en general*; libro tercero, *Del comercio marítimo*; libro cuarto, *De las quiebras*.

En el libro segundo se reguló en los Títulos XI, XII, XIII, en los Artículos 505, 647, 648, 666 el contrato de cambio, la libranza, el vale o pagaré, las cartas órdenes de crédito; sin embargo, no se halló ninguna disposición relativa al cheque.

Se considera como aspecto importante lo anotado en el informe de la Comisión Codificadora de este decreto, en cuanto a lo que podría considerarse el germen del cheque en Guatemala, sin tener certeza de ello. Esta comisión anotó que en esa época desde hacía algunos años atrás, ya se usaba en el comercio unos documentos de crédito con el nombre de *quédanes* que se emitían regularmente a la orden del portador, los cuales tuvieron como objeto facilitar las entregas de dinero en efectivo que tal vez en pocos días o en uno mismo tenía que pasar a varias manos; los *quédanes* se daban y se recibían cuando el comerciante que debía entregar una cantidad de

moneda no la tenía en su caja. En cuanto a su formulismo se agregó la estipulación de un plazo dentro del cual debían ser pagados.

Posteriormente entró en vigencia el Decreto número 2946, Código de Comercio, emitido el 15 de septiembre del año de 1942, que derogó el Decreto número 191. Este Decreto reguló en el libro II, título XI, capítulo V, la institución jurídica del cheque. Este código no incluyó en su articulado ninguna definición en cuanto al cheque, pero estatuyó ciertos aspectos importantes, contenidos en los Artículos 778, 780, 782, 787, 788, 798, 796, 797 que en el orden citado normaron: *“El cheque debe contener: 1º. La palabra “cheque” escrita en el texto del mismo efecto; 2º. La orden pura y simple de pagar una suma determinada; 3º. El nombre de la persona que debe pagar, o sea el librado; 4º. La indicación del lugar en que debe efectuarse el pago; 5º. La indicación del lugar y de la fecha en que se crea el cheque; 6º. La firma de la persona que emite el cheque, o sea el librador.”*; *“El cheque sólo debe girarse contra una persona que tiene en su poder fondos a la disposición del librador y de acuerdo con una convención expresa o tácita, según la cual el librado tiene la obligación de pagar el cheque...”*; *“El cheque se gira contra un banquero; sin embargo, si se libra contra otra persona no por eso queda alterada la validez del documento”*; *“El cheque no puede aceptarse. Toda mención de aceptación estampada en el mismo será reputada como no escrita”*; *“El pago de un cheque puede garantizarse por medio de un aval. Esta garantía la facilita un tercero, excepto el girado, o hasta un signatario del cheque”*; *“El portador puede ejercer sus recursos contra los endosantes, el librador y las demás personas comprometidas, en el caso de que el cheque no se pague a su presentación en tiempo útil. La presentación y la falta de pago deben comprobarse: 1º. Por un acto auténtico (protesto por falta de pago); 2º. Por una declaración del librado, fechada y escrita en el cheque, indicando el día de la presentación; 3º. Por una declaración fechada por una Cámara de Compensación, comprobando que el cheque se ha presentado a tiempo y que no ha sido pagado.”* Las acciones del portador contra los endosantes y contra el librador prescriben a los seis meses a partir de la expiración del plazo de la presentación. Las acciones que de unos endosantes emanan en contra de otros y contra el librador, prescriben en seis meses a partir del día en que el endosante ha

reembolsado el cheque o del día en que él mismo ha sufrido la acción de otro endosante.”

Por lo tanto, se nota en los Artículos anteriormente transcritos, que en Guatemala durante aquella época, el cheque no era un documento emitido exclusivamente en contra de un banco, pudiéndose emitir contra cualquier otra persona sin hacer mención de ser persona individual o persona jurídica; se estatuyó la no aceptación del cheque, y se reguló que el pago del mismo podía garantizarse mediante el aval, que en la actualidad a decir de Cecilia Odethe Moscoso Arriaza⁶, la doctrina del aval y su regulación legal, están orientadas a la letra de cambio, circunstancia que no es obstáculo para que pueda aplicarse al cheque, aunque por sus características propias, se cuestiona su aplicación o se le resta importancia por el poco uso que se le da en la práctica.

En el año de 1977 mediante la promulgación y publicación del Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene el Código de Comercio de Guatemala, que actualmente se encuentra vigente, se reguló dentro de su normativa la institución jurídica del cheque como título de crédito, cuya fisonomía se describe a lo largo de la presente investigación.

1.2 Naturaleza jurídica del cheque

1.2.1 Teoría del mandato

Esta teoría sostiene que la naturaleza jurídica del cheque se manifiesta en un doble mandato, porque constituye: a) Mandato de pago, entre librador y el banco librado, ya que el primero instruye al segundo a pagar una cantidad de dinero al tenedor del mismo, y b) Mandato de cobro, el que nace entre el librador y tenedor del

⁶ Moscoso Arriaza de Salazar, Cecilia Odethe. **Tesis: Conceptos doctrinarios y legales del cheque, su revocación.** Pág.44.

mismo, porque el primero faculta al segundo para acudir a la Institución bancaria a recibir en pago la cantidad de dinero indicado en el cheque.

González Bustamante⁷, al respecto de esta teoría a escrito que las características del mandato están contenidas en los aspectos que constituye la emisión del cheque, en que el librador da instrucciones al mandatario para que pague una suma de dinero al tenedor del documento, haciendo presumir que el girado o mandatario tiene provisión de fondos de parte de su mandante, de quien es deudor por la suma mencionada y se encuentra obligado a cumplir en los términos del contrato con las indicaciones recibidas de su mandante, efectuando el pago sin demora.

Sin embargo, esta teoría no es válida para el caso de Guatemala, ya que el mandato es un contrato civil que se fundamenta en los Artículos 1686, 1687 y 1704 del Código Civil, Decreto Ley número 106; esto quiere decir, que para que exista un mandato debe existir un convenio expreso y formal entre dos personas por medio de la cual una denominada mandataria representa o no y reemplaza a la otra denominada mandante, y por otro lado, su formalismo se extiende a un procedimiento administrativo de registro en el Archivo General de Protocolos de la Corte Suprema de Justicia de conformidad con el quinto párrafo del Artículo 37 del Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República de Guatemala, y cuando se refiere a entidades mercantiles debe registrarse a la vez en el Registro Mercantil General de la República, como lo ordena el numeral 1 del Artículo 338 del Código de Comercio; formalidades que no se presentan en la institución que se analiza ya que gira alrededor de un acto unilateral de voluntad de carácter mercantil por parte del librador, mismo que no otorga ninguna representación ni al banco librado ni al tenedor beneficiario del cheque, y menos aún, no está sujeto a registro alguno.

⁷ González Bustamante, Juan José. **Ob. Cit.** Pág. 12.

1.2.2 Teoría de la cesión de crédito

Esta teoría se basa en una relación jurídica de carácter triangular entre el librador-cedente, el tenedor-cesionario y el banco librado-deudor. Agustín Vicente y Gella, citado por Edmundo Vásquez Martínez⁸, al respecto manifiesta que el librador tiene fondos disponibles en poder del librado, por lo tanto posee un crédito y ese crédito es el que se cede al tomador del cheque.

Tampoco se puede adoptar como válida esta teoría, por cuanto el Código Civil en sus artículos 1443 al 1452 regula la cesión de derechos, como una forma de transmisión de las obligaciones, que no puede suceder en la relación jurídica tripartita que se señala, porque la obligación entre el banco librado y el creador de un cheque, ha surgido de la celebración de un contrato de cuenta corriente bancaria, en donde el beneficiario no es parte, existiendo una sola obligación y por lo tanto un solo acreedor y un solo deudor de cuya existencia depende la emisión del cheque, cuyo efecto al ser pagado es la reducción en la cuantía del crédito que posee el cliente ante la institución bancaria respectiva, como lo ha señalado Pedro Mario Giraldi⁹.

1.2.3 Teoría de la asignación

Ésta define a la asignación como, una declaración escrita de voluntad, por la cual el asignante autoriza al asignado a efectuar a favor de un tercero (asignatario), una prestación de dinero, valores u otras cosas fungibles por cuenta del asignante, quien a la vez ha autorizado al tercero (asignatario) para recibir la prestación en nombre propio.¹⁰

González Bustamante¹¹, explica que la emisión de la asignación tiene como fin inmediato el derecho a exigir el pago por parte del asignatario al asignado; sin embargo, éste último no se obliga ante el primero ni ante el asignante a pagar a un

⁸ Vásquez Martínez, Edmundo. **El cheque en el nuevo código de comercio**. Págs. 30 y 31.

⁹ Giraldi, Pedro Mario. **Cuenta corriente bancaria y cheque**. Págs. 52 y 145.

¹⁰ Bonfanti, Mario Alberto y José Alberto Garrone. **El cheque**. Pág. 34.

¹¹ González Bustamante, Juan José. **Ob. Cit.** Págs. 20, 21, 22, 23 y 24.

tercero. La asignación en virtud del pago realizado, se destina a influir en las relaciones subyacentes (asignante-asignado, asignante-asignatario) en cuanto a la modificación patrimonial que puede extinguir, constituir o modificar las relaciones obligatorias del asignate con los otros dos sujetos.

La asignación en sí misma o por sí misma no es bastante para crear ni una deuda ni una responsabilidad al asignante para el logro de su pago, porque la misma depende de la naturaleza de la obligación entre asignante y asignatario.

Por lo tanto no constituye asidero para la naturaleza jurídica del título de crédito en estudio, porque: a) el cheque constituye un documento por medio del cual el tenedor recibe en pago del banco únicamente dinero y no otras cosas o valores, y b) el cheque es un título de crédito y por ende tiene autonomía frente a cualquier negocio subyacente que le haya dado origen, vinculando al librador ante el portador al pago del mismo.

1.2.4 Teoría de la indicación de pago

Es la teoría que afirma que el cheque es una indicación de pago dada por el deudor (librador) al depositario de sus fondos (banco librado) y presentada a éste último por el beneficiario de la misma (tenedor). Si bien es cierto, se podría pensar que esta teoría se ajusta más a la naturaleza jurídica del cheque, pero no lo es del todo porque el cheque no conlleva una "indicación de pago", sino una disposición expresa imperativa de pagar.

1.2.5 Teoría de la autorización

Se basa esta teoría en la existencia de un negocio autorizativo autónomo entre el librador y el banco librado, en virtud del cual la institución bancaria puede efectuar un pago al acreedor legítimo y éste a su vez, puede recibirlo. Sin embargo, tampoco se puede acreditar esta teoría por cuanto que no existe ningún "negocio autorizativo autónomo" entre el librador, el banco librado y el legítimo tenedor del cheque, pues lo

que existe es confianza en el sistema bancario para el manejo del dinero depositado en el banco librado bajo ciertas estipulaciones bancarias; asimismo, el banco tiene la obligación y no solamente la facultad, de hacer efectiva la suma de dinero especificada en el cheque, de conformidad con lo regulado por el Artículo 504 del Código de Comercio.

1.2.6 Teoría del negocio autorizativo yuxtapuesto

Refiérase ésta teoría, cuando el titular de una cuenta bancaria de depósito monetario previa autorización del banco librado, expide un cheque contra dicha institución depositaria, no da un mandato, ni hace una cesión de crédito, ni efectúa un contrato a favor o a cargo de tercero, ni delega una deuda sino que sencillamente exige con el cheque el pago de lo que le es propio y debido, derivado del depósito que hubiere hecho.

Junto a la exigencia de pago, el cheque lleva siempre explícita una autorización de pago (negocio autorizativo yuxtapuesto), que consiste en el consentimiento del librador para que el banco librado le pague a él personalmente o a otra persona que resulte legitimada en la tenencia del documento o por su endoso en forma legal.

Esta teoría no puede ser adoptada en el caso de Guatemala, porque el banco librado es el que da la autorización al librador para la emisión de cheques, concomitante con su obligación de hacer efectivo el importe de los mismos hasta el saldo disponible, a aquella persona que se encuentre legitimada para su cobro, que inclusive puede ser el mismo librador.

1.2.7 Teoría de la delegación

Thaller y Percerou citados por González Bustamante¹², afirman que la naturaleza jurídica del cheque es una delegación, porque es un acto jurídico por el cual una persona suplica a otra que acepte como deudor a un tercero que consiente en comprometerse con respecto a ella. Fontanarrosa, citado por Mario Alberto Bonfanti y José Alberto Garrone, manifiesta que es una delegación de pago, pura, sobre una deuda, temporalmente irrevocable, que importa una orden de pago dirigida al delegado (Banco librado) y una autorización de cobro dirigida al legítimo portador del documento.

Esta teoría no refleja la naturaleza jurídica del cheque, porque éste no importa una delegación de pago al Banco librado, más bien es una forma de disponibilidad de los fondos que se tienen depositados en el mismo; por lo tanto la institución bancaria no es delegada para el pago, sino se obliga al pago. Y respecto al beneficiario, no es necesario que sea una persona ajena a la relación entre librador-librado, porque puede ser el mismo librador, por lo que la presencia de un tercero beneficiario en la relación del cheque es prescindible, y en este caso se carecería de un delegatario¹³.

1.2.8 Teoría de la estipulación a favor de tercero

Edmundo Vásquez Martínez¹⁴, expone tocante a esta teoría que entre el librador y el Banco librado, existe un contrato en virtud del cual se ha estipulado que el tenedor del cheque puede obtener el pago de éste último. Al respecto González Bustamante¹⁵, indica que en la estipulación el librador conserva un interés directo e inmediato cuyo objetivo es extinguir la deuda con respecto del beneficiario del cheque, y esta estipulación para otro es irrevocable por la aceptación que ha declarado el beneficiario de aprovechar y hacer uso del derecho contenido en aquel título de crédito, otorgándosele una acción directa y personal contra el deudor a fin de obligarlo a la ejecución de su compromiso.

¹² González Bustamante, Juan José, **Ob. Cit.** Pág.14.

¹³ Giraldi, Pedro Mario. **Ob. Cit.** Págs.150 y 151.

¹⁴ Vásquez Martínez, Edmundo. **Ob. Cit.** Pág.31.

¹⁵ González Bustamante, Juan José. **Ob. Cit.** Pág.14.

En el caso de Guatemala, esta teoría no encuadra porque el beneficiario de un cheque no tiene acción ejecutiva contra el banco librado, que no forma parte de la relación cambiaria del título de crédito que se le presenta para su pago, además no es necesario que declare que acepta el cheque para aprovecharse del mismo, con el objetivo de lograr la irrevocabilidad del pago, ya que el Artículo 507 del Código de Comercio de Guatemala norma que el librador podrá revocar la orden de pago únicamente por extravío, sustracción, o por la adquisición mediante acto ilícito verificados antes del vencimiento del plazo de la presentación, excepción a la regla de no revocabilidad.

1.2.9 Teoría del título de crédito que incorpora una orden de pago

Pedro Mario Giraldo, afirma que: el cheque es un documento –título de crédito–, que contiene una orden de pago, que a su vez es una declaración de voluntad positiva y formal que implica un acto de disposición de un derecho creditorio, que incidiendo sobre una relación precedente determina por el mero hecho de su recepción la obligación de ser ejecutada¹⁶.

Se concluye juntamente con Edmundo Vásquez Martínez¹⁷, que la naturaleza jurídica del cheque, es la de ser un título de crédito, que incorpora la orden de pagar una suma determinada de dinero.

1.3 Definición doctrinaria del cheque

Para el autor José C. García Falconi, el cheque es un título de crédito que permite al librador disponer del dinero de su propiedad, que tiene depositado en el Banco librado, quien para entregarlo exige que el beneficiario se presente con el cheque que lo identifica como acreedor en su cuenta.¹⁸

¹⁶ Giraldo, Pedro Mario. **Ob. Cit.** Págs.150 y 151.

¹⁷ Vásquez Martínez, Edmundo. **Ob. Cit.** Pág.32.

¹⁸ Dr. José C. García Falcóni. **Ob. Cit.**

Carlos Malagarriga¹⁹, elabora un concepto que vislumbra desde una perspectiva bancaria en cuanto al cheque, al que define como un documento que constituye el medio normal o regular de disponer total o parcialmente del saldo acreedor de una cuenta corriente bancaria, revistiendo la forma de una orden escrita, extendida en formularios que suministra la institución en la cual se tiene la cuenta corriente con saldo favorable y se concreta en la entrega de la cantidad en él mencionada, o en el acreditamiento de dicha cantidad en otra cuenta por el mismo banco.

A criterio de la sustentante, el cheque es un documento que lleva aparejada la orden incondicional de pagar la cantidad de una suma de dinero por parte de una institución bancaria, al tenedor que lo presente en tiempo y previa identificación personal.

1.4 Definición legal del cheque

De conformidad con los Artículos 385 y 494 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, el cheque puede definirse como:

El título de crédito que incorpora el derecho literal y autónomo de pagar una suma de dinero, cuyo ejercicio o transferencia es imposible independientemente del título, se libra contra un banco, en formularios impresos y suministrados o aprobados por el mismo.

1.5 Función económica del cheque

La función económica del cheque deviene de su consideración como medio de pago, porque reemplaza económicamente al pago en dinero (monedas metálicas o

¹⁹ Malagarriga, Carlos C. **Tratado elemental de derecho comercial II, *contratos y papeles de comercio***. Pág.680.

billetes de banco). Empero, el pago mediante cheque no origina los mismos efectos jurídicos que el efectuado en moneda de curso legal, ya que el pago con cheque no es *pro soluto* sino *pro solvendo*²⁰, en virtud a que no se extingue de forma definitiva la deuda; la obligación causal subyacente que le dio origen subsiste, hasta obtener el pago por el Banco librado.

Desde del punto de vista de los intereses particulares, las ventajas que representa el empleo del cheque son importantes, porque como medio de pago evita que el dinero en efectivo circule y, consecuentemente, se vea expuesto a los riesgos de extravío, robo, etc.

Desde el punto de vista del interés general, las ventajas son: a) evita o reduce el uso innecesario de grandes sumas de dinero, permitiendo consecuentemente una disminución del circulante monetario; b) esa misma reducción del circulante monetario, se logra a través del pago mediante cheque, porque se permiten y facilitan los pagos por compensación, que revisten así la forma de simples operaciones contables; c) además, el empleo del cheque como medio de pago, produce la concentración de grandes sumas de dinero en los bancos, los cuales a través del ejercicio del crédito, los convierten en productivos recursos económicos, que de otra forma permanecerían aislados e improductivos.

²⁰ De Pina Vara, Rafael. **Teoría y práctica del cheque.** Pág.31.

CAPÍTULO II

2. Creación y forma del cheque

2.1 Generalidades

Luis Muñoz²¹ manifiesta que la formación del cheque, es la integración del negocio jurídico unilateral con todos sus elementos, y se constituye como título de crédito al reunir los requisitos que exige el ordenamiento jurídico vigente; y entiende como creación del cheque, el momento en que éste llega a tener existencia jurídica.

La diferenciación a la que arriba el autor antes citado, entre formación y creación del cheque no tiene relevancia, ya que son palabras sinónimas que significan el mismo fenómeno creativo del título de crédito en estudio, tomando en cuenta que aquella integración de requisitos legales constituye la creación del mismo, y por ende desde el momento que se complementan nace a la vida jurídica.

Para explicar la creación del cheque, debe abordarse el tema acerca del derecho interno y del derecho externo del mismo. Refiérase el primero, a la relación contractual existente entre el Banco librado y su cliente. Esa relación contractual puede verificarse mediante una operación pasiva del banco, como el depósito irregular de dinero, o a través de una operación activa, como la apertura de crédito, ambas operaciones en cuenta corriente bancaria; lo anterior está regulado en el Artículo 41 literales a y b, numerales primero, de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

Al definir el contrato de cuenta corriente bancaria, sintetizando y acoplando lo dicho por Jiménez Sánchez²² y Giraldi²³ se concluye que es el contrato bancario mediante el que se perpetúa la relación comercial entre el banco y su cliente,

²¹ Muñoz, Luis. **El cheque**. Pág.157.

²² Jiménez Sánchez, Guillermo J. **Derecho mercantil, títulos-valores, obligaciones y contratos mercantiles, derecho concursal mercantil, derecho de la navegación**. Pág.437.

²³ Giraldi, Pedro Mario. **Ob. Cit.** Pág.35.

consistente en la ejecución continuada del mismo, apto para generar una disponibilidad de fondos la cual se concretiza mediante el pacto de cheque.

Este pacto de cheque ha sido denominado también como contrato de cheque, convención de cheque, acto de utilización de los fondos disponibles. Se le conceptualiza como el convenio accesorio o adicional al contrato de depósito irregular o apertura de crédito en cuenta corriente bancaria, que se constata mediante la autorización que concede el banco a su cliente para emitir cheques a cargo de dicha institución bancaria.

En el Artículo 496 del Código de Comercio de Guatemala se regula que debe de existir autorización de forma expresa o tácita del banco para que el librador pueda disponer de los fondos que tenga en el mismo, mediante la emisión de cheques.

Para diferenciar el servicio del cheque y el servicio de caja que presta el banco, armonizando con el criterio de Pedro Mario Giraldi²⁴, se afirma que el pacto del cheque no constituye la ejecución de un mandato sino el cumplimiento por parte del banco de aquella obligación que asume en virtud de la celebración de un contrato de depósito irregular o de apertura de crédito.

El derecho de crédito que tiene el librador a su favor contra el banco librado en razón de la relación jurídica que lo autoriza a librar el cheque²⁵, se le denomina provisión de fondos.

Autores como Giraldi²⁶, Cervantes Ahumada²⁷, Jiménez Sánchez²⁸, Luis Muñoz²⁹ citando a Fontanarrosa, comparten el mismo criterio en cuanto a que el cheque es válido como título de crédito no obstante su irregularidad por falta de provisión de fondos. Esta postura jurídica es la que sigue el Código de Comercio de Guatemala,

²⁴ Giraldi, Pedro Mario. **Ob. Cit.** Págs.147 y 148.

²⁵ Muñoz, Luis. **Títulos-valores crediticios, letra de cambio, pagaré y cheque.** Pág.688.

²⁶ Giraldi, Pedro Mario. **Ob. Cit.** Pág.156.

²⁷ Cervantes Ahumada, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito.** Pág.108.

²⁸ Jiménez Sánchez, Guillermo J. **Ob. Cit.** Pág.137.

²⁹ Muñoz, Luis. **Títulos-valores crediticios, letra de cambio, pagaré y cheque.** Pág.688.

que establece en el Artículo 496, el deber del librador de tener fondos disponibles en el Banco librado para el pago del cheque, y la falta de éstos no arguye sobre la validez de éste como título de crédito.

Ahora bien, el derecho externo del cheque es el conjunto de normas jurídicas que regulan los derechos y obligaciones cambiarias que surgen por el libramiento o endoso del mismo, considerado como título de crédito.

2.2 Requisitos personales

Los requisitos personales del cheque son:

- **El librador:** Es la persona que previamente ha celebrado un contrato de cuenta corriente mediando un depósito bancario o una apertura de crédito, y que ha recibido del banco librado, autorización para emitir cheques. Artículo 496 del Código de Comercio.
- **El librado:** Es la institución bancaria que ha autorizado al librador emitir cheques en formularios suministrados por la misma, los cuales tendrá que hacer efectivo en el momento de su presentación. Artículos 494, 495 y 496 del Código de Comercio.
- **El tomador:** Es la persona beneficiaria en la emisión del cheque, la cual puede ser designada expresamente o no (cheque a la orden o al portador), puede ser el mismo librador o un tercero. Artículo 497 del Código de Comercio.
- **Los endosantes:** Son las personas que transmiten el título de crédito a la orden (cheque), mediante endoso. Artículos 418 al 435 del Código de Comercio.
- **Los endosatarios:** Son las personas que reciben el título de crédito a la orden (cheque), mediante endoso. Artículos 418 al 435 del Código de Comercio.

- **Los avalistas**³⁰: El cheque es susceptible de ser garantizado por aval. Puede ser avalista de un cheque, en aplicación de una disposición general, cualquiera de los signatarios o quien no haya intervenido en él. Artículo 400 del Código de Comercio.

2.3 Requisitos reales

Edmundo Vásquez Martínez³¹, expresa que para que la orden de pago se cumpla es necesario que se verifiquen los requisitos reales siguientes:

- Que la orden de pago sea por una suma determinada de dinero. Artículo 495 (1) del Código de Comercio.
- Que la orden sea incondicional. Artículo 495 (1) del Código de Comercio.
- Que el librador tenga fondos disponibles en el banco librado. Artículo 496 del Código de Comercio.

2.4 Requisitos intrínsecos

El autor Osvaldo R. Gómez Leo³², explica que los requisitos intrínsecos del cheque son: capacidad, voluntad, objeto y causa. Concordante a ello, el Código Civil en el Artículo 1251, regula que el negocio jurídico requiere para su validez: a) capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, b) consentimiento que no adolezca de vicio, y c) objeto lícito; es decir, que el cheque es un negocio jurídico que debe reunir dichos elementos, de la forma siguiente:

2.4.1 Capacidad

Su estudio debe ser efectuado desde la siguiente perspectiva de la capacidad creativa, capacidad beneficiaria, y capacidad de servicio.

³⁰ Vásquez Martínez, Edmundo. **Ob. Cit.** Pág.32.

³¹ Vásquez Martínez, Edmundo. **Ob. Cit.** Pág.41.

³² Gómez Leo, Osvaldo R., **Manual de derecho cambiario, letra de cambio, pagaré y cheque.** Págs.431, 432, 433, 434, 435 y 436.

Con la expresión "capacidad creativa" se abarca la capacidad para dar orden de pago al banco librado (lado activo) y la capacidad para garantizar, como obligado cambiario el pago del cheque (lado pasivo).

En lo que respecta al derecho interno del cheque, la capacidad para dar la orden de pago al banco librado es capacidad para disponer del dinero, en tanto que en lo referente al derecho externo del cheque, se requiere capacidad para obligarse cambiariamente.

La capacidad creativa en cuanto al derecho externo del cheque, está sujeta a un régimen especial de acuerdo a los Artículos 393 y 394 del Código de Comercio, que en el orden citado regulan: *"...Si sobreviene la muerte o incapacidad del signatario de un título, la obligación subsiste"; "La incapacidad de alguno de los signatarios de un título de crédito, el hecho de que en éste aparezcan firmas falsas o de personas imaginarias, o la circunstancia de que, por cualquier motivo, el título no obligue a alguno de los signatarios, o a las personas que aparezcan como tales, no invalidan las obligaciones de las demás personas que lo suscriban"*.

La capacidad beneficiaria en principio, requiere de la capacidad plena que el derecho común exige para ejercitar los derechos civiles; por lo tanto, el tenedor de un cheque debe ostentar capacidad civil de conformidad a lo que regula el Artículo ocho del Código Civil.

En cuanto a la capacidad de servicio, el Código de Comercio de Guatemala, regula en el Artículo 494, que el cheque solo puede ser librado contra un banco, y La Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, regula en el Artículo seis: "que los bancos nacionales deben constituirse bajo la forma de sociedades anónimas", por lo que son estas instituciones las únicas que tienen capacidad pasiva para atender el servicio de cheque.

2.4.2 Voluntad

La creación de un cheque como negocio jurídico, requiere como requisito intrínseco la declaración unilateral de voluntad del librador expresada con su firma. Tal voluntad debe estar informada por discernimiento, intención y libertad:

- *discernimiento*, que significa distinguir lo que se quiere de lo que se rechaza;
- *intención*, que es la facultad de dirigir en uno u otro sentido ese discernimiento según la voluntad o el perjuicio sufrido; y
- *libertad*, que es la posibilidad de manifestar el arbitrio o discrecionalidad subjetiva de elegir lo distinguido intencionadamente.

Los vicios de la declaración de voluntad son: el error, el dolo, simulación y violencia, regulado en el Artículo 1257 del Código Civil.

2.4.3 Objeto

El objeto del cheque es el pago de una suma determinada de dinero en moneda de curso legal. El Artículo 495 numeral primero del Código de Comercio de Guatemala, regula que el cheque debe contener entre otros requisitos, la orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero.

2.4.4 Causa

La causa por la cual se libra un cheque debe ser lícita, porque si esa relación fundamental fuera ilícita o contraria a la moral o las buenas costumbres, el negocio jurídico adolecería de un requisito esencial para su validez, y por ende no se podría deducir acción causal en contra del librador del mismo, o endosante en su caso.

Se debe substraer la causa, cuando se ejercite la acción cambiaria de regreso, en virtud a que en este sentido la causa no forma parte del litigio, sino que se basa en

la falta de pago total o parcial del cheque presentado en tiempo, por parte del Banco librado.

2.5 Requisitos extrínsecos

Los requisitos formales o extrínsecos del cheque están regulados en los Artículos 386 y 495 del Código de Comercio de Guatemala, los cuales son:

- El nombre del título que se trate, en este caso el "cheque".
- Fecha y lugar de creación.
- La orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero.
- El nombre del Banco librado.
- La firma de quien lo crea.

Algunos de los anteriores requisitos han sido previamente impresos en los formularios que integran los cuadernillos de cheques, vulgarmente llamados "chequeras", y los restantes deben ser llenados por el librador, o en su caso el tenedor del título.

CAPÍTULO III

3. Circulación del cheque

3.1 Generalidades

La circulación de un título de crédito constituye el vehículo por el cual se verifica la función económica del mismo, que conlleva la poca formalidad y la rapidez características del tráfico mercantil, con la espontaneidad en la traslación de la riqueza de un patrimonio a otro.

Presupone necesariamente una solución de continuidad entre el nacimiento de la obligación y su cumplimiento. Esta función, de acuerdo con Giraldi³³, es el punto de partida para incluir al cheque dentro de la clasificación de los títulos de crédito, porque ésta fase circulatoria del cheque y de todos los demás títulos de crédito configura la causa final y razón de ser de una disciplina específica en cuanto a los mismos.

La clasificación de los títulos de crédito, ha dependido de la ley de circulación de cada uno de los mismos, en títulos de crédito al portador, a la orden y nominativos.

En cuanto al cheque, el Artículo 497 del Código de Comercio de Guatemala norma que: *“El cheque puede ser a la orden o al portador. Si no se expresa el nombre del beneficiario se reputará al portador.”*; por lo tanto, su transmisión será mediante la simple tradición o por endoso y entrega del título, cuyo efecto es trasladar de una persona a otra el ejercicio del derecho incorporado en el mismo.

Sin embargo, ésta transmisión puede interrumpirse de persona a persona estampando la cláusula de *no negociable*, en cuyo supuesto solo puede ser endosado para su cobro a una institución bancaria, de conformidad con los Artículos 498 y 499 del Código de Comercio de Guatemala.

3.2 El endoso

³³ Giraldi, Pedro Mario. **Ob. Cit.** Págs.163 y 164.

Para Osvaldo R. Gómez Leo³⁴, el endoso es el acto jurídico de documentación de la transmisión de los títulos de crédito a la orden, en virtud del cual el tomador o beneficiario se transforma en primer endosante del título librado en su favor, y a su vez el sujeto a quien se le trasmite el título, designado endosatario, se convierte en el nuevo titular del derecho y propietario del título, con la facultad de endosarlo a favor de otro sujeto.

Mauro Chacón Corado³⁵, manifiesta a su vez que el endoso es el medio que facilita la circulación y constituye una cláusula accesoria de los títulos de crédito.

El endoso es la forma de transmitir un título de crédito a la orden, debe ser incondicional, e incluir como requisito indispensable la firma del endosante, sin la cual no tiene existencia jurídica, de conformidad con los Artículos 418, 422 y 423 del Código de Comercio de Guatemala.

Se concluye por lo tanto, que el endoso es la declaración unilateral de voluntad en virtud de la cual se transfiere y se legitima a otra persona, para el ejercicio del derecho incorporado en un título de crédito a la orden, en este caso del cheque.

3.3 Naturaleza jurídica del endoso

Es un acto unilateral, en cuanto expresa la voluntad del acreedor cambiario de transmitir el título; es un acto formal, porque debe constar en el propio documento o en hoja adherida a él, y es un acto accesorio, porque surte efectos respecto de un derecho incorporado en el título.³⁶

³⁴ Gómez Leo, Osvaldo R. **Instituciones de derecho cambiario**, tomo I. Págs. 149 y 150.

³⁵ Chacón Corado, Mauro. **El juicio ejecutivo cambiario**. Pág.37.

³⁶ **Ibid.**

3.4 Caracteres jurídicos del endoso

- Es un acto o declaración unilateral de voluntad.
- Es un acto escrito. Artículo 421 del Código de Comercio.
- Es un acto accesorio. Artículo 421 del Código de Comercio.
- Es un acto incondicionado. Artículo 423 del Código de Comercio.
- Es un acto indivisible. Artículo 423 del Código de Comercio.

3.5 Clasificación del endoso

De conformidad con la doctrina, los endosos pueden ser:

- Endosos regulares
- Endoso irregulares

Al endoso regular se le llama también endoso pleno o completo o en propiedad, porque transmite la propiedad del título de crédito a la orden y todos los derechos que incorpora, así como aquellos que se refieren a la garantía cambiaria que es el aval, o a la extracambiaria que son la fianza, la prenda, y la hipoteca.

El endoso irregular, es el acto que en vez de facilitar la circulación, afecta o limita alguno de los efectos normales del endoso. Dentro de esta clasificación está el endoso en procuración o de apoderamiento y el endoso en garantía.

El endoso en procuración o de apoderamiento es el acto por medio del cual se autoriza al endosatario a realizar actos de conservación y ejercicio del derecho en interés del endosante. Artículo 427 del Código de Comercio de Guatemala.

El endoso en garantía permite que se entregue al acreedor el cheque, en garantía de la obligación del deudor, de modo que vencido el plazo de la deuda garantizada y no satisfecha ésta, el acreedor puede hacer efectivos los derechos derivados del título de pignorado. Artículo 428 del Código de Comercio de Guatemala.

De conformidad con el Artículo 425 del Código de Comercio de Guatemala, las clases de endosos son las que de seguido se mencionan:

- Endoso en propiedad.
- Endoso en procuración.
- Endoso en garantía.

Asimismo, el Artículo 424 del cuerpo legal anteriormente citado, regula el endoso en blanco, el cual se hace constar con la sola firma del endosante, permitiendo que cualquier tenedor lo llene con su nombre o el de un tercero, o bien transmitirlo sin llenarlo. Reputando con la misma calidad al endoso al portador.

En los Artículos 429 y 433 del Código de Comercio de Guatemala, también se estatuye los siguientes tipos de endoso:

- El endoso posterior al vencimiento, que produce los mismos efectos de un endoso anterior al mismo.
- El endoso posterior a un protesto por falta de pago o hecho después de la expiración del plazo fijado para efectuarlo, que no produce más que los efectos de una cesión ordinaria los cuales son: *a) Entre el cedente y cesionario:* El cedente transmite a este último el derecho a cobrar el importe nominal del crédito, todos los derechos accesorios (personales: fianza, ó reales: hipoteca, fianza y prenda^{37 y 38}), y se responsabiliza de la legitimidad y existencia del derecho al tiempo de la cesión, Artículos 1443, 1444 y 1451 del Código Civil; *b) Entre el cesionario y deudor:* El deudor se vincula con el nuevo acreedor desde el momento de tener conocimiento de la cesión del derecho que corresponda; y se considera conocedor de la misma a partir de la notificación judicial o notarial que se le haga ya sea por el cedente o cesionario, o bien desde que se muestre sabedor de ella por ejecutar algún hecho que lo suponga. Artículo 1148 del Código Civil.

³⁷ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**, tomo III. Pág. 298.

³⁸ Espín Canovas, Diego. **Manual de derecho civil español**, volumen III. Pág. 232.

- El endoso entre bancos se realiza mediante el sello que utilice la institución bancaria endosante.

3.6 Requisitos del endoso

El endoso puede hacerse constar de dos formas: en el título mismo o en hoja adherida al mismo, tanto de una u otra forma se deben observar ciertos requisitos que a continuación se detallan:

- El nombre del endosatario.
- La clase del endoso.
- El lugar y la fecha.
- La firma del endosante o de la persona que firme a su ruego o en su nombre.

El legislador ha previsto la subsanabilidad de algunos requisitos no esenciales en el endoso, de conformidad con el Artículo 422 Código de Comercio de Guatemala que estatuye: *“Si en los casos mencionados en el artículo anterior, se omite el primer requisito, se aplicará el artículo 387 de este Código y si se omite la clase del endoso se presumirá que el título fue transmitido en propiedad; si se omitiese la expresión del lugar, se presumirá que el endoso se hizo en el domicilio del endosante; y la omisión de la fecha hará presumir que el endoso se hizo el día en que el endosante adquirió el título...”*

La inexistencia del endoso se manifiesta por la falta de la firma del endosante.

3.7 Efectos jurídicos del endoso

Se detallan los siguientes efectos jurídicos del endoso:

- La transmisión del derecho principal que incorpora el cheque, que se expresa en la orden incondicional de pago en contra del banco librado, a favor de quien se encuentre legitimado en virtud a dicha transmisión.
- La determinación de la posición jurídica de los sujetos que se relacionan cambiariamente, para el cobro judicial del cheque, cuando éste no ha sido pagado.

CAPÍTULO IV

4. Vencimiento, presentación, pago e impago del cheque

4.1 Vencimiento del cheque

El vencimiento es la oportunidad en que la obligación contenida en el cheque es exigible. El cheque es un título de crédito cuyo vencimiento es a la vista, porque su función económica es la de ser un medio de pago. Artículo 501 del Código de Comercio de Guatemala.

Es ineludible indicar que en el Artículo citado se regula la institución del cheque postdatado, el cual es pagadero el día de su presentación en el banco librado aún antes de la fecha consignada en el mismo; en este caso, la fecha de su presentación se considerará como la fecha de su creación. Esto también se aplica al cheque sin indicación de fecha de creación.

4.2 Presentación del cheque

4.2.1 Concepto

Es el acto jurídico que realiza el tenedor del cheque, consistente en la exhibición material del mismo, ante el banco librado en el tiempo y lugar establecidos en la ley, a efecto de obtener su pago³⁹.

4.2.2 Naturaleza Jurídica de la presentación del cheque

La presentación del cheque para su pago, constituye una carga para el tenedor del mismo, ya que es necesario llevarla a cabo para que éste no pierda todos los derechos que dependen de ese título de crédito.

4.2.3 Requisitos para la presentación del cheque

³⁹ Vásquez Martínez, Edmundo. **Ob. Cit.** Págs. 55 y 56.

Los sujetos que intervienen en la presentación del cheque para su pago, quienes son a saber: a) el legítimo poseedor o tenedor del cheque a quien le corresponde el derecho de cobrar el mismo; b) la Institución bancaria, que se ha obligado con el librador a realizar el pago a la persona que se presente como legítimo poseedor o tenedor del título de crédito en mención, conforman el requisito subjetivo.

El requisito objetivo lo constituye el cheque, porque es el objeto de la presentación para el pago. Así, de conformidad a lo estatuido por el Artículo 502 del Código de Comercio de Guatemala: *“Los cheques deberán presentarse para su pago, dentro de los quince días calendario de su creación.”*

De conformidad con los Artículos 396, 502 y 511 del Código de Comercio, la presentación para el pago de un cheque es de quince días calendario a partir de su fecha de creación; sin embargo, puede prorrogarse dicho plazo al primer día hábil siguiente cuando fuere inhábil el último día del mismo. La importancia del plazo de presentación para el pago de un cheque radica en el derecho que tiene el beneficiario de este título de crédito, para protestarlo por falta de pago y de esa cuenta otorgarle la calidad de título ejecutivo. Lo anterior constituye el requisito temporal de la presentación.

De conformidad con los Artículos 502, 503 y 511 del Código de Comercio de Guatemala, el requisito formal de la presentación para el pago del cheque puede realizarse de la manera siguiente:

- Por el tenedor del cheque.
- Por medio de la Cámara de Compensación.
- En caso de protesto, en forma notarial.

4.2.4 Efectos de la presentación del cheque

Los efectos que trae consigo la presentación del cheque para su pago, son los que a continuación se detallan:

- Determina al acreedor.
- El Banco librado tiene la aptitud de pagar válidamente el cheque.
- En caso de falta de pago o pago parcial, surge la carga para el tenedor del cheque de protestarlo, para el consiguiente ejercicio de sus derechos, originados por el impago de dicho título de crédito.

4.3 Pago del cheque

4.3.1 Concepto

En derecho civil, el autor Federico Puig Peña⁴⁰ indica que el pago es el total cumplimiento de la prestación, llevado a cabo por el deudor con ánimo de extinguir el vínculo obligatorio; y el autor Diego Espín Cánovas⁴¹, entiende por pago o cumplimiento de la obligación, la exacta realización de la prestación debida al acreedor.

De acuerdo con el Artículo 1380 del Código Civil, el pago es el cumplimiento de la prestación que puede ser ejecutado por un tercero, tenga o no interés y ya sea consintiendo o ignorándolo el deudor.

Como se deduce de lo anterior, el pago está referido al cumplimiento de una obligación; empero, en el caso del pago del cheque, que constituye un título de crédito a la orden, no existe una obligación preexistente entre el Banco librado y el tenedor del mismo, sino que anteriormente a la emisión de dicho documento, el librador ha celebrado un contrato de cuenta corriente con el banco librado, el que ha otorgado la autorización expresa o tácita para que pueda disponer de los fondos.

⁴⁰ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**, tomo III. Pág.320.

⁴¹ Espín Canovas, Diego. **Manual de derecho civil español**, volumen III. Pág.127.

Entonces, el pago del cheque es la obligación del banco librado para con el librador, consistente en hacer efectiva la suma de dinero especificada en el documento de crédito al legítimo poseedor a la presentación del mismo, según la provisión de fondos realizada por el cuentahabiente.

4.3.2 Naturaleza jurídica del pago del cheque

En la doctrina civilista, la naturaleza jurídica del pago ha sido campo de las más diversas posiciones jurídicas, entre las cuales están aquellas que lo catalogan como un mero hecho jurídico, un negocio jurídico bilateral, o la realización del contenido de la obligación.⁴²

A mi criterio, el pago del cheque es un hecho jurídico en virtud del cual el banco librado hace efectiva la cantidad de dinero especificada en el título de crédito, al tenedor legítimo del mismo, sin que constituya un negocio jurídico, ni tampoco el cumplimiento de una obligación entre ambos.

4.3.3 Sujetos del pago del cheque

Los sujetos del pago del cheque son:

- el legitimado pasivo, y
- el legitimado activo.

El legitimado activo es la persona designada como beneficiaria en el cheque o el último tenedor del mismo, cuya legitimación ha devenido de la cadena de endosos ininterrumpido, tal como lo preceptúa el Artículo 430 del Código de Comercio de Guatemala.

El legitimado pasivo es la institución bancaria (librado-girado) contra la que el librador ha emitido el cheque; la que está obligada a cubrir el importe de la suma de

⁴² **Ibid.**

dinero consignada en el mismo, salvo las causas por las cuales se abstiene de realizar el pago, que se analizarán en un capítulo posterior.

4.3.4 Objeto del pago

El objeto del cheque, es el pago de una suma determinada de dinero en moneda de curso legal.⁴³

El pago de esa suma de dinero, debe ser: a) íntegro, esto se refiere a que el Banco librado tiene la obligación de hacer efectiva la cantidad de dinero estipulada en el cheque. Sin embargo, esa integridad puede ser afectada por la falta de disponibilidad de fondos, en este caso la institución bancaria tiene la obligación de ofrecer al tenedor legítimo el pago parcial hasta el saldo disponible; b) puntual, es decir, que el cheque es un título pagadero a la vista; c) el pago debe realizarse en el lugar del domicilio del banco librado o sus sucursales; d) al efectuarse el pago, el tenedor del cheque debe hacer entrega del mismo al banco librado.

4.3.5 Clases de pago

El pago del cheque es normal, cuando el banco librado lo efectúa al tenedor legítimo del mismo quien lo ha presentado en el plazo legal, y existen fondos disponibles.

El pago anormal, lo puede realizar: a) el banco librado cuando tiene la obligación cambiaria de pagar el cheque frente al tenedor, al tratarse de cheque certificado o cheque con provisión garantizada, como lo regula en los Artículos 527 y 531 del Código de Comercio de Guatemala, o cuando lo paga de forma extemporánea, es decir, cuando el cheque no fue presentado en tiempo, pero existen fondos disponibles para cumplir con el pago y se presenta dentro de los seis meses

⁴³ Gómez Leo, Osvaldo R. **Manual de derecho cambiario, letra de cambio, pagaré y cheque.** Pág.434.

siguientes a su fecha de creación, sin haber sido revocado por parte del librador, de conformidad con el Artículo 508 del Código de Comercio de Guatemala; b) el librador, cuando el Banco librado no ha pagado el cheque presentado dentro del plazo legal, en virtud a una orden judicial o disposición legal, o porque no existen fondos disponibles para cubrir el importe del mismo y el tenedor no ha aceptado el pago parcial, como lo norma el Artículo 514 del Código de Comercio de Guatemala; c) los endosantes anteriores, cuando el tenedor legítimo para lograr el pago del cheque acciona en vía de regreso contra éstos, conforme lo regulado en el Artículo 426 del Código de Comercio de Guatemala; d) El aval porque adquiere una obligación cambiaria de carácter autónomo a los demás signatarios de un título de crédito incluyendo al avalado, ya que la obligación de éste último puede ser nula sin afectar la contraída por aquel. Empero, la ley le concede al aval acción cambiaria contra la persona garantizada y contra los que sean responsables respecto de esta última en virtud del título, como lo estatuye los Artículos 403 y 405 del Código de Comercio.

4.3.6 Efectos jurídicos del pago del cheque

Ampliando lo expuesto por Edmundo Vásquez Martínez⁴⁴, se considera como efecto general del pago del cheque la liberación cambiaria de todos los que se consignan en él como obligados y responsables, cuando el pago se ha efectuado por el Banco librado.

A continuación se puntualizan otros efectos que conlleva el pago del cheque:

- Disminuye la provisión existente en la cuenta corriente de depósito monetario o apertura de cuenta del librador.
- Si el pago se efectúa por el librador, él y todos los demás signatarios, se liberan de su respectiva obligación cambiaria.

⁴⁴ Vásquez Martínez, Edmundo. **Ob. Cit.** Págs.63 y 64.

- Si el pago se efectúa por un endosante, éste y los demás endosantes posteriores a él se liberan de la obligación cambiaria, no así los endosantes anteriores contra quienes puede ejercitar la acción cambiaria de regreso. Artículos 616, 621 del Código de Comercio de Guatemala.
- En cuanto al aval en el cheque, el Artículo 405 del Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, dispone como norma general a cualquier título de crédito que: *“El avalista que pague, adquiere los derechos derivados del título de crédito contra la persona garantizada y contra los que sean responsables respecto de esta última por virtud del título”*.

4.4 Impago del cheque

4.4.1 Consideración previa

El cheque es documento que se ha clasificado dentro de los títulos de crédito, cuya función económica es la de ser un medio de pago y como ya se ha señalado, no representa la extinción de las obligaciones que le dieron origen en tanto no se verifique el pago por parte del banco librado, es así como a continuación se detallan los motivos por los cuales las instituciones bancarias deniegan el hacer efectiva la cantidad contenida en el mismo:

4.4.2 Cuenta cancelada

La cuenta de depósitos monetarios puede ser cancelada voluntariamente por el suscriptor de la misma, o por el banco en virtud de malos manejos de la misma o por falta de depósitos. En este caso, los cheques que se libren de la misma, no pueden ser pagados en virtud a que la disponibilidad de fondos ante la institución bancaria ya no tiene existencia.

4.4.3 Cuenta embargada

El embargo constituye una medida de garantía dentro de cualquier proceso en el que esté prevista, tramitado ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, cuyo efecto es la prohibición de enajenar la cosa embargada; por tal motivo, cuando se embarga la cuenta de depósito monetario, en virtud de orden judicial el banco librado se abstiene de efectuar el pago de los cheques que le son presentados.

4.4.4 Falta de una firma

La falta de pago de un cheque también procede cuando en la cuenta de depósitos monetarios existen firmas mancomunadas, en este sentido al librar el cheque deben estamparse en el mismo dichas firmas, y la ausencia de una de ellas produce que el Banco librado no cumpla con la orden contenida en el título de crédito.

4.4.5 Falta de endoso

El cheque es un título de crédito que puede ser librado al portador o a la orden; cuando tiene la característica de ser un título de crédito a la orden su ley de circulación es mediante el endoso y entrega del título. La falta de endoso conlleva la falta de legitimación para exigir el derecho principal y demás garantías, y por lo tanto el cheque no puede ser pagado.

4.4.6 Falta de firma del librador

Esto sucede cuando un cheque es presentado para su pago ante la Institución bancaria correspondiente, sin embargo el mismo no puede ser atendido ya que no reúne un requisito indispensable de forma, cual es la firma del librador. El Artículo 495 del Código de Comercio de Guatemala, regula en su último párrafo, que la firma autógrafa puede ser sustituida por su impresión o reproducción cuando así se ha convenido con el banco librado.

4.4.7 Firma del librador incorrecta

En la emisión de un cheque, la firma que se estampa en el mismo puede tener rasgos diversos a la firma registrada ante la Institución bancaria correspondiente, y por ende conlleva al no pago del mismo. El titular de la cuenta de depósitos monetarios, puede no haber estampado su firma en la emisión de un cheque, entrando a circular con la firma falsificada impresa por un tercero, en consecuencia los rasgos de ambas no son concordantes. El banco librado, no incurre en responsabilidad ante el tenedor del cheque, cuando esto así suceda.

4.4.8 Firma del librador no registrada

La firma es un requisito esencial en la emisión del cheque, la misma debe estar registrada en la institución bancaria, con el fin de poder retirar por medio de cheques la cantidad de dinero designada en los mismos. El banco librado no incurre en responsabilidad al no hacer efectiva la suma de dinero al verificar la falta de este requisito esencial.

4.4.9 Insuficiencia total de fondos

Cuando el cheque es librado, puede ocurrir que se haya librado sin el respaldo de la provisión de fondos para el cumplimiento de la orden de pago por parte del banco librado; o bien, que existiendo la disponibilidad de fondos en el momento del libramiento del cheque, el librador disponga antes del vencimiento del plazo para su presentación de aquellos fondos, dejando sin provisión alguna al banco librado para realizar el pago.

El Artículo 496 del Código de Comercio de Guatemala, dispone en su segundo párrafo que tales hechos constituyen la comisión de delito, y por lo tanto el tenedor legítimo del mismo puede accionar penalmente para lograr la satisfacción de su pretensión; los Artículos 615 (2º), 616, 630 del cuerpo legal citado, regulan que en virtud de la falta de pago de un título de crédito, el beneficiario puede acudir ante los

órganos jurisdiccionales del ramo mercantil a ejercitar su acción en contra de los obligados y responsables cambiariamente.

4.4.10 Insuficiencia parcial de fondos

El Banco librado tiene la obligación de ofrecer el pago parcial al tenedor legítimo del cheque, cuando no existe suficiencia de fondos de forma total; ante tal circunstancia el beneficiario puede optar por aceptar o no aceptar el pago parcial que se le ofrece. En el primer supuesto, puede accionar en contra de los obligados y responsables al pago, en cuanto a la suma de dinero no pagada, y en el último caso, puede dirigirse contra ellos por la totalidad del importe del cheque.

4.4.11 Irregularidad en la legitimación del presentante

Los Artículos 430 y 431 del Código de Comercio de Guatemala, establecen que la legitimación del tenedor de un título a la orden, se constata mediante la cadena de endosos ininterrumpida, y el banco librado no se obliga a cerciorarse de la autenticidad, pero sí la continuidad de los mismos, como también de la identidad de la persona que se presente con el objeto de obtener el pago del cheque. Al no verificarse lo anterior, la legitimación sufre de irregularidad, y por ende el banco librado puede abstenerse a efectuar el pago.

4.4.12 Presentación después de seis meses de emitido, y no tener fondos

El Artículo 502 del Código de Comercio de Guatemala, regula que el plazo de presentación para el pago del cheque es de quince días calendario a partir de la fecha de su creación; empero, se debe apuntar que transcurrido este plazo, procede el pago extemporáneo, el que inicia igualmente desde la fecha de creación del título de crédito. El cheque que no es atendido en esta circunstancia por el banco librado, por haber sido revocada la orden de pago o no haber disponibilidad de fondos, no puede perfeccionarse como título ejecutivo, porque para el efecto debió levantarse el protesto

dentro del plazo legal de presentación, pero deja a salvo las acciones extracambiarias que puedan derivarse.

4.4.13 Revocatoria de la orden de pago

La revocatoria de la orden de pago la realiza el librador ante el banco librado, y de acuerdo con el Artículo 507 del Código de Comercio de Guatemala, se infiere que la misma tiene lugar cuando: a) se verifica dentro de los quince días calendario para presentar el cheque ante la institución bancaria respectiva, en virtud de haber ocurrido el extravío, la sustracción o la obtención por parte de un tercero en virtud de un acto ilícito, de dicho título de crédito; ó, b) se verifica después del plazo legal para la presentación del título de crédito, sin necesidad de invocar causal alguna. En este caso la falta de pago del cheque no puede dar lugar al ejercicio de la acción cambiaria en vía de regreso, por haber caducado la misma.

CAPÍTULO V

5. Recursos para el cobro del cheque

5.1 Recurso extrajudicial

El último tenedor de un cheque que ha sido presentado en el plazo legal y rechazado para el pago por una institución bancaria, debe dar aviso a los demás sujetos cambiarios, a los cuales se les transmitió el título a través del endoso, y si no hubiere sido así, dar aviso al librador del mismo; lo anterior para lograr de forma extrajudicial y voluntaria el pago de dicho título de crédito. En cuanto a que la vía judicial no implica el desconocimiento de esta forma voluntaria y simple para lograr la satisfacción de la pretensión.

5.2 Recursos judiciales

La acción cambiaria refiérase al derecho de fondo o sustancial incorporado en el título de crédito, como a la facultad de acudir a los órganos jurisdiccionales mediante el proceso ejecutivo para lograr la satisfacción de aquel derecho.

Mauro Chacón Corado⁴⁵ explica que la acción cambiaria deviene de la letra de cambio y no del derecho procesal, puesto que éste no se había concretado como verdadera disciplina cuando ya había surgido aquella. Consecuentemente la acción cambiaria es el conjunto de derechos que emanan del derecho cambiario sustantivo, entendiéndose éste como el ordenamiento regulador de la creación, de la circulación, de la garantía, de la extinción de los títulos de crédito y de la relación vinculante entre los sujetos que participan en cada una de aquellas etapas. En tanto que, la pretensión cambiaria se define como la declaración de voluntad del sujeto que solicita la actuación jurisdiccional frente a una persona determinada.

⁴⁵ Chacón Corado, Mauro. **Ob. Cit.** Págs.74 y 75.

Ignacio Escuti⁴⁶ proyecta el significado de la acción cambiaria desde dos perspectivas, manifestando que es inapropiada la utilización de dichos conceptos para referirse al derecho de fondo o sustancial al cual nombra de pretensión cambiaria, y refiere que tales vocablos apuntan al ejercicio del derecho del beneficiario del título de crédito impagado de petitionar ante la justicia.

Salvador Bergel y Martín Paolantonio⁴⁷, la conceptualizan como aquella que tiene siempre por *causa petendi* al vínculo cambiario resultante de una firma inserta en la cambial, y por *petitum* el pago de la suma indicada en el título de crédito.

Oswaldo Gómez Leo⁴⁸, explica que la acción cambiaria es el derecho de hacer valer ante un órgano jurisdiccional, una pretensión jurídica de carácter cambiario en contra de una persona, que se fundamenta en una relación cartácea instrumentada en un papel de comercio, conforme al derecho sustancial o de fondo.

Vásquez Martínez citado por Mauro Chacón Corado⁴⁹, al referirse a la acción cambiaria manifiesta que es el derecho que le corresponde al tenedor de un título de crédito no atendido, el cual consiste en la actuación en contra de las personas obligadas en la relación contenida en el mismo, exigiendo judicialmente el cumplimiento forzoso.

La acción cambiaria está normada en el Capítulo I, Título II, del Libro III del Código de Comercio, como una acción de carácter procesal que se ejercita por la falta de pago o aceptación total o parcial de un título de crédito, previo cumplimiento de los presupuestos y requisitos necesarios para acudir en demanda ante los órganos jurisdiccionales contra quien corresponda.

⁴⁶ Escuti, Ignacio A. **Títulos de crédito, letra de cambio, pagaré y cheque.** Pág.277.

⁴⁷ Bergel, Salvador D. y Martín E. Paolantonio. **Acciones y excepciones cambiarias.** Pág.71.

⁴⁸ Gómez Leo, Oswaldo R. **Instituciones de derecho cambiario, el cheque,** tomo III. Págs.149 y 150.

⁴⁹ Chacón Corado, Mauro. **Ob. Cit.** Págs.73.

De acuerdo con Bernardo Trujillo Calle⁵⁰, en cuanto a las partes dentro de la relación cambiaria contra las cuales se ejercitará la acción cambiaria, se encuentran: las partes directas y las partes indirectas, a quienes nombra posteriormente como obligados y responsables de la obligación cambiaria.

Los obligados o partes directas, son quienes se han comprometido al pago del título en acción directa, es decir, que tienen un compromiso de pago que es perfecto, faltando solo el plazo que lo actualice. Los responsables o partes indirectas, son quienes responden de la obligación cambiaria subsidiaria y solidariamente; en forma subsidiaria porque su obligación cambiaria nace en defecto del pago por parte de quien era principalmente obligado, y de forma condicional porque esta obligación cambiaria surge luego de cumplirse por el tenedor, la presentación del título de crédito para su aceptación o su pago, el aviso a los demás obligados del rechazo de la aceptación o el pago, y la formulación del protesto.

El obligado en la letra de cambio es el aceptante, en el pagaré es el librador y los avalistas de éstos. Los responsables en la letra de cambio son el girador y los endosantes, en el pagaré son los endosantes, en el cheque son el librador y endosantes, y los avalistas correspondientes.

Se concluye por lo tanto que, la acción cambiaria es el derecho que le asiste al tenedor legítimo de un título de crédito no atendido por el principal obligado o el responsable del pago, de accionar ante un órgano jurisdiccional pretendiendo la satisfacción de la prestación plasmada documentalmente en el mismo, previamente a haber efectuado los actos necesarios para otorgarle el carácter de título ejecutivo.

Entre las acciones cambiarias se mencionan las siguientes:

- La acción cambiaria en vía directa.
- La acción cambiaria en vía de regreso.

5.2.1 Acción cambiaria en vía directa

⁵⁰ Trujillo Calle, Bernardo. **De los títulos valores, manual teórico y práctico, parte general.** Págs.170 y 171, 175 y 176.

José Manuel Mayorga Saraya,⁵¹ en cita de los autores Garrigues y Mantilla Molina, manifiesta que la acción cambiaria directa es aquella que se ejercita en contra de la persona que está obligada a reembolsar el importe del título. También se ha escrito, que es aquella que corresponde al titular de una letra de cambio para obtener su cobro judicial del aceptante o de sus avalistas.⁵²

Por lo tanto, la acción cambiaria en vía directa es el ejercicio del derecho de exigir ante un órgano jurisdiccional la satisfacción de la pretensión cambiaria, que es la obtención de la suma de dinero no pagada en virtud de un título de crédito no atendido, que corresponde al legítimo tenedor en contra del principal obligado cambiario.

El Código de Comercio de Guatemala, norma en los Artículos 616 y 621 que: “La acción cambiaria es directa cuando se deduce contra el principal obligado o sus avalistas,...”; “El tenedor del título puede ejercitar la acción cambiaria contra el librador, el aceptante, los endosantes anteriores a él y los avalistas...” en este sentido, se deduce que los sujetos procesales son: a) sujeto activo: aquella persona que posee de forma legítima un título de crédito no pagado o no aceptado por el principal obligado; b) sujeto pasivo: toda persona que figura en un título de crédito como principal obligado y sus correspondientes avalistas. La relación cambiaria de los avalistas es autónoma, sin embargo, se ejerce la acción cambiaria directa en contra de ellos cuando garantizan la obligación cambiaria del principal obligado a quien son llamados a sustituir, sin perder por ello la acción cambiaria contra el mismo y contra los responsables respecto de él en virtud del título (Artículo 405 del Código de Comercio de Guatemala).

Para el ejercicio de ésta acción, tal como lo advierte Mauro Chacón Corado⁵³ y Joaquín Rodríguez Rodríguez⁵⁴ entre otros, no es necesario el cumplimiento de

⁵¹ Mayorga Saraya, José Manuel. **Tesis: La acción cambiaria en la legislación guatemalteca.** Págs.125 y 126.

⁵² Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**, tomo I. Pág.337.

⁵³ Chacón Corado, Mauro. **Ob. Cit.** Pág. 78.

⁵⁴ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Ob. Cit.** Pág.337.

requisitos formales especiales, requiriéndose simplemente la tenencia del título de crédito no pagado o no aceptado en su caso. En cita del Artículo 630 del Código de Comercio de Guatemala, el cobro de un título de crédito dará lugar al procedimiento ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito, salvo que el protesto fuera legalmente necesario.

El contenido de la acción cambiaria directa, está regulado en el Artículo 617 del Código de Comercio de Guatemala, que a continuación se transcribe:

“Mediante la acción cambiaria, el último tenedor del título puede reclamar el pago:

- 1º. Del importe del título, o en su caso, de la parte no aceptada o no pagada.*
- 2º. De los intereses moratorios al tipo legal, desde el día de su vencimiento.*
- 3º. De los gastos del protesto en su caso, y de los demás gastos legítimos, incluyendo los gastos del juicio.*
- 4º. De la comisión de cambio entre la plaza en que debería haberse pagado la letra de cambio y la plaza en que se le haga efectiva, más los gastos de situación.*

Si el título no estuviere vencido, de su importe se deducirá el descuento, calculado al tipo de interés legal.”

La acción cambiaria directa se extinguirá únicamente por prescripción. La prescripción consiste en la extinción de un derecho ya existente, por la inactividad del titular durante un determinado tiempo.⁵⁵ ¿Porqué no procede la caducidad? no procede, ya que la acción cambiaria en vía directa se deduce en contra de los obligados cambiarios directos, que han reconocido su responsabilidad ante el tenedor o beneficiario legítimo del título de crédito, haciendo nacer de esa cuenta el derecho a ejercitar ésta acción.

La acción cambiaria directa se deducirá a través del juicio ejecutivo cambiario, de conformidad con lo normado por los Artículos 630 y 1039 último párrafo del Código de Comercio de Guatemala.

⁵⁵ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Ob. Cit.** Pág.281.

5.2.2 Acción cambiaria en vía de regreso

La acción cambiaria en vía de regreso es el ejercicio del derecho de garantía que le es propio al tenedor legítimo del título de crédito contra los responsables del pago del mismo, o sea contra cualquier otro obligado que no sea el principal. El derecho de regreso significa, que el tenedor se dirige a personas que le preceden en el orden de circulación del título, y al dirigir su acción en el sentido inverso al curso normal del título, lo hace "de regreso".⁵⁶

En palabras de Mauro Chacón Corado⁵⁷, la acción cambiaria de regreso, es aquella que tiene por objeto exclusivo el pago y es la que se ejercita contra cualquier otro obligado, distinto del principal o sus avalistas.

Al llevar a cabo la exégesis de la normativa del Código de Comercio de Guatemala en cuanto a ésta institución jurídica, se infiere que es un procedimiento judicial de carácter ejecutivo que se ejercita contra cualquier otro obligado distinto al principal en virtud de un título de crédito, no pagado.

En Argentina, Osvaldo R. Gómez Leo⁵⁸ escribe que, la acción cambiaria de regreso es un recurso provisto por la ley, al acreedor cambiario en su calidad de portador legitimado, para demandar en justicia la satisfacción dineraria emergente del cheque que posee. Afirma que son sujetos pasivos de la acción cambiaria de regreso el librador del cheque, los endosantes y sus respectivos avalistas.

En México, De Pina Vara⁵⁹ manifiesta que las acciones derivadas del cheque son acciones cambiarias de regreso, inclusive la que se tiene en contra del librador, porque no es a quien se exige el pago, sino al banco librado que de no hacerlo,

⁵⁶ Vásquez Martínez, Edmundo. **Ob. Cit.** Págs. 125 y 130, 131.

⁵⁷ Chacón Corado, Mauro. **Ob. Cit.** Pág.78.

⁵⁸ Gómez Leo, Osvaldo R. **Instituciones de derecho cambiario, el cheque**, tomo III. Págs.271 y 272.

⁵⁹ De Pina Vara, Rafael. **Teoría y práctica del cheque.** Pág.261.

reenviará al tenedor hacia los demás signatarios. Joaquín Garriguez⁶⁰ considera que la acción cambiaria de regreso es la procedente para el cobro de un cheque no pagado, deduciéndose en contra del librador, endosantes y sus respectivos avalistas, cuya responsabilidad no la considera subsidiaria como en la letra de cambio aceptada, en virtud a que no existe aceptación y por ende responsabilidad cambiaria para el banco librado.

En España, Fernando Sánchez Calero⁶¹ plantea que el tenedor legítimo no puede deducir responsabilidad cambiaria al banco librado, situando al librador, endosantes y sus avalistas como sujetos pasivos de la acción cambiaria en vía de regreso. Manuel Broseta Pont⁶², al brindar su criterio concuerda con los autores ya mencionados, refiriéndose a que las acciones que dimanen del impago del cheque, no pueden ser deducidas en contra del banco librado, porque no es sujeto a responsabilidad cambiaria en tanto no es obligado directo y principal frente al tenedor legitimado de dicho título de crédito.

En Colombia, Trujillo Calle⁶³ manifiesta igualmente que en contra del librador del cheque, endosantes y avalistas, corresponde la acción cambiaria en vía de regreso. Su postura la fundamenta en: a) que el librador del cheque da una orden de pago, y no hace promesa directa de pago; b) que para ejercer la acción cambiaria de regreso por la falta de pago parcial o total del cheque, se requiere el protesto o la anotación del Banco librado o de la cámara de compensación; c) que contra el librador no hay acción directa, porque su obligación estará siempre subordinada a la previa interpelación del Banco librado; d) que la caducidad es un fenómeno jurídico que no se da sino en beneficio de las partes indirectas o responsables; y e) Afirma que cuando la institución bancaria, certifica o garantiza la provisión en un cheque se responsabiliza cambiariamente frente al tenedor; si no realiza lo anterior, no por ello el librador pasa a ser parte principalmente obligada, en este caso el banco librado se halla en idéntica situación al girado en una letra de cambio, ya que si paga el cheque se

⁶⁰ Garriguez Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Pág.966.

⁶¹ Sánchez Calero, Fernando. **Instituciones de derecho mercantil II**. Pág.131.

⁶² Broseta Pont, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Pág.629.

⁶³ Trujillo Calle, Bernardo. **Ob. Cit.** Págs.171 y 185 , 186.

extingue toda relación cambiaria que se derive del mismo, y si no lo paga, no lo certifica o no lo garantiza, no hay responsabilidad cambiaria en su contra, como en el caso del girado que no ha aceptado la letra.

En Guatemala, Edmundo Vásquez Martínez⁶⁴ fraterniza al exponer que la acción cambiaria en vía de regreso es la procedente en caso de un cheque no pagado y protestado oportunamente, que ejercita el tenedor legitimado en contra del librador, los endosantes y sus correspondientes avalistas. Mauro Chacón Corado⁶⁵, manifiesta que en la letra de cambio, el cheque, o en los títulos-valores que se emiten con base en una orden de pago, la acción de regreso procede contra el girador (creador), los endosantes (tenedor-transferentes) y los avalistas de estos (garantes).

Los sujetos activos en el ejercicio de esta acción por un lado lo es el poseedor legitimado del cheque impagado, por el otro es el obligado en vía de regreso que haya pagado el monto indicado en el mismo, quien puede ser un endosante o el avalista de aquél o de éste en la obligación cambiaria.

De conformidad con lo normado en el Artículo 621 del Código de Comercio de Guatemala, los sujetos pasivos del ejercicio de la acción cambiaria en vía de regreso son: el librador del cheque, los endosantes anteriores al tenedor legítimo del cheque, y sus correspondientes avalistas.

En cuanto a los requisitos que constituyen los actos necesarios e indispensables para el ejercicio de la acción cambiaria en vía de regreso, los cuales no son diferentes a los que corresponde practicar en el caso de una letra de cambio, tienen matices diversos cuando se analiza lo regulado en los Artículos 399, 503, 511, 513, 615, 1039 del Código de Comercio de Guatemala, como a continuación se detalla:

El Artículo 503 del cuerpo legal citado, estipula: *“Los cheques deberán presentarse para su pago, dentro de los quince días calendario de su creación”*. Por lo

⁶⁴ Vásquez Martínez, Edmundo. **Ob. Cit.** Págs. 70 y 72.

⁶⁵ Chacón Corado, Mauro. **Ob. Cit.** Pág.79.

tanto, una persona que posee legítimamente un cheque que cumple con todos los requisitos formales, debe presentarlo para su pago ante el banco librado dentro del plazo de quince días; sin embargo, puede presentarlo en fecha posterior al plazo indicado en la norma jurídica, tal como se abordó anteriormente.

El Artículo 615 numeral segundo, estatuye: *“La acción cambiaria se ejercitará: ... 2º. En caso de falta de pago o de pago parcial...”*.

En tal sentido, el cheque *presentado dentro del plazo legal* y no pagado por el Banco librado, es la causa para iniciar el camino del cobro judicial de dicho título de crédito.

Los Artículos 399 y 511 del Código de Comercio norman en su orden: *“La presentación en tiempo de un título de crédito y la negativa de su aceptación o de su pago se hará constar por medio del protesto. Salvo disposición legal expresa, ningún otro acto podrá suplir al protesto...”*; *“El protesto por falta de pago debe tener lugar antes de la expiración del plazo fijado para la presentación. La anotación que el librado o la cámara de compensación ponga en el cheque, de haber sido presentado en tiempo y no pagada total o parcialmente, surtirá los efectos del protesto.”*

De conformidad a lo transcrito, la regla general es que se ha de faccionar el protesto cuando un título de crédito ha sido presentado en tiempo y no ha sido pagado, sin embargo, la norma legal igualmente estatuye la excepción, en cuanto a que el protesto puede ser suplido por acto distinto, y en el caso del cheque, tal acto es la anotación del Banco librado, o bien el sello de la cámara de compensación.

Con la reforma del Código de Comercio de Guatemala, mediante el Decreto número 72-2005 del Congreso de la República de Guatemala, publicado en el Diario de Centroamérica de fecha 18 de noviembre del año 2005, se inserta en el ordenamiento jurídico guatemalteco una nueva modalidad de validez del cheque y de la forma de hacer constar la presentación en tiempo y la falta de pago de este título de crédito, de conformidad con el Artículo primero que norma: *“En el caso de cheques emitidos a*

favor de personas individuales o jurídicas residentes o domiciliadas en la República de Guatemala, para ser cobrados en bancos de otros países que no fueren pagados, y de conformidad con la legislación que los rige, los bancos librados retengan el original y sólo devuelvan a los beneficiarios o a sus bancos corresponsales copias de los mencionados cheques, estas copias tendrán la misma validez que los cheques originales. La anotación que el banco librado ponga en la copia del cheque, de haber sido presentado en tiempo y de no haber sido pagado total o parcialmente, surtirá los efectos del protesto..."

El creador de un cheque puede dispensar al tenedor legítimo del mismo de faccionar el protesto correspondiente, ésta dispensa no lleva consigo la falta de cumplimiento de la obligación de dar aviso a los obligados en la vía de regreso, como lo estatuye el Artículo 399 del Código de Comercio de la siguiente forma: *"El creador del título podrá dispensar al tenedor de protestarlo si inscribe en el mismo la cláusula: sin protesto, sin gastos u otra equivalente. Esta cláusula no dispensará al tenedor de la obligación de presentar un título, ni en su caso, de dar aviso de falta de pago a los obligados en la vía de regreso; pero la prueba de la falta de presentación oportuna estará a cargo de quien la invoque en contra del tenedor. Si a pesar de esta cláusula el tenedor levanta el protesto, los gastos serán por su cuenta."* Esta norma es aplicable al cheque, en virtud a que es una disposición de carácter general para todo título de crédito.

En cuanto al contenido de la acción cambiaria en vía de regreso para el cobro del cheque, es todo a lo que se tiene derecho de reclamar al librador, a los endosantes anteriores y a los avalistas de los mismos. Pero esa reclamación varía del sujeto activo que la realiza, ya sea el último tenedor legitimado por entrega del cheque o por la circulación del mismo mediante los respectivos endosos, o el obligado en vía de regreso que haya cubierto el cheque no pagado por el banco librado.

El Código de Comercio de Guatemala, en los Artículos 617 y 618 regula el contenido de la reclamación para el cobro judicial de un título de crédito no cubierto en la cantidad estipulada, ya sea total o parcialmente; en lo que fuere aplicable al caso del

cheque ese derecho corresponde tanto al último tenedor legitimado como al obligado en vía de regreso que haya pagado el cheque.

La acción cambiaria en vía de regreso se extinguirá por caducidad o prescripción. La caducidad es una institución jurídica que es definida por Mario Gordillo⁶⁶ como la sanción que se pacta o se impone por la ley a las personas, que dentro de un plazo convencional o legal, no realizan voluntaria y conscientemente los actos positivos para hacer nacer o mantener vivo un derecho sustantivo o procesal, según sea el caso.

En cuanto a la caducidad cambiaria Mauro Chacón Corado⁶⁷, manifiesta que ésta opera por no haberse cumplido con observar las condiciones legales para hacer exigible el derecho que el título incorpora, que se convierte en una sanción para el titular por su negligencia.

Se concluye, que la acción cambiaria en vía de regreso caduca en tanto que el legítimo poseedor del cheque no efectúa los requisitos indispensables para producir el nacimiento y el ejercicio del derecho, que consiste en la reclamación de la cantidad no cubierta por el banco librado.

De lo normado por los Artículos 472, 502, 512 y 623 del Código de Comercio de Guatemala, se deduce que la acción cambiaria en vía de regreso para el cobro del cheque caduca por no haberse presentado el mismo dentro de los quince días calendario a su creación ante el banco librado, y no haberse levantado el protesto correspondiente por la falta de pago.

En tanto la prescripción desde la óptica del Derecho Civil, se presenta en dos clases: a) la adquisitiva o positiva, y b) la extintiva, negativa o liberatoria.

⁶⁶ Gordillo Galindo, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco, aspectos generales de los procesos de conocimiento.** Pág.123.

⁶⁷ Chacón Corado, Mauro. **Ob. Cit.** Pág.165.

La prescripción extintiva, negativa o liberatoria, es una institución jurídica que en el Artículo 1501 del Código Civil está regulada como una forma de extinguir las obligaciones por el transcurso del tiempo.

En derecho cambiario, la prescripción significa la pérdida del derecho de accionar del tenedor del título de crédito no aceptado o no pagado y debidamente protestado, cuando éste no lo ejerce en contra del obligado u obligados dentro del plazo señalado por la ley. A decir de Joaquín Rodríguez Rodríguez⁶⁸, la prescripción cambiaria es la extinción de un derecho cambiario por la inactividad del titular durante el tiempo que la ley indica.

En cuanto al cheque, el plazo en que opera la prescripción es diferente de los otros títulos de crédito, esto conforme a los Artículos 513 y 627 del Código de Comercio de Guatemala que norman en su orden: *“Las acciones cambiarias derivadas del cheque, prescriben en seis meses, contados desde la presentación, las del último tenedor, y desde el día siguiente a aquel en que paguen el cheque, las de los endosantes y las de los avalistas.”*; *“La acción de regreso del último tenedor prescribirán en un año, contado desde la fecha del vencimiento y, en su caso, desde que concluyan los plazos de presentación, o si el título fuere con protesto, desde la fecha en que éste se haya levantado.”*

Por lo tanto, la acción cambiaria de regreso en el caso del cheque prescribe en seis meses, en los otros títulos de crédito prescribe en un año, a partir del momento que corresponda de conformidad con la ley.

El ejercicio de la acción cambiaria en vía de regreso, se lleva a cabo mediante el juicio ejecutivo cambiario. De conformidad con lo normado por los Artículos 630 y 1039 último párrafo del Código de Comercio de Guatemala.

⁶⁸ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Ob. Cit.** Pág.282.

5.3 Diferencias entre la acción cambiaria directa y la acción cambiaria en vía de regreso⁶⁹

Las diferencias que surgen de la comparación entre la acción cambiaria directa y la acción cambiaria en vía de regreso, a manera de condensar lo anteriormente expuesto, se expone de la forma siguiente:

5.3.1 En cuanto a las personas contra las que procede

La acción cambiaria directa se ejercita contra los principales obligados; al respecto René Arturo Villegas Lara⁷⁰ señala que los principales obligados en un título de crédito dependerá de qué título de crédito sea, y explica que el principal obligado en una letra de cambio es el librado-aceptante; en una factura cambiaria, el comprador de la mercadería; en un pagaré, el que promete en pago; en un certificado de depósito, el depositario de los bienes; asimismo los avalistas del principal obligado son también deudores principales. Y contra el librador, los endosantes anteriores y el avalista que no lo sea del obligado principal procede la acción cambiaria de regreso. Lo anterior tiene su basamento jurídico en los Artículos 616 y 621 del Código de Comercio de Guatemala.

5.3.2 En cuanto a su perfeccionamiento

En la acción cambiaria directa no es menester que el tenedor del título de crédito no pagado cumpla con requisitos especiales para poder ejercitarla, esto es porque los principales obligados, han asumido su responsabilidad frente al mismo desde el momento en que han firmado el título de crédito correspondiente; en tanto que la acción cambiaria de regreso debe perfeccionarse mediante la presentación del título de crédito para su aceptación, para su pago, y se debe faccionar el protesto en caso que

⁶⁹ Ibid. Pág.131.

⁷⁰ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco, títulos de crédito**, tomo II. Pág.173.

no se verifiquen tanto lo uno como lo otro, conforme a lo regulado por los Artículos 472 del Código de Comercio de Guatemala.

5.3.3 En cuanto a su extinción

La acción cambiaria en vía directa se extingue únicamente por prescripción, en tanto que la acción cambiaria en vía de regreso se extingue por caducidad o prescripción.

Trujillo Calle⁷¹, explica que en los títulos de crédito, cuando se ejercita la acción cambiaria directa, no es requisito previo protestarlos ni comprobar que fueron presentados extrajudicialmente para su pago, porque tal diligencia se efectúa con el objeto de preservar los derechos que le corresponden al tenedor legitimado en contra de las partes indirectas, es decir, responsables de la obligación cambiaria, evitando que se produzca la caducidad. En Guatemala, esto se encuentra regulado en el Artículo 472 del Código de Comercio.

5.4 Acciones extracambiarías

Gómez Leo⁷² manifiesta que la naturaleza de las acciones extracambiarías no se sustentan únicamente en un título de crédito, sino que se originan en relaciones de derecho común ajenas a ese título; es decir, que a la emisión del mismo le antecede la celebración de un contrato de arrendamiento, compraventa, depósito, entre otros.

La acción extracambiaría es el derecho que germina de las relaciones del derecho común por las que se emite y transfiere un título de crédito, el cual fue presentado para su aceptación o pago en el plazo establecido por la ley, sin lograr ninguno de dichos objetivos.

Entre las acciones extracambiarías se mencionan las siguientes:

⁷¹ Trujillo Calle, Bernardo. **Ob. Cit.** Pág. 233.

⁷² Gómez Leo, Osvaldo R. **Instituciones de derecho cambiario, el cheque**, tomo III. Págs. 286, 287.

5.4.1 Acción causal

Es la acción que se promueve por el tenedor legítimo (legitimación activa) de un título de crédito, contra el obligado (legitimación pasiva), que lo garantice en el nexo cambiario en forma directa e inmediata, siempre que no se halle perjudicado y exista vinculación entre ambos por una relación de derecho común (relación fundamental, relación causal, negocio subyacente u originario) por la que se emitió y transmitió el mismo.

El cheque como medio de pago, se emite o transmite por una negociación jurídica de carácter civil o mercantil, y de ahí que la acción causal se dirija no tanto al título de crédito en sí, sino al incumplimiento de la relación subyacente respectiva.

En el Código de Comercio de Guatemala, ésta acción extracambiaria está regulada solamente por el Artículo 408, que establece como regla general la no extinción de la relación que dio lugar a la emisión o transmisión del cheque, y como excepción el pacto expreso y lógicamente voluntario de los sujetos involucrados en dicha relación.

Como sucede en las acciones cambiarias, el sujeto pasivo en la acción causal está constituido por la persona legitimada que tenga la posesión del cheque impagado y protestado, y que lo úna al demandado una relación jurídica de carácter civil o mercantil. El demandado puede ser el librador o los endosantes del cheque.

Los requisitos para la procedencia de la acción causal, se encuentran regulados en el Artículo 408 del Código de Comercio de Guatemala, y son los que de seguido se mencionan:

- Que exista un negocio subyacente entre demandante y demandado, el que no se extingue por la emisión o transmisión del cheque;
- Que el legitimado activo restituya el cheque al demandado;

- Qué el legitimado activo haya ejecutado los actos necesarios para que el demandado ejercite las acciones que pudieran corresponderle en virtud del cheque.

En cuanto a su extinción De Pina Vara⁷³, afirma que al ocurrir la caducidad o prescripción de la acción cambiaria, se produce igualmente la caducidad o prescripción de la acción causal.

Mauro Chacón Corado⁷⁴ y Osvaldo R. Gómez⁷⁵, son del criterio que el plazo de prescripción de la acción causal debe de regirse por las normas del derecho común, según la naturaleza civil o mercantil del negocio fundamental por el que se emitió o transmitió el cheque.

Esto se dilucida por el Artículo 408 del Código de Comercio de Guatemala, que norma la no procedencia de esta acción en tanto que el actor no realice los actos necesarios para que el demandado ejercite las acciones que le correspondan conforme al título de crédito.

En criterio de la sustentante, la acción causal caduca y prescribe cuando ha sobrevenido la caducidad o prescripción de la acción cambiaria en vía de regreso en el caso del cheque, ya que en este supuesto el demandado no podrá ejercitar las acciones que le corresponden en virtud a ese título de crédito en particular.

La acción causal se ventilará por la vía sumaria de conformidad con el Artículo 1039 del Código de Comercio de Guatemala, que en su parte conducente establece que:

"A menos que se estipule lo contrario en este Código, todas las acciones a que dé lugar su aplicación, se ventilarán, en juicio sumario, salvo que las partes hayan convenido en someter sus diferencias a arbitraje..."

⁷³ De Pina Vara, Rafael. **Ob. Cit.** Pág.273.

⁷⁴ Chacón Corado, Mauro. **Ob. Cit.** Pág.262.

⁷⁵ Gómez Leo, Osvaldo R. **Instituciones de derecho cambiario, el cheque**, tomo III. Págs.290, 291.

5.4.2 Acción de enriquecimiento indebido

De Pina Vara⁷⁶, manifiesta que es la acción que compete al tenedor contra el girador, para que éste no se enriquezca en su costa, cuando ya no le quede ningún remedio legal para impedirlo.

La acción de enriquecimiento indebido, se ha dicho que tiene como fundamento la equidad; sin embargo, Broseta Pont⁷⁷ atinada y directamente escribe que es el recurso reconocido al **tenedor negligente** cuando no pueda ejercitar ninguna otra acción.

El Código de Comercio de Guatemala, en el Artículo 409 norma la definitividad en cuanto al ejercicio de la acción cambiaria y causal, de la forma siguiente: *“Extinguida la acción cambiaria contra el creador, el tenedor del título que carezca de acción causal contra éste, y de acción cambiaria o causal contra los demás signatarios, puede exigir al CREADOR, la suma con que se haya enriquecido en su daño...”*

Por lo tanto, es la acción de carácter extracambiario provista por la ley al tenedor del cheque que carece de las acciones cambiarias en vía de regreso, y de la acción causal en contra del librador, endosantes y avalistas de dicho título de crédito, que se ejercita únicamente en contra del librador, por haberse enriquecido de forma indebida. Se dice que es un **extremum remedium iuris**.

En esta acción el sujeto activo es el tenedor del cheque que carece de las acciones cambiarias en vía de regreso y de la acción causal en contra del librador, endosantes y avalistas del mismo, de conformidad con el Artículo 409 del Código de Comercio de Guatemala, y se deduce únicamente en contra del librador del cheque, en la suma que se haya enriquecido en su daño, lo que significa un “lucro injusto” para el mismo.

⁷⁶ De Pina Vara, Rafael. **Ob. Cit.** Pág.274.

⁷⁷ Broseta Pont, Manuel. **Ob. Cit.** Pág.630.

La acción de enriquecimiento indebido únicamente prescribe, y el plazo de prescripción es de un año a partir de la extinción de las acciones cambiarias. Entonces, ¿qué pasa con la caducidad?, al analizar el Artículo 409 del Código de Comercio de Guatemala, se infiere por la sustentante que ésta institución jurídica no tiene asidero en este tipo de acción, en cuanto que si las acciones cambiarias se extinguen, automáticamente nace el derecho de ejercitar la acción de enriquecimiento indebido, y si aquéllas se ejercitaren no habría razón de ser de la acción de enriquecimiento indebido.

Al igual que la acción causal, la acción de enriquecimiento indebido se ventilará por la vía sumaria de conformidad con el Artículo 1039 del Código de Comercio de Guatemala, que en su parte conducente establece que:

"A menos que se estipule lo contrario en este Código, todas las acciones a que dé lugar su aplicación, se ventilarán, en juicio sumario, salvo que las partes hayan convenido en someter sus diferencias a arbitraje..."

CAPÍTULO VI

6. El juicio ejecutivo de acción cambiaria para el cobro del cheque en Guatemala

6.1 La tramitación del juicio ejecutivo de acción cambiaria para el cobro del cheque

El juicio ejecutivo cambiario es el procedimiento de cobro de un título de crédito, que se encuentra regulado en el Artículo 630 del Código de Comercio de Guatemala, y el desarrollo de cada una de sus etapas, se rige por los Artículos 327 al 334 del Código Procesal Civil y Mercantil.

En cuanto a la acción cambiaria a ejercitar para el cobro de un cheque impagado, es la acción cambiaria en vía de regreso.

Para Gómez Leo⁷⁸, el juicio ejecutivo cambiario al que denomina proceso cambiario, es el proceso que se inicia en oportunidad al legítimo tenedor de un cheque, para ejercer el derecho de acción que le concede la ley de fondo, en Guatemala es el Código de Comercio de Guatemala.

El juicio ejecutivo en sí y por ende el cambiario, se tramita a través de dos fases procesales: la primera, que es una fase de cognición abreviada, que inicia con la interposición de la demanda de carácter ejecutiva, y se va desarrollando con la calificación del título ejecutivo, el despacho del mandamiento de ejecución, el requerimiento de pago, el embargo de bienes, la audiencia del ejecutado, en la que podrá hacer valer su oposición a la ejecución aportando las pruebas pertinentes que considere necesarias, e interponiendo excepciones, esta fase concluye con la sentencia de remate. La segunda fase, es la etapa procesal en la que se ejecuta la sentencia de remate, aplicándose por supletoriedad las normas jurídicas que regulan la ejecución en vía de apremio.

6.1.1 Presupuestos procesales del juicio ejecutivo cambiario

⁷⁸ Gómez Leo, Osvaldo R. *Instituciones de derecho cambiario, El cheque*, tomo III. Pág.281.

Los presupuestos procesales del juicio ejecutivo cambiarios son los que de seguido se mencionan:

- **La existencia de un título ejecutivo:** El título ejecutivo es el documento que trae aparejada ejecución, en virtud del cual cabe proceder sumariamente al embargo y a la venta de bienes del deudor moroso, a fin de satisfacer el capital, más los intereses y costas.⁷⁹

El Artículo 327 numeral cuarto del Código Procesal Civil y Mercantil, regula: “*son títulos ejecutivos, los testimonios de las actas de protocolación de protestos de documentos mercantiles y bancarios, o los propios documentos si no fuere legalmente necesario el protesto*”, este Artículo fue reformado por el Artículo 1039 del Código de Comercio de Guatemala, que estatuye: “*son títulos ejecutivos, **las copias legalizadas del acta de protocolación de protestos de documentos mercantiles y bancarios, o los propios documentos si no fuere legalmente necesario el protesto.***”

Para el cobro del cheque pueden ocurrir los dos supuestos de la norma jurídica transcrita, esto porque cuando el tenedor legítimo se ha presentado ante la Institución bancaria contra la cual se libró dicho título de crédito, y no le fue cubierto, levantó el protesto correspondiente, y por lo tanto la copia legalizada del acta de protocolación es título ejecutivo. El segundo supuesto tiene lugar, cuando el cheque fue presentado al Banco librado y éste no efectuó el pago por circunstancias imputables al librador, anotando en el título de crédito la negativa de pago; igualmente cuando el cheque ha sido presentado en cámara de compensación mediante el sello colocado por la misma, en tales casos el título mismo constituye título ejecutivo, en virtud que aquellos actos efectuados por la institución bancaria que sustituyen al protesto.

⁷⁹ Guillermo Cabanellas, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, tomo VI. Pág.431.

- **Capacidad procesal de las partes:** El ejecutante y el ejecutado deben tener capacidad procesal para poder ser titular de los derechos, cargas, deberes y obligaciones que deriven del juicio ejecutivo cambiario. Por lo anterior es el libre ejercicio de los derechos civiles, que se encuentra regulado en el Artículo 44 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley No.107 y el Artículo 8 del Código Civil, Decreto Ley No.106.

- **Patrimonio ejecutable:** El patrimonio ejecutable constituye un presupuesto de la ejecución forzada, en el sentido de que sin él la coerción se hace difícilmente concebible. El precepto contenido en los códigos, indica que los bienes del deudor constituyen la garantía común de todos sus acreedores. La única excepción es la de los bienes inembargables, y aquí se produce una nueva instancia de humanización del derecho.⁸⁰

- **Competencia del juez:** En la doctrina ya se ha escrito prolijamente acerca de esta institución, sin embargo conviene exponer una definición de lo que es la competencia. Así, pues, la competencia es el ámbito sobre el que un órgano judicial ejerce su potestad jurisdiccional por razón de la materia, la cuantía, la función y el territorio en asuntos sometidos a su conocimiento.

Para determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales que han de conocer de los asuntos de carácter mercantil en juicio ejecutivo para el ejercicio de la acción cambiaria en vía de regreso para el cobro del cheque impagado, es necesario abocarse a la doctrina y a lo regulado por el Código Procesal Civil y Mercantil, en cuanto a las reglas de la competencia, y tomar en cuenta los Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia emitidos para el efecto.

En cuanto a la competencia en razón de la materia, se atiende a la naturaleza del objeto del litigio que puede ser civil, mercantil, laboral, penal, etc.

⁸⁰ Eduardo J. Couture. **Fundamentos del derecho procesal civil.** Págs.464 y 465.

En cuanto a la competencia en razón de la cuantía, se determina el conocimiento de determinado asunto en relación al valor del objeto que se litiga. Así, el Artículo 7 del Código Procesal Civil y Mercantil, norma: *“Por razón de la cuantía son competentes los jueces menores, cuando el valor que se litiga no exceda de quinientos quetzales.*

Sin embargo, son competentes los jueces de Primera Instancia para conocer de los negocios de menor cuantía, cuando éstos son incidentales del proceso principal.

La Corte Suprema de Justicia tendrá la facultad de señalar, mediante acuerdo, un límite menor a la cuantía de los asuntos que se deban seguir ante los juzgados de Paz, cuando la crea conveniente atendidas las circunstancias especiales del municipio de que se trate y las disponibilidades de personal técnico.”

Al tenor de la norma transcrita, la competencia de los órganos jurisdiccionales menores puede ser modificada por Corte Suprema de Justicia. Es así como se modificó la cuantía para el conocimiento de los asuntos civiles como mercantiles sustentados ante los jueces de Paz, por lo establecido en el Acuerdo No.5-97 de la Corte Suprema de Justicia, regulando que en el municipio de Guatemala conocerían en asuntos de su competencia hasta por la cantidad de treinta mil quetzales, y por ende los Jueces de Primera Instancia conocerían en asuntos de mayor cuantía por la cantidad de treinta mil quetzales y un centavo.

Sin embargo, la competencia de éstos fue modificada recientemente por la Corte Suprema de Justicia, mediante el Acuerdo No.2-2006 que se publicó en el Diario Oficial No.66, de fecha 13 de febrero del año 2006 cuya vigencia se postergó a siete meses de su publicación, mediante Acuerdo No.6-2006 de la Corte Suprema de Justicia, publicado en el Diario Oficial No.88, de fecha 15 de marzo del presente año. El Acuerdo No.2-2006 establece que en el municipio de Guatemala los jueces de Paz conocerán en asuntos de su competencia hasta por el monto de sesenta mil quetzales, se concluye que de sesenta mil quetzales y un centavo, conocen en mayor cuantía los jueces de primera instancia.

En la presente investigación se analiza la competencia en razón de la cuantía conforme al Acuerdo No.5-97 de la Corte Suprema de Justicia.

En tanto que la competencia en razón de la función, refiérase al conocimiento del litigio que puede determinarse a través de tres aspectos:

1°. En cuanto a la interposición de recursos, porque el conocimiento del asunto es sometido a un órgano jurisdiccional distinto al que ha conocido en primera instancia. Así pues, en los asuntos civiles y mercantiles de mayor cuantía es competente en primer término los juzgados de Primera Instancia, y en apelación las Sala de la Corte de Apelaciones.

2°. En cuanto a la ejecución, porque determina qué órgano jurisdiccional tiene la función de ejecutar las sentencias. Si la ejecución se promueve por títulos extrajudiciales, la competencia se determinará conforme a la materia y a la cuantía del asunto.

3°. En cuanto a los incidentes, son competentes para su conocimiento de acuerdo a su función el mismo órgano jurisdiccional que conoce del asunto principal.

Juan Montero Aroca y Mauro Chacón Corado⁸¹, en cuanto a la competencia territorial manifiestan que este criterio deviene de la pluralidad de órganos jurisdiccionales competentes en razón de la materia y cuantía para conocer de un mismo asunto. Determinándose la competencia en razón al territorio por medio del pacto de sumisión que hagan las partes, o por ocurrir la prorroga de la competencia, o por la aplicación de las normas jurídicas establecidas en los Artículos del 12 al 24 del Código Procesal Civil y Mercantil.

6.1.2 Fases del juicio ejecutivo cambiario para el cobro del cheque

⁸¹ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco.** Págs.329 y 330.

Las fases del juicio ejecutivo cambiario para el cobro del cheque, son las mismas etapas que se llevan a cabo para el juicio ejecutivo cambiario promovido para el cobro de cualquier otro título de crédito. Está revestido de peculiaridades que lo hacen ser un proceso *sui géneris* dentro de la clasificación procesal, que difiere en ciertos aspectos del juicio ejecutivo común.

Se inicia mediante la demanda ejecutiva cambiaria, que constituye el acto procesal de parte por medio del cual el poseedor del cheque promueve la actividad del órgano jurisdiccional con el objeto de obtener el cumplimiento forzoso de pago por parte de los obligados en dicho título de crédito.⁸²

Su formulación es estructural, al igual que en una demanda en proceso ordinario, en la que se ha de acompañar copias de la misma y de los documentos, para entregarlos al deudor cuando fuere citado.⁸³

Por lo tanto, la demanda ejecutiva cambiaria es el escrito inicial que se interpone ante los órganos jurisdiccionales en ejercicio de la acción procesal, para hacer valer una pretensión de carácter cambiario, que reviste todas las formas establecidas en el Código Procesal Civil y Mercantil, en la que se debe detallar en el apartado de petición de fondo, lo estatuido por los Artículos 617 numerales 1 y 3, 618 numerales 1 y 3, del Código de Comercio de Guatemala, dependiendo si el actor es el último tenedor del cheque debidamente protestado, o el endosante o avalista que lo haya pagado al primero.

Este escrito inicial se admite para su trámite cuando se han observado los presupuestos procesales para el ejercicio de la acción cambiaria (que en caso del cheque es la acción cambiaria en vía de regreso), y asimismo, se han cumplido con los requisitos formales para todo escrito inicial regulados por los Artículos 50, 61, 79 ú.p., 106, 107 del Código Procesal Civil y Mercantil.

⁸² Chacón Corado, Mauro. **Ob. Cit.** Pág.106.

⁸³ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, tomo II. Pág.543.

Al ser admitida, el juez califica el título ejecutivo en que se funda la pretensión cambiaria, que en este caso es la copia legalizada del acta de protocolización del acta notarial del protesto del cheque; al ser considerado título suficiente el juez despachará mandamiento de ejecución ordenando el requerimiento del obligado y el embargo de bienes, si fuere procedente.

Se le dará audiencia al ejecutado por el plazo de cinco días, dentro de la cual puede asumir las siguientes actitudes:

- El ejecutado al momento de ser requerido, efectúa el pago de la suma reclamada y las costas procesales causadas, cuyo efecto inmediato es la terminación del proceso, haciéndose constar en autos.
- Si se hubiere efectuado el embargo de bienes, el ejecutado puede hacer que el juez resuelva levantar el mismo, consignando dentro del proceso la cantidad reclamada más un diez por ciento para la liquidación de costas, reservándose el derecho a oponerse a la ejecución.
- El ejecutado puede dejar de comparecer a deducir oposición o a interponer excepciones, en cuyo caso vencido el plazo del emplazamiento, se dictará sentencia de remate, que declare si ha o no ha lugar la ejecución, y si o no ha lugar a hacer trance y remate de los bienes embargados y pago al acreedor.
- El ejecutado comparece oponiéndose a la pretensión cambiaria del actor e interpone excepciones. Los requisitos para que el escrito de oposición no sea repelido por el juez, son la razón de la oposición y el ofrecimiento de prueba pertinente si fuera necesario.

De la oposición planteada, el Juez dará audiencia al ejecutante por el plazo de dos días, y con su contestación o sin ella, mandará a recibir las pruebas por el plazo de

diez días comunes a ambas partes, si hubiese sido pedido por alguna de ellas o el juez lo haya considerado necesario.

Vencida la etapa probatoria, el juez dictará sentencia pronunciándose sobre la oposición y las excepciones deducidas y declarará si ha o no ha lugar a hacer trance y remate de los bienes embargados, y el pago al acreedor de conformidad con el Artículo 332 del Código Procesal Civil y Mercantil. Esta resolución es apelable según lo normado por el Artículo 334 del cuerpo legal citado.

Es menester señalar que esta resolución no causa cosa juzgada material, porque puede ser revisada mediante juicio ordinario posterior, cuando se encuentre debidamente ejecutoriada o se haya cumplido la misma, tal como lo estatuye el Artículo 335 del ordenamiento jurídico referido.

Al acaecer la cosa juzgada material de la sentencia de remate, procede la ejecución de la misma, ante el mismo órgano jurisdiccional que la dictó, lo cual está regulado en los Artículos 294 al 326 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Esta fase puede iniciarse formulando la petición correspondiente de dos formas a elección del ejecutante, tal como se prevé en el Artículo 295 del Código Procesal Civil y Mercantil. La primera, consiste en solicitar la ejecución en vía de apremio dentro del mismo expediente en el que se tramitó el juicio ejecutivo cambiario, y la segunda, mediante la presentación de la certificación del fallo.

En la ejecución en vía de apremio pueden deducirse excepciones, pero éstas deben dirigirse imperiosamente contra la eficacia del título y que se funden en prueba documental, en caso contrario se rechazarán.

6.1.3 Excepciones cambiarias

El Artículo 619 del Código de Comercio de Guatemala, regula: *“Excepciones: Contra la acción cambiaria sólo podrán oponerse las siguientes excepciones y defensas:*

- 1º. La incompetencia del juez.*
- 2º. La falta de personalidad del actor.*
- 3º. La que se funde en el hecho de no haber sido el demandado quien suscribió el título.*
- 4º. El hecho de haber sido incapaz el demandado al suscribir el título.*
- 5º. Las de falta de representación o de facultades suficientes de quien haya suscrito el título a nombre del demandado.*
- 6º. Las fundadas en la omisión de los requisitos que el título deba contener y que la ley no presume expresamente.*
- 7º. La alteración del texto del título, sin perjuicio de lo dispuesto respecto de los signatarios posteriores a la alteración.*
- 8º. Las relativas a la no negociabilidad del título.*
- 9º. Las que se funden en la quita o pago parcial, siempre que consten en el título.*
- 10. Las que se funden en la consignación del importe del título o en el depósito del mismo importe, hecho en los términos de esta ley.*
- 11. Las que se funden en la cancelación judicial del título, o en la orden judicial de suspender el pago.*
- 12. Las de prescripción o caducidad, y las que se basen en la falta de los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción.*
- 13. Las personales que tenga el demandado contra el actor.”*

En principio se debe determinar el significado de lo que es la excepción procesal y defensa procesal. Aguirre Godoy⁸⁴, manifiesta que las excepciones son aquellas situaciones que únicamente mediante la alegación que haga el demandado le es lícito al Juez entrar a conocerlas, mientras que las defensas son aquellas situaciones que se

⁸⁴ Aguirre Godoy, Mario. **Ob. Cit.** Pág.268.

apoyan en hechos alegados por el demandado y que basta que resulten probados para que el juez los considere de oficio. Alsina⁸⁵ ha escrito que las excepciones son las defensas que el ejecutado puede oponer al progreso de la ejecución.

En cuanto a la clasificación de la excepciones a plantear en el proceso ejecutivo, dentro del cual se ejercita la acción cambiaria, Manuel de la Plaza citado por Chacón Corado⁸⁶, realiza la diferencia entre excepciones *in rem* (reales) y excepciones *in personam* (personales), las primeras se refieren al vínculo de carácter cambiario en virtud del título de crédito, mediante el que se apoya cualquier obligado, y las segundas refiéranse a las que son invocadas por el ejecutado en virtud a un vínculo personal existente únicamente entre él y el ejecutante.

Por su parte Mauro Chacón Corado⁸⁷, se adhiere a la postura adoptada por Cervantes Ahumada, en cuanto a la clasificación de las excepciones en materia cambiaria, que las cataloga en:

- las que afectan a los presupuestos procesales, reguladas en los numerales del uno al cinco, del Artículo 619 del Código de Comercio de Guatemala;
- las que se refieren a la materialidad misma del título de crédito, reguladas en los numerales del seis al 12, del Artículo 619 del Código de Comercio de Guatemala; y
- las que se derivan de una relación personal entre el actor y demandado, reguladas en el numeral 13, del Artículo 619 del Código de Comercio de Guatemala.

Para lograr determinar cuales son las excepciones que pueden oponerse por el ejecutado dentro de un proceso ejecutivo en donde la pretensión es la satisfacción de la cantidad estipulada en un cheque impagado, se abordará a manera de síntesis el contenido de cada una de las excepciones que regula el Artículo transcrito.

⁸⁵ Alsina, Hugo. **Ob. Cit.** Pág.679.

⁸⁶ Chacón Corado, Mauro. **Ob. Cit.** Págs.142, 143, 144, 145 y 146.

⁸⁷ Chacón Corado, Mauro. **Ob. Cit.** Págs.138 y 139.

- **La incompetencia del Juez:**

La competencia es un presupuesto procesal de la que debe estar investido el juez ante el cual se acude para el conocimiento, resolución y ejecución de determinado asunto, por lo tanto al no verificarse da lugar a que la parte demandada pueda oponer la excepción de incompetencia. Habiéndose tratado el tema de la competencia en razón de la materia, de la cuantía, de la función y del territorio, queda solamente remitirse al mismo. Amén, añadiendo en este apartado como bien lo ha dejado sentado Mario Aguirre Godoy⁸⁸ y Mauro Chacón Corado⁸⁹, que la incompetencia es: a) absoluta, debiéndose conocer de oficio cuando sea por razón de la función, materia, o cuantía, b) relativa, cuando se refiera al ámbito territorial, que se encuentra fuera del alcance del conocimiento del juez, oponible y prorrogable únicamente por la parte demandada.

- **La falta de personalidad del actor:**

Esta excepción es oponible por el ejecutado, cuando el actor dentro de un juicio ejecutivo para el cobro de un título de crédito argumenta ser el legítimo poseedor del mismo, pero a la vez no justifica tal calidad de beneficiario originario o beneficiario en virtud de haberse verificado la cadena ininterrumpida de endosos al momento de la circulación de tal documento de crédito.

- **La que se funde en el hecho de no haber sido el demandado quien suscribió el título:**

Esta excepción refiérase a la falta de legitimación en la parte demandada, entendiéndose como la posición habilitante para que en contra suya se formule una pretensión cambiaria. Avocando ésta al principio de literalidad de los títulos de crédito,

⁸⁸ Aguirre Godoy, Mario. **Ob. Cit.** Pág.269.

⁸⁹ Montero Aroca, Juan y Mauro Chacón Corado. **Ob. Cit.** Págs.329 y 330.

que consiste en la inexistencia del vínculo jurídico mientras no se manifieste la voluntad del obligado a través de su firma.

- **El hecho de haber sido incapaz el demandado al suscribir el título:**

Esta excepción ataca la pretensión del actor en virtud a que la persona suscriptora del título de crédito no aceptado o no pagado, no poseía la aptitud legal para obligarse en ese momento. El Artículo 394 del Código de Comercio de Guatemala, al respecto norma: *“La incapacidad de alguno de los signatarios de un título de crédito, ... no invalidan las obligaciones de las demás personas que lo suscriban”*, evidenciando que la obligación subsiste sin merma o limitación alguna para aquellos que se encuentran en la capacidad legal de obligarse en el momento de la suscripción del documento de crédito.

- **Las de falta de representación o de facultades suficientes de quien haya suscrito el título a nombre del demandado:**

La excepción de falta de representación o la excepción de facultades suficientes de quien haya suscrito el título, es oponible por el ejecutado siempre que obre de buena fe, porque de lo contrario se estaría ante la representación aparente regulada en el Artículo 406 del Código de Comercio de Guatemala, la cual puede ser ratificada expresa o tácitamente, ésta última resulta de aquellos actos a que ha dado lugar el demandado y que implican la aceptación del acto mismo o de cualquiera de sus consecuencias.

- **Las fundadas en la omisión de los requisitos que el título deba contener y que la ley no presume expresamente:**

Esta excepción aboga por el principio de literalidad de los títulos de crédito, este principio está regulado en los Artículos 385, 386, 387, 388, 389, 390, 394, 395 del Código de Comercio de Guatemala.

En cuanto a los requisitos generales y particulares que todo título de crédito debe contener, el Artículo 386 del cuerpo legal citado, estipula: *“Sólo producirán los efectos previstos en este Código, los títulos de crédito que llenen los requisitos propios de cada título en particular y los generales siguientes:*

1º. El nombre del título de que se trate.

2º. La fecha y lugar de creación.

3º. Los derechos que el título incorpora.

4º. El lugar y la fecha de cumplimiento o ejercicio de tales derechos.

5º. La firma de quien lo crea. En los títulos en serie, podrán estamparse firmas por cualquier sistema controlado y deberán llevar por lo menos una firma autógrafa...”

Este Artículo regula las siguientes presunciones:

- Si no se menciona el lugar de creación, se tendrá como tal el domicilio del creador.
- Si no se menciona el lugar de cumplimiento o ejercicio de los derechos que el título consigna, se tendrá como tal el del domicilio del creador del título.

Presunciones que solamente se refieren al lugar mas no a la fecha del título de crédito. En cuanto al cheque, el Artículo 501 del Código de Comercio de Guatemala establece: *“El cheque será pagadero siempre a la vista. Cualquier anotación en contrario, se tendrá por no puesta. El cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de creación, o **sin fecha, es pagadero el día de la presentación. En estos casos el día de la presentación se tendrá legalmente como fecha de su creación.**”* ; subsanándose de esa forma lo relativo a la fecha de creación y a la fecha de cumplimiento o ejercicio de los derechos, que se verifica a la presentación del cheque que es siempre pagadero a la vista.

En tanto que los requisitos particulares del cheque se encuentran regulados en el Artículo 495 de la misma normativa jurídica, de la forma siguiente: *“Además de lo dispuesto por el Artículo 386, el cheque debe contener:*

1º. La orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero.

2º. El nombre del Banco librado.”

Por lo tanto, se infiere de los Artículos citados que los requisitos que no presume la ley en cuanto al cheque y por los que procede la interposición de la excepción que se estudia, son:

- El nombre del título de crédito "CHEQUE".
- El nombre del Banco librado.
- Los derechos que incorpora el cheque, que se traducen en la orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero.
- La firma del librador del cheque.

En la práctica, por ser el banco librado que proporciona los cuadernillos de cheques, es indudable que no se incluya la mención de "cheque", más aún el nombre del librado.

De conformidad con el Artículo 387 del Código de Comercio y en resguardo de los derechos del tenedor legítimo de un título de crédito, la ley le concede al mismo la facultad de llenar aquellos requisitos omitidos, siendo subsanables de dicha cuenta. Al tenor de lo que regula el último párrafo del Artículo 386 citado, la omisión insubsanable de menciones o requisitos esenciales que debe contener todo título de crédito, no afectan al negocio o acto jurídico que dio origen a la emisión del mismo.

El fundamento para el planteamiento de esta excepción está en que un documento no tiene la calidad de título de crédito en tanto no reúna los requisitos generales y particulares del que se trate, no pudiendo cumplir en tal circunstancia la función económica, jurídica y de circulación que están llamados a desarrollar, con la debida consecuencia de impedir se produzcan sus efectos.

- **La alteración del texto del título, sin perjuicio de lo dispuesto respecto de los signatarios posteriores a la alteración:**

Los signatarios de un título de crédito que ha sido alterado en su texto, contraen obligaciones diversas según lo hayan suscrito antes o después de dicha alteración. Al

efecto el Artículo 395 del Código de Comercio, establece: *“En caso de alteración del texto del título de crédito, los signatarios posteriores a ella se obligan según los términos del texto alterado, y los signatarios anteriores, según los términos del texto original. Cuando no se puede comprobar si una firma ha sido puesta antes o después de la alteración, se presume que lo fue antes.”*

Cabe hacer la anotación del criterio de Mauro Chacón Corado⁹⁰ al expresar que: *“...se puede decir que esta excepción resulta difícil de probar, principalmente en nuestro medio, en donde el período de prueba del juicio ejecutivo es de diez días, por exigirse para su acreditamiento la prueba de peritos.”*

- **Las relativas a la no negociabilidad del título:**

La negociabilidad se refiere a la forma de transmisión de un título de crédito, ya sea nominativo, a la orden o al portador, mediante el registro, endoso y entrega; endoso y entrega; o entrega del título crédito en cada caso. Empero, en los títulos de crédito a la orden, se puede limitar su circulación mediante cláusula expresa.

La ley de circulación del cheque puede ser a la orden o al portador, en el primer caso podrá estamparse la cláusula de “no negociable”, evitando su ulterior transmisión, pero si aún conteniendo esa cláusula se transmite, surtirá los efectos de una cesión ordinaria. Si el cheque no es pagado, el cesionario no podrá pretender legitimarse en proceso ejecutivo para obtener su cobro, tendrá en este caso que promoverlo cualquiera de los beneficiarios anteriores a aquella limitación. Si el cesionario pese a que no se encuentra legitimado para demandar en juicio ejecutivo al librador, o endosante del cheque, promueve el mismo, éstos podrán oponer la excepción de la no negociabilidad del cheque, conjuntamente con la excepción de falta de personalidad en el actor, u oponer las excepciones personales que correspondan.

⁹⁰ Chacón Corado, Mauro. **Ob. Cit.** Pág.159.

- **Las que se funden en la quita o pago parcial, siempre que consten en el título:**

Para oponer ésta excepción y en virtud al principio de literalidad, es menester que el pago parcial conste en el título mismo, de lo contrario, el ejecutado puede oponerse a la ejecución promovida en su contra.

En cuanto al cheque, el Artículo 505 del Código de Comercio, regula que: *"Si el tenedor acepta el pago parcial, el librado le entregará una fotocopia u otra constancia en el que figuren los elementos fundamentales del cheque y el monto del pago efectuado. Esta constancia sustituirá al título para los efectos del ejercicio de las acciones correspondientes contra de los obligados."* Entonces, si el banco librado a extendido tal constancia, el demandado podrá oponer ésta excepción.

- **Las que se funden en la consignación del importe del título o en el depósito del mismo importe, hecho en los términos de esta ley:**

La consignación es una forma del cumplimiento de las obligaciones, que procede al verificarse alguno de los supuestos contenidos en el Artículo 1409 del Código Civil. En materia cambiaria representa también el cumplimiento de la obligación cambiaria, esto sucede cuando el beneficiario no presenta el título de crédito ya vencido para ser pagado por el principal obligado. La consignación está regulada para la letra de cambio y para las cédulas hipotecarias en los Artículos 468, 606 del Código de Comercio, y el Artículo 878 del Código Civil.

En cuanto al cheque, por ser un título de crédito que es librado en contra de un Banco, el depósito de su importe por parte del librador dentro del plazo legal de su presentación no representará el ulterior planteamiento de la excepción que se estudia, ya que en tal caso será pagadero al beneficiario. Y si la cantidad se deposita fuera del plazo legal, habiéndose levantado ya el protesto o habiéndose estampado en el título de crédito la anotación del Banco librado o de la Cámara de Compensación la falta de fondos, no será hecho fundante para el planteamiento de ésta excepción.

- **Las que se funden en la cancelación judicial del título, o en la orden judicial de suspender el pago:**

La excepción de la cancelación del título está limitada a ser interpuesta únicamente cuando se trate de títulos a la orden, porque de conformidad con los Artículos 632 y 651 del Código de Comercio, los títulos nominativos no requieren la intervención judicial para ser cancelados, y los títulos al portador no son cancelables.

Los títulos a la orden pueden cancelarse mediante solicitud al órgano jurisdiccional competente en la vía voluntaria, en virtud de haber sido extraviados, robados, o destruidos totalmente. En estos casos es obligación del solicitante realizar las diligencias que regula el Artículo 635 del Código de Comercio, entre las que se encuentra la siguiente: *"2º. Solicitar al Tribunal competente, que se prohíba al librado la aceptación o pago. Si el título hubiere sido aceptado antes de su pérdida, se solicitará que se prohíba el pago, sin el previo otorgamiento de fianza por quien presente el título al pago."* ; entonces, el demandado igualmente puede oponer a la pretensión del actor la excepción de orden judicial de suspender el pago en tanto se cancela el título de crédito.

Estas excepciones no pueden ser oponibles en el caso del cheque, ya que el Artículo 507 del Código de Comercio regula la revocación de la orden contenida en el mismo, la cual debe hacerse ante el banco librado para que éste deje de pagar a quien se presente como legítimo tenedor, sin necesidad de acudir a un órgano jurisdiccional competente. La revocación puede tener lugar en dos momentos diferentes, el primero cuando ya haya transcurrido el plazo de la presentación del cheque sin que se requiera justificación de la misma, y el segundo cuando el cheque ha sido extraviado, sustraído o adquirido por tercero a consecuencia de un acto ilícito antes de cumplirse el plazo de presentación.

- **Las de prescripción o caducidad, y las que se basen en la falta de los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción:**

Este supuesto contiene tres tipos de excepciones a saber:

- la excepción de prescripción,
- la excepción de caducidad y
- la excepción que se basa en la falta de los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción.

La excepción de prescripción y la excepción de caducidad son oponibles en tanto se verifiquen los supuestos de ambas instituciones jurídicas. De acuerdo con el Artículo 623 del Código de Comercio, la caducidad se constata por no haber sido presentado el título en el tiempo para su aceptación o pago, o por no haberse levantado el protesto en los términos que se señala la ley. La prescripción se produce en tanto no se ejercite la acción dentro de los plazos que regulan los Artículos 626, 627, 628 del Código de Comercio. En el cheque éstas instituciones ya fueron abordadas en el capítulo anterior, al cual se remite su estudio.

De la excepción que se basa en la falta de los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción, Mauro Chacón Corado⁹¹ ha escrito que: *"es una de las que más controversia ha producido por la diversidad de criterios que se exponen al respecto. Incluso se le ha llamado "el saco del limosnero", indicándose con la expresión, que en dichas excepciones caben todas aquellas que no aparecen reguladas por el Arto. 619 del Cod. De Com. en forma taxativa."* Con otro criterio Mario Aguirre Godoy⁹², deja entrever que en este supuesto es difícil encuadrar aquellas excepciones que son verdaderamente presupuestos procesales pudiéndose interponer bajo el amparo de las normas de derecho común.

Sin embargo, se debe hallar el sentido que el legislador quiso darle a este precepto. Cabe preguntarse ¿a qué se refirió con esos requisitos necesarios? para lo

⁹¹ Chacón Corado, Mauro. **Ob. Cit.** Pág. 166.

⁹² Aguirre Godoy, Mario. **Ob. Cit.** Págs. 277 y 278.

cual es necesario acudir al momento de la concepción del Código de Comercio de Guatemala. Éste cuerpo legal actualmente vigente, fue presentado como proyecto de decreto por la Comisión de Economía del Congreso de la República de Guatemala el 24 de julio del año de 1969⁹³, pero al dictaminar no explicó el por qué del Artículo 619 y específicamente del numeral doce; asimismo, en el diario de sesiones del Congreso de la República de Guatemala, en las tres lecturas⁹⁴ y discusión por Artículos⁹⁵ del proceso de formación de la ley, los diputados no se manifestaron al respecto, dejando la interpretación de ésta norma jurídica a la interpretación judicial y doctrinal.

- **Las personales que tenga el demandado contra el actor:**

Este tipo de excepciones tienen su fundamento en las relaciones extracambiarias que dieron origen al libramiento de un título de crédito, es decir, al negocio jurídico subyacente existente entre el demandado y el actor, siendo improcedentes en contra de cualquier beneficiario de buena fe conforme al principio de autonomía que reviste a los títulos de crédito.

Derivado de lo analizado en cuanto a las excepciones, se concluye que en el caso del cheque no son oponibles a la pretensión del actor de conformidad con el Artículo 619 numerales 10 y 11 las siguientes:

- Las que se funden en la consignación del importe del título.
- Las que se funden en el depósito del importe del título.
- Las que se funden en la cancelación judicial del título.

⁹³ Congreso de la República de Guatemala. **Dictamen y proyecto del decreto que contiene el nuevo Código de Comercio de Guatemala**, de la comisión de economía, Guatemala: 1969.

⁹⁴ Congreso de la República de Guatemala. **Diario de sesiones del Congreso de la República de Guatemala**, tercera época revolucionaria, periodo ordinario de 1969-70, sesiones ordinarias. 1t., fechas 05 de agosto, 02 de septiembre y 14 de octubre del año de 1969.

⁹⁵ Congreso de la República de Guatemala. **Diario de sesiones del Congreso de la República de Guatemala**, tercera época revolucionaria, periodo ordinario de 1969-70, sesiones ordinarias. 1t., No.39, 40 de fechas 02 y 03 de diciembre del año de 1969. Y **Diario de sesiones del Congreso de la República de Guatemala**, tercera época revolucionaria, periodo ordinario de 1969-70, sesiones ordinarias. 2t., No.44, 46 y 47 de fechas 21, 27 y 28 de enero del año de 1970.

- Las que se funden en la orden judicial de suspender el pago del título.

6.2 Juicio ordinario posterior

También llamado en la doctrina juicio de revisión o de repetición, puede ser promovido tanto por el ejecutante en el caso de no prosperar la ejecución que promueve, como por el ejecutado en caso contrario, sin ninguna limitación, para discutir los puntos de hecho como de derecho⁹⁶.

Para Hugo Alsina, el juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo, constituye una excepción a las reglas de competencia que se promueve ante el mismo juez que intervino en la ejecución en razón a que debe fundarse en las constancias de sus actuaciones⁹⁷.

De conformidad con el Artículo 335 del Código Procesal Civil y Mercantil, el juicio ordinario posterior procede:

- cuando se haya cumplido la sentencia dictada en el juicio ejecutivo, es decir que el acreedor debe haber sido satisfecho en su crédito;
- cuando se promueva ante el mismo órgano jurisdiccional que conoció en la primera instancia del juicio ejecutivo, sea cual fuere la naturaleza de la demanda que se interponga;
- mientras no se produzca el acaecimiento de la caducidad del derecho a obtener la revisión de lo resuelto en juicio ejecutivo, que se verifica a los tres meses de ejecutoriada la sentencia o de concluidos los procedimientos de ejecución. Al respecto Mario Aguirre Godoy⁹⁸ manifiesta que la razón por la cual la norma jurídica regula estos dos supuestos referentes al inicio del cómputo de la caducidad, es en primer término por el pronunciamiento de una sentencia absolutoria la cual ha sido

⁹⁶ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala**. Págs.290, 291, 292 y 293.

⁹⁷ Alsina, Hugo. **Juicios ejecutivos y de apremio, medidas precautorias y tercerías**. Pág.679.

⁹⁸ Aguirre Godoy, Mario. **Ob. Cit.** Pág.294.

impugnada por el ejecutante y resuelta en el mismo sentido; el segundo supuesto sucede cuando se ha pronunciado una sentencia de remate, debiéndose satisfacerse la pretensión del ejecutante.

La constitución de garantía por parte del ejecutante o ejecutado ya sea el caso, en la promoción del juicio ordinario posterior, no se está regulada en el derecho procesal civil guatemalteco.

Se ha expuesto de forma breve lo concerniente al juicio ordinario posterior a un juicio ejecutivo común, entiéndase a este último como aquel que se ha promovido por un título ejecutivo cuya naturaleza no es la de ser un título de crédito.

En cuanto al juicio ordinario de revisión promovido con posterioridad a un juicio ejecutivo de naturaleza cambiaria, se debe tomar en cuenta la opinión vertida por Jaime W. Teitelbaum, citado por Mauro Chacón Corado⁹⁹, al manifestar que al promoverse el mismo reviste de mayores garantías a las partes, empero no varía la naturaleza cambiaria de la litis; es decir, que no puede alegarse relaciones no personales entre las partes, ni invocarse la relación extracambiaria o causal, puesto que esto constituye pretensiones diferentes.

⁹⁹ Chacón Corado, Mauro. **Ob. Cit.** Pág.171 y 172.

CAPÍTULO VII

7. Investigación de campo en los Órganos Jurisdiccionales de Paz Civil y de Instancia Civil y Mercantil

Mediante la observación efectuada en varios expedientes, las entrevistas y encuestas realizadas a juzgadores y oficiales de los juzgados de Paz Civil y de los juzgados de Instancia Civil y Mercantil ubicados en la Torre de Tribunales, se verificó lo siguiente:

La acción cambiaria que se ejercita en juicio ejecutivo en contra del librador del cheque, es la acción cambiaria en vía directa.

En opinión de todos los juzgadores esta acción cambiaria es la procedente en virtud a que el librador del cheque es el obligado principal, esto de conformidad a lo normado por el Artículo 616 del Código de Comercio de Guatemala, y algunos otros indicaron que igualmente se procede así en contra de los avalistas del mismo. Los oficiales de éstos órganos jurisdiccionales adoptan la misma postura, en base al citado Artículo.

En los juzgados de Paz Civil, algunos juzgadores expusieron que el cheque es un título de crédito por el que frecuentemente se plantea la acción cambiaria en vía directa, pero indicaron que es raro que se plantee acción cambiaria en contra de los endosantes del mismo. Sin embargo, en los juzgados de Instancia Civil y Mercantil, el resultado de la investigación de campo difirió de lo anterior, porque en éstos el planteamiento de la acción cambiaria en vía directa en contra del librador ha sido escasa, y en la mesa de trabajo de algunos oficiales no ha habido ningún caso de cobro de cheque en juicio ejecutivo en ejercicio de la acción cambiaria.

El fundamento jurídico aludido en el primer considerando de los dos contenidos en la sentencia recaída en juicio ejecutivo en ejercicio de la acción cambiaria en vía directa para el cobro del cheque, dentro del expediente C2-2003-8320 oficial primero,

del juzgado Primero de Primera Instancia Civil y Mercantil, se basó en el Artículo 327 numeral séptimo del Código Procesal Civil y Mercantil, y en los Artículos 615, 616 y 630 del Código de Comercio de Guatemala. En dicha resolución se declaró con lugar la demanda promovida y se condenó al ejecutado al pago de costas procesales.

En opinión de la sustentante, los Artículos antes mencionados no son fundamento suficiente para dictar sentencia, ya que no se refieren al fondo del asunto en cuanto al caso concreto del ejercicio de la acción cambiaria en contra del librador del cheque, porque de forma generalizada señalan la procedencia de la acción cambiaria, contra quiénes se ejercita, y el procedimiento a seguir, lo cual es inadecuado siendo el cheque un título de crédito sui géneris y diverso a los demás.

En el expediente C2-02-913 tramitado ante el oficial cuarto del juzgado Quinto de Primera Instancia Civil y Mercantil, en la sentencia del juicio ejecutivo, los hechos que se sometieron a prueba fueron: a) si el título reunía los requisitos esenciales para su validez, y b) si el ejecutado adeudaba al ejecutante el monto reclamado. El basamento jurídico en que se fundamentó el juez en los considerandos de ésta resolución fueron los Artículos 327 numeral cuarto del Código Procesal Civil y Mercantil, y los Artículos 1039 del Código de Comercio. En el apartado de cita de leyes se abocó a los Artículos 385, 386, 441 al 444, 447 al 449 del Código de Comercio, comprobándose la falta de conocimiento de la institución jurídica del cheque, en virtud a que los dos primeros son normas generales a todo título de crédito, y los últimos regulan la creación y forma de la letra de cambio, por lo que la aplicación de las normas jurídicas de carácter sustantivo en cuanto al cheque quedaron excluidas de la consideración en la sentencia objeto de análisis.

En cuanto a los demás expedientes que se tramitan para el cobro del cheque, cabe mencionar que aún no se ha formulado sentencia. En el escrito de demanda específicamente en el apartado de fundamento de derecho, señalan los Artículos 494, 511, 615, 616 del Código de Comercio, los Artículos 327 numeral cuarto, y 329 del Código Procesal Civil y Mercantil; en algunos otros únicamente señalan las normas jurídicas respecto al juicio ejecutivo, de conformidad con el Artículo 301 y 327 numeral

séptimo del Código Procesal Civil y Mercantil; en otros escritos el fundamento de derecho se basa en los Artículos 327 numeral séptimo y 329 del Código Procesal Civil y Mercantil, y los Artículos 621, 630 y 1039 del Código de Comercio; y otros litigantes en sus demandas indican los Artículos 494, 495, 496, 501, 502, 511, 514 y 615 del Código de Comercio y 327 numeral cuarto del Código Procesal Civil y Mercantil. De ello se infiere que la acción cambiaria a ejercitar contra los sujetos cambiarios dentro del cheque, es un embrollo aún para los litigantes, quienes al dirigir a sus clientes plantean demandas fundamentadas en preceptos jurídicos que sólo se refieren al juicio ejecutivo, y algunos otros mencionan la procedencia de la acción y muy pocos aluden a lo regulado para el cheque tanto de forma sustantiva como el ejercicio de la acción en este título de crédito.

En cuanto a la acción cambiaria en vía de regreso, las opiniones de los juzgadores y oficiales de los juzgados de Paz Civil y los juzgados de Primera Instancia Civil y Mercantil, fue diversa. Ya que unos manifestaron que esta acción cambiaria no se verifica en cuanto al cheque, porque éste no es un título de crédito en sí sino un medio de pago, y por ende los endosantes no reciben un crédito sino que el pago de una obligación y quien paga es el librador contra quien procede la acción cambiaria en vía directa; además, si fuera posible ejercitar ésta acción cambiaria en contra de los endosantes, la dificultad se manifiesta en determinar a los mismos, ya que solamente consta la firma y número de cédula de ellos. Los otros indicaron que sí procede ésta acción cambiaria porque los endosantes son responsables del pago del cheque, y si bien es cierto, que solo consta la firma y número de cédula, no es motivo suficiente para que no se realice la averiguación correspondiente, carga que corresponde al que demanda. Estas opiniones fueron fundamentadas en los Artículos 615, 616 y 621 del Código de Comercio de Guatemala. Sin embargo, en dichos órganos jurisdiccionales aún no se ha ejercitado acción cambiaria en vía de regreso, contra ningún endosante.

Al tratar el porqué del ejercicio de la acción cambiaria en vía directa y la acción cambiaria en vía de regreso, se abordaron los temas de la prescripción y caducidad, que son fundamentales para determinar qué tipo de acción cambiaria es la procedente. A esto los juzgadores aseguraron que éstas instituciones jurídicas se verifican en las

dos clases de acciones cambiarias, y al ser cuestionados por el fundamento jurídico en el cual se basaban, respondieron que los Artículos 623, 626 y 627 del Código de Comercio así lo regulaban, dejando al margen el Artículo 472, para el cual justificaron su aplicación solamente en cuanto a la eficacia del protesto, aduciendo además que el hecho de no regular la acción cambiaria directa no significaba que la excluyera.

La caducidad de la acción cambiaria es sustantiva en cuanto al no nacimiento a la vida jurídica del derecho incorporado en el cheque o cualquier otro título de crédito, para poder ser exigido judicialmente. A esto, un número considerable de juzgadores adujeron que se trataba de la caducidad de la instancia, lo cual no sucede en virtud a que el Artículo 589 numeral tercero, del Código Procesal Civil y Mercantil norma que no procede la caducidad de la instancia en los procesos de ejecución singular por ausencia o insuficiencia de bienes embargables al deudor, o porque el ejecutante esté percibiendo pagos parciales por convenio judicial o extrajudicial.

Los datos obtenidos en las entrevistas, en las encuestas a los juzgadores y oficiales y en la observación de los expedientes en donde se tramitan los juicios ejecutivos para el cobro del cheque, de ninguna manera contradicen la hipótesis de ésta investigación, ya que la corroboran en el sentido que: un número considerable de oficiales de los órganos jurisdiccionales sujetos a ésta investigación, no tenían claridad en cuanto a qué es la acción cambiaria en vía directa y la acción cambiaria en vía de regreso en el caso del cheque, y contra quienes se ejercitan, porque de acuerdo a lo expresado por ellos mismos, los casos de juicios ejecutivos de este título de crédito es exiguo. Y en cuanto a los juzgadores, manifestaron que la acción cambiaria para el cobro del cheque era un tema complicado; algún otro expresó que la duda en cuanto a la misma persistía en su memoria desde las clases de la universidad en la que estudió, por el hecho a que el catedrático no se las había explicado, argumentando además que en caso de existir endosos la acción cambiaria en vía directa le correspondía al último tenedor en contra de la persona que se lo endosó, por el motivo que ésta se obligaba directamente con él y no podía accionar en contra del librador, y este endosante que pagaba el cheque le correspondía ejercitar la acción cambiaria en vía de regreso en contra del librador del mismo; otro manifestó que el banco podría ejercer la acción

cambiaría en vía de regreso en contra del librador, cuando éste no tuviera fondos disponibles y aquel hubiera pagado el cheque. Otro juez afirmó que la acción cambiaría en vía directa procedía en contra de librador, y si éste y el que demandaba eran comerciantes, o uno de ellos era comerciante se procedía mediante el juicio ejecutivo, y si ambos no eran comerciantes se ventilaba el asunto mediante el juicio sumario mercantil de conformidad con el Artículo 1039 del Código de Comercio.

CONCLUSIONES

1. El cheque representa un medio de pago *pro solvendo* y no precisamente un crédito, y de esa cuenta tiene una vida efímera en el campo de lo jurídico, ya que el plazo para ser cobrado ante el banco librado es de quince días a partir de su libramiento.
2. En el cheque existen dos relaciones jurídicas que se vinculan para que este título de crédito surja a la vida jurídica, se desarrolle y cumpla su función económica. La primera vincula al banco y su cliente, mediante un contrato de depósito irregular de dinero o un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. La segunda se verifica entre el librador del cheque y el legítimo tenedor del mismo, entre quienes surgen derechos y obligaciones de carácter cambiario.
3. La acción cambiaria, es la facultad de acudir a los órganos jurisdiccionales mediante el juicio ejecutivo para lograr la satisfacción del derecho literal y autónomo incorporado en un título de crédito, en contra de los obligados y/o responsables en el mismo.
4. La acción cambiaria en vía de regreso, es el ejercicio del derecho de garantía que le es propio al tenedor legítimo del título de crédito en contra de los responsables del pago del mismo. Los responsables en el cheque son el librador, los endosantes anteriores y el avalista de éstos. Para su ejercicio se requiere que el cheque se haya presentado para su pago dentro del plazo establecido en la ley, la falta de pago por parte del banco librado, el faccionamiento del protesto o la anotación que el banco librado o la cámara de compensación estampe en este título de crédito y el aviso a los demás obligados en la relación cambiaria. Ésta acción cambiaria se extingue por caducidad o por prescripción.
5. Al sintetizar el estudio de la acción cambiaria en vía de regreso para el cobro del cheque, se arriba a que ésta está regulada en los Artículos 399, 472, 502, 503, 511, 512, 513, 615, 616, 621, y 623 del Código de Comercio de Guatemala.

6. En Guatemala, la acción cambiaria que se ejercita para el cobro del cheque ante los órganos jurisdiccionales competentes es, la acción cambiaria en vía directa. Sin embargo, se corroboró el desconocimiento de esta institución jurídica, porque los juzgadores y los oficiales manifiestan que el librador y el aval del mismo, son los obligados principales en este título de crédito, en virtud a lo que regula el Artículo 616 del Código de Comercio de Guatemala; igual postura sostienen los litigantes al momento de interponer los escritos iniciales de demanda. Esta argumentación, obvia por completo la acción cambiaria en vía de regreso, y más aún al referirse al cheque que es un título de crédito particularísimo, trayendo como consecuencia la aplicación incorrecta de las normas jurídicas aplicables a la misma, al circunscribirla únicamente a lo establecido en un Artículo que enuncia tan solo cuándo la acción cambiaria es directa o indirecta, sin expresar el por qué, ni precisar las características o elementos de una u otra acción cambiaria.

7. A pesar del desconocimiento, y de la incorrecta aplicación de las normas jurídicas en cuanto a la acción cambiaria en vía de regreso a ejercitar para el cobro del cheque, se admiten las demandas para su trámite, se desenvuelve el proceso, y se resuelve satisfactoriamente los juicios ejecutivos en donde se pretende el pago del mismo, aún cuando no se ejercita ésta o se denomina simplemente como acción cambiaria en juicio ejecutivo, sin hacer mención a cuál de las dos variantes se refiere. Esto representa una variación y mutación de la acción cambiaria en vía de regreso, aplicable a todo título de crédito, y que por ende posee características, elementos y, efectos propios.

8. La interposición de demandas en ejercicio de la acción cambiaria en juicio ejecutivo para el cobro del cheque, no es frecuente en los juzgados de primera Instancia Civil y Mercantil; sin embargo, se verifican con mayor afluencia en los juzgados de Paz Civil. De acuerdo a lo manifestado por algunos juzgadores y oficiales, se debe a la cantidad de dinero objeto de la reclamación.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario, que a nivel académico se organicen por parte de las facultades de ciencias jurídicas y sociales de las universidades del país, foros de discusión sobre derecho mercantil y derecho cambiario, para profundizar y despejar dudas acerca de estas materias, especialmente en cuanto a la institución jurídica del cheque y la acción cambiaria a ejercitar para el cobro del mismo.
2. Es necesario, que los diputados del Congreso de la República de Guatemala, en el proceso de formación de una ley de índole mercantil y cambiario, discutan ampliamente con base a la doctrina, las normas jurídicas vigentes y positivas cada tema que se regulará; esto con la finalidad de evitar ambigüedades que induzcan a error en la interpretación de las normas jurídicas mercantiles y cambarias.
3. Es necesario, que el Organismo Judicial a través de la Escuela de Estudios Judiciales, capacite a los jueces, los secretarios y los oficiales de los juzgados de Paz Civil y de los juzgados de Instancia Civil y Mercantil, sobre temas de derecho mercantil y cambiario, en especial en la actualización de los enfoques doctrinario y legal en cuanto a la acción cambiaria a ejercitar para el cobro del cheque; con la finalidad de aplicar de forma idónea las normas jurídicas y arribar a un criterio judicial unánime en base a las mismas.
4. Es necesario, que en los juzgados de Paz Civil y los juzgados de primera Instancia Civil y Mercantil, posean un efectivo mecanismo de control de los juicios ejecutivos que se tramitan en los mismos, en cuanto a los títulos ejecutivos por los cuales se promueven aquellos, con el fin hacer más expedita la verificación del grado de aplicación de las normas jurídicas que correspondan.

A N E X O S

ANEXO A

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
INVESTIGACIÓN DE TESIS

LA ACCIÓN CAMBIARIA PARA EL COBRO DEL CHEQUE

Juez ____ de Primera Instancia del ramo civil y mercantil, Ciudad de Guatemala.

Juez ____ de Paz Civil, Ciudad de Guatemala.

INSTRUCCIONES:

Responda la siguiente interrogante de acuerdo con la práctica forense y las normas jurídicas en las que se fundamenta. Si considera que los dos tipos de acciones cambiarias son procedentes para el cobro del cheque, especifique en el apartado correspondiente a las mismas.

¿Cuál es la acción cambiaria a ejercitar para el cobro judicial del cheque?

- **Acción cambiaria en vía directa** ____

Contra quiénes se ejercita y por qué:

- **Acción cambiaria en vía de regreso** ____

Contra quiénes se ejercita y por qué:

ANEXO B

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

INVESTIGACIÓN DE TESIS

LA ACCIÓN CAMBIARIA PARA EL COBRO DEL CHEQUE

Oficial No. _____

Juzgado ___ de Primera Instancia del ramo civil y mercantil, Ciudad de Guatemala.

Juzgado ___ de Paz Civil, Ciudad de Guatemala.

INSTRUCCIONES:

Responda la siguiente interrogante de acuerdo con la práctica forense y las normas jurídicas en las que se fundamenta. Si considera que los dos tipos de acciones cambiarias son procedentes para el cobro del cheque, especifique en el apartado correspondiente a las mismas.

1. ¿Cuál es la acción cambiaria a ejercitar para el cobro del cheque? Y ¿Por qué?
 - Acción cambiaria en vía directa _____
 - Acción cambiaria en vía de regreso _____

2. En esta judicatura ¿se han presentado demandas en ejercicio de la acción cambiaria para el cobro del cheque dentro del periodo comprendido entre el año 2000 al año 2005?
NO _____ Sí _____

3. ¿Cuántos juicios ejecutivos de acción cambiaria para el cobro del cheque se han presentado ante esta judicatura, dentro del periodo comprendido entre el año 2000 al año 2005?

Poquísimos _____

Pocos _____

Regular _____

Bastante _____

Muchos _____

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ELIZARDI, Mario. **Técnicas de estudio e investigación.** 4^a. ed.; Guatemala, C.A.: Universidad de San Carlos de Guatemala, Editorial estudiantil Fénix, cooperativa de ciencia política, (s.f.). 136 págs.
- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala.** 2t.; 1vol.; ed., reimpresión; Guatemala, C.A.: Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2000. 510 págs.
- ALSINA, Hugo. **Juicios ejecutivos y de apremio, medidas precautorias y tercerías.** (serie clásicos de procedimiento civiles) 2t.; revisión, edición y características gráficas actuales de esta obra fueron realizadas por la Asociación de Investigaciones Jurídicas, AC; México: Ed. Jurídica Universitaria, 2003. 813 págs.
- ARGERI, Saúl A. **Diccionario de derecho comercial y de la empresa.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L., 1982.
- BARILLAS BUCHHALTER, María de los Ángeles. **El cheque.** Guatemala: Universidad Francisco Marroquín, Facultad De Derecho, 1985.
- BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. **Operaciones bancarias activas, pasivas y complementarias.** 3^a. ed., aumentada y actualizada; México: Ed. Porrúa, S.A., 1978. 449 págs.
- BERGEL, Salvador D. y Martín E. Paolantonio. **Acciones y excepciones cambiarias.** 1 t.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1992.
- BONFANTI, Mario Alberto y José Alberto Garrone. **El cheque, cheques especiales, cheque postal, cheque garantizado, tarjetas de crédito, órdenes de cooperativas, factura conformada, aspectos penales del cheque.** 2^a. ed.; Buenos Aires, Artentina: Ed. ABELEDO-PERROT, 1971.
- BRAVO VALDES, Beatriz y Agustín Bravo González. **Derecho romano, segundo curso de derecho romano.** 10^a. ed.; Distrito Federal, México: Ed. PAX-MÉXICO LIBRERIA CARLOS CÉSARMAN, S.A., 1984.

BROSETA PONT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. 3ª. ed.; Madrid, España: Ed. TECNOS, 1977. 793 págs.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 1-6t.; 12ª. ed., revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1979.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito**. 12ª. ed.; México: Editorial Herrero S.A., 1982. 424 págs.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. **Dictamen y proyecto del decreto que contiene el nuevo Código de Comercio de Guatemala**, de la comisión de economía, Guatemala: 1969.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. **Diario de sesiones del Congreso de la República de Guatemala**, tercera época revolucionaria, periodo ordinario de 1969-70, sesiones ordinarias. 1t., No.29 de fecha 14 de octubre del año de 1969.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. **Diario de sesiones del Congreso de la República de Guatemala**, tercera época revolucionaria, periodo ordinario de 1969-70, sesiones ordinarias. 1t., No.39 de fecha 02 de diciembre del año de 1969.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. **Diario de sesiones del Congreso de la República de Guatemala**, tercera época revolucionaria, periodo ordinario de 1969-70, sesiones ordinarias. 1t., No.40 de fecha 03 de diciembre del año de 1969.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. **Diario de sesiones del Congreso de la República de Guatemala**, tercera época revolucionaria, periodo ordinario de 1969-70, sesiones ordinarias. 2t., No.44 de fecha 21 de enero del año de 1970.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. **Diario de sesiones del Congreso de la República de Guatemala**, tercera época revolucionaria, periodo ordinario de 1969-70, sesiones ordinarias. 2t., No.46 de fecha 27 de enero del año de 1970.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA. **Diario de sesiones del Congreso de la República de Guatemala**, tercera época revolucionaria, periodo ordinario de 1969-70, sesiones ordinarias. 2t., No.47 de fecha 28 de enero del año de 1970.

CHACÓN CORADO, Mauro. **El juicio ejecutivo cambiario**. 6ª. ed., corregida y aumentada; Guatemala: Ed. Magna Terra Editores, S.A., 2002. 300 págs.

DÁVALOS MEJÍA, L. Carlos. **Títulos y contratos de crédito, quiebras**. México: Ed. Harla, S.A. de C.V.

DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. **Títulos y operaciones de crédito, análisis teórico práctico de la ley general de títulos de crédito y temas afines**. 3ª. ed.; México: Oxford University Press, 2001.

DE PINA VARA, Rafael. **Teoría y práctica del cheque**. 2ª. ed. Revisada y puesta al día; México: Ed. Porrúa, S.A., 1974. 472 págs.

DE SALAZAR MOSCOSO ARRIAZA, Cecilia Odethe. **Conceptos doctrinarios y legales del cheque. Su revocación**. Guatemala: Universidad Mariano Gálvez, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1998. 93 págs.

ESCUTI, Ignacio A. **Títulos de crédito, letra de cambio, pagaré y cheque**. 3ª. ed., actualizada y ampliada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L., 1992.

ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español, obligaciones y contratos**. 3vols.; 4ª. ed., revisada y ampliada; Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1975. 674 págs.

FONTANARROSA, Rodolfo O. **Régimen jurídico del cheque**. 7ª. ed., 1ª. reimpresión; Buenos Aires, Argentina: Ed. Zavalia, 1986.

GALGANO, Francesco. **Derecho comercial, el empresario**. 1vol.; Santa Fe de Bogotá, Colombia: Ed. Temis, S.A., 1999. 431 págs.

GÁLVEZ ABRIL, Otto René. **El cheque en Guatemala y las acciones que se derivan ante la insolvencia en el pago.** Guatemala: Universidad Mariano Gálvez De Guatemala, Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales, 1995.

GARCÍA FALCONI, José C. **El cheque en materia civil.** <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Comercial.5.htm> (26 de diciembre del año 2005).

GARCÍA-PELAYO Y GROSS, Ramón. **Diccionario enciclopédico de todos los conocimientos; pequeño Larousse en color.** España: Ed. Talleres de Heraclio Fournier, S.A., 1979. 1570 págs.

GIRALDI, Pedro Mario. **Cuenta corriente bancaria y cheque.** (prólogo de Horacio P. Fargosi); Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma y hnos., 1973. 452 págs.

GÓMEZ LEO, Osvaldo R. **Instituciones del derecho cambiario, títulos de crédito, teoría general, títulos causales, acciones de sociedad, bonos, debentures, warrants y certificados de depósito, certificados de prenda, cartas de porte, certificados de depósito a plazo fijo.** 1t.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1982.

GÓMEZ LEO, Osvaldo R. **El cheque, teoría general, creación, forma, transmisión, pago, responsabilidades cambiarias, recurso para el cobro, proceso cambiario, protección penal del cheque.** 1t.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1985.

GÓMEZ LEO, Osvaldo R. **Manual de derecho cambiario, letra de cambio, pagaré y cheque.** Reimpresión; Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1991. 572 págs.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. **El cheque, su aspecto mercantil y bancario, su tutela penal.** 2ª. ed.; México: Ed. Porrúa, S.A., 1970.

GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco, aspectos generales de los procesos de conocimiento.** 4ta. ed.; Guatemala: Editorial estudiantil Fénix, 2005. 213 pág.

HERNÁNDEZ RIZO, Edgar Enrique. **Caducidad de la acción cambiaria de regreso y su regulación legal en nuestro actual Código de Comercio.** Guatemala:

Universidad De San Carlos De Guatemala, Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales, 1987.

JIMÈNES SÀNCHEZ, Guillermo J. **Derecho mercantil, títulos-valores, obligaciones y contratos mercantiles, derecho concursal mercantil, derecho de la navegación.** 2ª. ed., corregida y puesta al día; Barcelona, España: Ed. Ariel, S.A., 1992. 891 págs.

MM OCÉANO GRUPO EDITORIAL, S.A. **Diccionario de sinónimos y antónimos, Océano.** Barcelona, España: MM Océano Grupo Editorial, S.A., (s.f.). 790 pág.

MALAGARRIGA, Carlos C. **Tratado elemental de derecho comercial II, contratos y papeles de comercio.** 2ª. ed., actualizada en doctrina, legislación y jurisprudencia; Buenos Aires, Argentina: Ed. Tipográfica Editora Argentina, S.A., 1958. 809 págs.

MALDONADO DE LA CERDA, Luis Antonio. **La acción cambiaria en el ordenamiento jurídico centroamericano.** Guatemala: Universidad Rafael Landivar, Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales, 1976. 220 págs.

MAYORGA SARAYA, José Manuel. **Acción cambiaria en la legislación guatemalteca.** Guatemala: Universidad Francisco Marroquín, Facultad de Derecho, 1986. 265 págs.

MONTERO AROCA, Juan y Mauro Chacón Corado. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco, el juicio ordinario.** 1vol.; ed., segunda reimpresión; Guatemala: Ed. Magna Terra Editores, 2005. 360 págs.

MUÑOZ, Luis. **Títulos-valores crediticios, letra de cambio, pagaré y cheque.** 2ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1973. 834 págs.

MUÑOZ, Luis. **El cheque.** 1ª. ed.; D.F., México: Ed. Cardenas, editor y distribuidor 1974. 320 págs.

MUÑOZ, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial.** 8ª. ed.; Guatemala: Ed. INFOCONSULT EDITORES, 2003. 192 págs.

PALACIO, Lino Enrique. **Manual de derecho procesal civil.** 2t.; 4ª. ed., actualizada; 3ª. reimpresión; Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1977. 703 págs.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español, obligaciones y contratos.** 3t.; 2ª. ed., revisada y puesta al día; Pamplona, España: Ed. Aranzadi, 1979. 674 págs.

RODRÌGUEZ RODRÌGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** 1t.; 13ª. ed., revisada por José V. Rodríguez del Castillo; México: Ed. Porrúa, S.A., 1978.

SMITH, Vera. **El desarrollo de la banca central en Inglaterra y el sistema escocés.** http://www.eumed.net/cursecon/textos/Vera_Smith-banca.pdf (26 de diciembre del año 2005).

Técnicas de investigación social. Introducción y selección por Napoleón Chow, 2ª. ed.; Costa Rica: Editorial universitaria centroamericana (EDUCA), 1977. 401 págs.

TRUJILLO CALLE, Bernardo. **De los títulos valores, manual teórico y práctico, parte general.** 1t.; 6ª. ed.; Bogotá, Colombia: Librería Editorial El Foro de la Justicia, 1985. 892 págs.

Unidad de asesoría de tesis. **Instructivo general para elaboración y presentación de tesis.** Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, C.A.: (s.e.). 2003. 78 págs.

VÁSQUEZ MARTÌNEZ, Edmundo. **El cheque en el nuevo Código de Comercio.** 1ª. Ed.; 17vols.; Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, 1971. 130 págs.

VILLEGAS LARA, René. **Derecho mercantil guatemalteco, títulos de crédito.** (Colección Editorial Universitaria Vol.81) 2t.; 5ª. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria 2001. 282 págs.

Legislación:

Constitución Política de la República. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código de Comercio. Decreto No.191 del General de División y Presidente de la República de Guatemala, 1877.

Código de Comercio. Decreto No. 2946, 1942.

Código Civil. Decreto-ley No.106 del Jefe del Gobierno de la República, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto No.107 del Jefe del Gobierno de la República, 1963.

Código de Comercio de Guatemala. Decreto No.2-70 del Congreso de la República de Guatemala, 1970.

Ley de Bancos y Grupos Financieros. Decreto número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, 2002.

Reforma al Decreto No.2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio de Guatemala. Decreto No.72-2005, del Congreso de la República de Guatemala, 2005.