

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a man in a crown and robes, holding a book. Above him is a shield with a cross and a crown. To the left and right are lions and castles. The outer ring contains the Latin text "ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER CAETERAS SCIENTIARUM CONSPICUA".

**DEDUCCIÓN DE RESPONSABILIDAD A LAS ENTIDADES BANCARIAS POR
DAÑOS Y PERJUICIOS AL NO HACER EFECTIVO EL PAGO DE UN CHEQUE
ARGUMENTANDO FALTA DE CONFIRMACIÓN**

CARLOS ARTURO DE LEÓN DE LEÓN

GUATEMALA, JUNIO DE 2011

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

**DEDUCCIÓN DE RESPONSABILIDAD A LAS ENTIDADES BANCARIAS POR
DAÑOS Y PERJUICIOS AL NO HACER EFECTIVO EL PAGO DE UN CHEQUE
ARGUMENTANDO FALTA DE CONFIRMACIÓN**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CARLOS ARTURO DE LEÓN DE LEÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2011

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Héctor René Granados Figueroa
Vocal: Lic. Obdulio Rosales Dávila
Secretario: Lic. Nicolas Cuxil Güitz

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Mario Estuardo Gordillo Galindo
Vocal: Lic. Rolando Sandoval Amado
Secretario: Lic. Ronald David Ortiz Orantes

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y del Examen General Público).



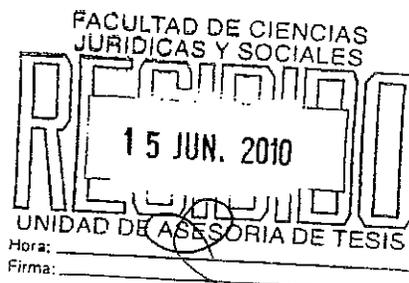
LIC. LUIS EDUARDO VILLEGAS POZAS
ABOGADO Y NOTARIO

6 Avenida 3-11 Zona 4, ciudad de Guatemala

Tel. 24112411 ext. 3002 - 55068237.

Guatemala, junio 14 de 2010

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lufin
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Licenciado:

En atención a la providencia de asesor de tesis, emitido por su despacho oportunamente, en el que se me nombra Asesor de Tesis del Bachiller **CARLOS ARTURO DE LEÓN DE LEÓN**, y oportunamente a proceder a emitir el dictamen correspondiente. Habiendo cumplido con asesorar el trabajo confiado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN

- a) El trabajo de tesis se intitula **“DEDUCCIÓN DE RESPONSABILIDAD A LAS ENTIDADES BANCARIAS POR DAÑOS Y PERJUICIOS AL NO HACER EFECTIVO EL PAGO DE UN CHEQUE ARGUMENTADO, FALTA DE CONFIRMACIÓN”**
- b) El tema que investigó el bachiller **CARLOS ARTURO DE LEÓN DE LEÓN**, es un tema de suma importancia e innovador en la materia del derecho mercantil y bancario.
- c) La bibliografía y leyes examinadas son las adecuadas para el profundo estudio jurídico y doctrinario del tema investigado y la metodología de derecho comparado y científico redundan en darle un valor de obra de consulta.



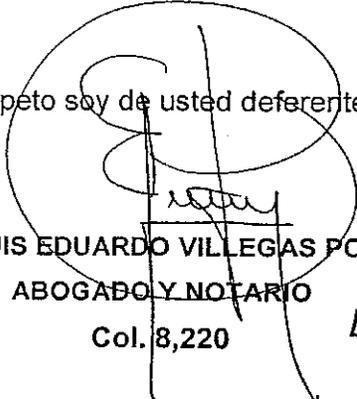
- d) Durante el tiempo empleado en la asesoría de la presente investigación de manera conjunta analizamos los diferentes aspectos y procedimientos a puntualizar, en la cual ambos estuvimos de acuerdo.

- e) Por lo anteriormente relacionado concluyo informando a usted que procedí a **ASESORAR** el trabajo encomendado, por lo que me permito:

OPINAR

En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliográfica utilizadas, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Publico, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorado, para que continúe su trámite.

Con las muestras de mi respeto soy de usted deferentemente servidor.


LIC. LUIS EDUARDO VILLEGAS POZAS
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 8,220

Lic. Luis Eduardo Villegas Pozas
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

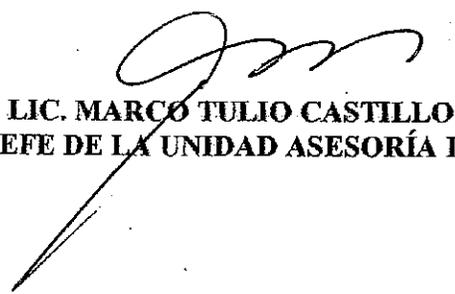
Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinticuatro de junio de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) LEONEL BATRES GALVEZ para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CARLOS ARTURO DE LEÓN DE LEÓN, Intitulado: "DEDUCCIÓN DE RESPONSABILIDAD A LAS ENTIDADES BANCARIAS POR DAÑOS Y PERJUICIOS AL NO HACER EFECTIVO EL PAGO DE UN CHEQUE ARGUMENTADO FALTA DE CONFIRMACIÓN".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



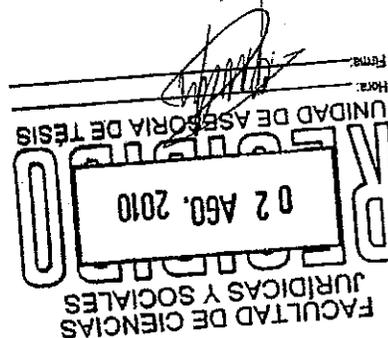
cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh.



LIC. LEONEL BATRES GALVEZ.
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 8,499
0 calle "D" 8-43 Zona 2 Villa Nueva
TELÉFONO. 56960866 - 50601510

Guatemala, Julio 02 de 2010

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Licenciado:

Me honra informarle que en cumplimiento de la resolución de esa unidad, por la cual se me otorga el nombramiento para **REVISAR** el trabajo de tesis del bachiller **CARLOS ARTURO DE LEÓN DE LEÓN**, intitulado: "**DEDUCCIÓN DE RESPONSABILIDAD A LAS ENTIDADES BANCARIAS POR DAÑOS Y PERJUICIOS AL NO HACER EFECTIVO EL PAGO DE UN CHEQUE ARGUMENTADO FALTA DE CONFIRMACIÓN**", procedí a la revisión del trabajo de tesis en referencia.

Realicé la revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción; que consideré que en su momento serán necesarias para mejor comprensión del tema que se desarrolla; asimismo fue oportuno modificar en el título del trabajo de tesis en mención la palabra **ARGUMENTADO** por **ARGUMENTANDO**; quedando de la siguiente forma "**DEDUCCIÓN DE RESPONSABILIDAD A LAS ENTIDADES BANCARIAS POR DAÑOS Y PERJUICIOS AL NO HACER EFECTIVO EL PAGO DE UN CHEQUE ARGUMENTANDO FALTA DE CONFIRMACIÓN**".

El tema está redactado de una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando las instituciones jurídicas relacionadas al mismo, definiciones y doctrinas, así como la regulación legal de la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y leyes aplicables a nuestro derecho positivo, al igual la

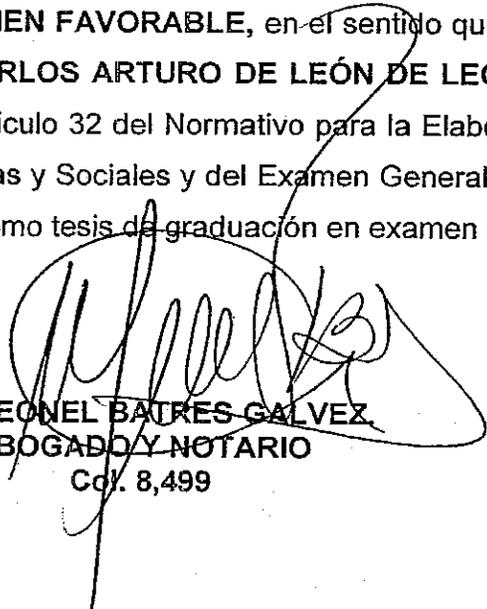


utilización de derecho comparado, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.

En tal virtud el contenido de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, ya que la recolección de información realizada fue de gran apoyo a su investigación, dado que el material es considerablemente actual y vanguardista, con lo cual el sustentante aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, por lo que pueden ser sometidos a su discusión y aprobación definitiva, pero en cualquier caso, se encuentran fundamentados, pues son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado, las mismas son objetivas, realistas y bien delimitadas. **Resalto que atendió las sugerencias y observaciones señaladas**, defendiendo con fundamento aquellas que consideró necesario. En cuanto a la estructura formal de la tesis, la misma fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documental que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en el sentido que el trabajo de tesis desarrollado por el bachiller **CARLOS ARTURO DE LEÓN DE LEÓN**, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que puede ser impreso y discutido como tesis de graduación en examen público.


LIC. LEONEL BATRES GALVEZ
ABOGADO Y NOTARIO
Céd. 8,499

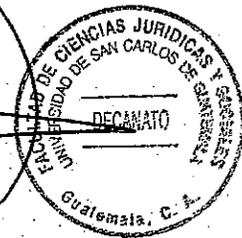


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinticinco de febrero del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CARLOS ARTURO DE LEÓN DE LEÓN, Titulado DEDUCCIÓN DE RESPONSABILIDAD A LAS ENTIDADES BANCARIAS POR DAÑOS Y PERJUICIOS AL NO HACER EFECTIVO EL PAGO DE UN CHEQUE ARGUMENTANDO FALTA DE CONFIRMACIÓN. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser supremo que guía mi camino y que nunca me abandona en la adversidad. Merecedor de toda honra, porque de Él, para Él y por Él son todas las cosas, fuente inagotable de conocimiento y sabiduría.
- A MIS PADRES:** Tomás de León de León y Celestina de León, por darme la vida y ser parte esencial en ella, porque gracia a su amor incondicional, su apoyo y sabiduría, han logrado que hoy culmine este triunfo.
- A MIS HERMANOS:** Catarina, Juna, María, Ana Izabel, Elena, Cristobal, Miguel Ángel, de los apellidos de León de León, por haberme apoyado en todo momento, y en especial a Eusebio de León de León, por ser base fundamental en la culminación de mi carrera, gracias por su cariño y apoyo incondicional.
- A MI ESPOSA:** Dora María Tipáz, por su apoyo y palabras de aliento en los momentos difíciles de mi carrera.
- A MIS AMIGOS:** Antonio Cos, Byron Barrios, Mario Blanco, Carlos Poncio, Lorenzo Renoj, Felipe Reanda, Rubén Darío, Lisa Gonzales, Veronica Afre, Evelyn Solis, Brenda Morales, Fabiola Ruano, Brenda Pirir.
- A LOS LICENCIADOS:** Wilber Navarro, Rodolfo Quiñones, Daniel Tejeda, Welmer Gómez, Ivan Ochoa, Mario Monzón, agradecimiento muy especial por todo su apoyo y colaboración en mi preparación académica.
- EN ESPECIAL A:** La gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, centro de estudios donde realice mis sueños y forjadora de mejores profesionales en el país, y a la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que hoy me honra con tan preciado galardón. A quien pondré muy en alto en el noble ejercicio de la profesión.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho bancario.....	1
1.1. Origen del derecho bancario.....	1
1.2. Definición de derecho bancario.....	2
1.3. El derecho bancario en la legislación guatemalteca.....	3
1.4. Operaciones que realizan los bancos.....	7
1.5. Funciones que desarrollan las instituciones bancarias.....	12
1.6. La Junta Monetaria.....	14
1.7. Funciones de la Junta Monetaria.....	16

CAPÍTULO II

2. El cheque.....	21
2.1. Antecedentes.....	21
2.2. Definición.....	25
2.3. Teorías que explican la naturaleza jurídica.....	27
2.4. Elementos.....	32
2.5. Forma de circulación.....	36
2.6. El protesto del cheque.....	40

2.7. De la presentación y pago.....40

2.8. Modalidades del cheque.....44

CAPÍTULO III

3. Prácticas bancarias.....61

3.1. La confirmación del cheque.....62

3.2. La garantía de endoso.....62

3.3. Restricciones en el número de endosos.....66

3.4. Negación de pago cuando el endoso consta en hoja adherida al cheque.....66

3.5. Forma de pago de cheques utilizada por los bancos.....67

CAPÍTULO IV

4. Los daños.....79

4.1. Definición de daño.....79

4.2. Clases de daño que enmarca la doctrina.....83

4.3. Regulación legal de los daños.....87

4.4. Características.....90

4.5. Clases de daños.....92

4.5.1. Según la materia que los regula.....92

4.6. Según las consecuencias o efectos que producen.....97

	Pág.
4.7. Recopilación analítica sobre los responsables civiles.....	98
4.8. La responsabilidad civil derivada del delito de daños.....	100
4.9. Definición de perjuicio.....	103

CAPÍTULO V

5. Deducción de responsabilidad a las entidades bancarias, por daños y perjuicios al no hacer efectivo el pago de un cheque argumentando falta de confirmación.....	107
5.1. La negativa del banco de pagar un cheque librado legalmente.....	107
5.2. La confirmación del cheque.....	109
5.3. Confirmación de cheques del banco nacional de Costa Rica.....	111
5.4. Confirmación de cheques del banco industrial, sociedad anónima.....	112
5.5. Entidad bancaria que debe realizar el control de la legitimación al portador.....	113
5.6. Riesgos derivados del pago indebido del cheque.....	113
CONCLUSIONES.....	117
RECOMENDACIONES.....	119
BIBLIOGRAFÍA.....	121

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, se realizó con el propósito de analizar jurídicamente la negativa del banco de pagar un cheque argumentando falta de confirmación, observando que se producen consecuencias jurídicas a toda persona tenedora de un título de crédito, como lo es el cheque cuando cumple con todos los requisitos que establece la ley. Desde el momento que el beneficiario realiza un negocio jurídico con el librador tiene la certeza que por medio de un cheque va a recibir una determinada cantidad de dinero, sin necesidad de obtener la confirmación por parte del librador.

El objetivo general de la investigación fue determinar la deducción de responsabilidad a las entidades bancarias por daños y perjuicios al no hacer efectivo el pago de un cheque argumentando falta de confirmación ya que esta consiste en notificar por vía telefónica al librador, cuando un cheque de cierta cantidad establecida por el banco es presentado al cobro, a efecto que autorice la realización del pago en cuyo defecto éste no se efectúa; y los específicos fueron: dar a conocer que el cheque es un mandato escrito de pago, para cobrar una cantidad determinada de los fondos que quien lo expide tiene disponibles en un banco, establecer que cheque deberá ser pagado por el banco girado, en el momento de su presentación, cumpliendo así con la promesa dineraria que al emitirlo ofreció el girador, comprobar que la confirmación consiste en notificar por vía telefónica al librador, cuando un cheque de cierta cantidad establecida por el banco es presentado al cobro, a efecto que autorice la realización del pago en cuyo defecto éste no se efectúa, dar a conocer que el librador debe tomar en cuenta que la orden de pago tiene que ser real y legítima, para que a la hora de hacer efectivo un cheque sea hecho válidamente, por lo tanto el librado debe confirmar sólo cuando se observa falsa la firma; en este caso en ningún numeral de la ley establece cierta cantidad de dinero, por lo cual no deben retener demasiado al beneficiario, ya que recae en responsabilidad civil como penal. La hipótesis, consiste en la necesidad de deducción de responsabilidad a las entidades bancarias por daños y perjuicios al no hacer efectivo el pago de un cheque argumentando falta de confirmación ya que las entidades bancarias al no hacer efectivo el pago de un cheque argumentando falta de confirmación afectan al usuario en por daños y perjuicios cuando un cheque de cierta cantidad establecida por el banco es presentado al cobro, a efecto que autorice la realización del pago en cuyo defecto éste no se efectúa.

El banco está obligado a hacer efectivo los cheques girados legalmente y no debe haber negativa por éste cuando es por justa causa u orden judicial que lo libere de tal obligación ya que, de lo contrario, recae en consecuencias jurídicas tanto el librado como el librador, sabiendo que del incumplimiento de esta obligación contractual son las que establece en derecho común; resarcimiento de los daños y perjuicios. La confirmación del cheque es una práctica que realizan los bancos, lo cual la ley no regula, es una práctica bancaria la cual consiste en que el librado al momento de pagar un cheque que excede de cierta cantidad de dinero; hace una llamada telefónica al librador preguntándole si le hacen o no efectivo el cheque que giro al beneficiario, aunque dicho título de crédito cumpla con todos los requisitos que establece la ley, analizando que dicha práctica no se encuentra regulada en ningún precepto de la ley.

Esta tesis está contenida en cinco capítulos, de los cuales el primero tiene como propósito el estudio del derecho bancario, el derecho bancario en la legislación guatemalteca, funciones que desarrollan las instituciones bancarias; el segundo, tiene el propósito de estudiar el cheque, forma de circulación, de la presentación y pago, efectos del retardo en la presentación; el tercero, busca establecer las prácticas bancarias, la confirmación del cheque, forma de pago de cheques utilizada por los bancos; el cuarto capítulo, está dirigido a describir los daños y perjuicios, clases de perjuicios que enmarca la doctrina y, el quinto, trata lo relacionado en la deducción de responsabilidad a las entidades bancarias, por daños y perjuicios al no hacer efectivo el pago de un cheque argumentando falta de confirmación, la negativa del banco de pagar un cheque librado legalmente, la confirmación del cheque, asignación legal de responsabilidad, características de la responsabilidad civil asignada al girado, responsabilidad del girado por el no pago del cheque.

Para el desarrollo del trabajo se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, sintético, inductivo, deductivo y las técnicas de investigación utilizadas fueron la documental y la científica jurídica.

Por lo anterior, el presente trabajo de tesis servirá como aporte académico a la Universidad de San Carlos de Guatemala, a estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por lo interesante del tema de investigación jurídico.

CAPÍTULO I

1. Derecho bancario

El derecho bancario adquiere un lugar importante, en torno al cual girarán todas las operaciones que realizan las organizaciones financieras en los países; de otro modo sin la existencia de éstos grupos financieros, los estados no podrían realizar sus fines, por lo tanto, los bancos, tanto nacionales como internacionales, tienen una función importante en las economías de los países, debido a la complejidad de operaciones que se realizan a nivel financiero es por ello que se hace indispensable la existencia de los mismos, pero para poder operar, necesitan estar regulados, debido al desarrollo económico y social del país requiere de un sistema bancario confiable, solvente, moderno y competitivo.

1.1. Origen del derecho bancario

El escritor González Arévalo, Carlos, comenta que “los bancos nacieron cuando los antiguos joyeros y orfebres fueron realizando la práctica de conservar el oro y materias preciosas de sus clientes para mayor seguridad de éstos. Al principio funcionaban como un simple almacén en el que se le facilitaba al depositante un recibo que, más tarde, le serviría para recuperar su oro depositado, pagando sólo una pequeña suma por el servicio que se le había prestado.”¹

Como el dinero sólo sirve evidentemente, por lo que podemos adquirir con él , y no por sí mismo, además de lo cual es un bien fungible, lo que quiere decir que un dólar es igual que otro, y que un lingote de oro es tan puro como otro lingote, por eso aquellos joyeros se dieron cuenta que no era preciso almacenar el oro recibido de forma que se le devolvieran

¹ González Arévalo, Carlos. **Introducción a la economía política.** Pág. 1.

al cliente exactamente las mismas piezas o lingotes que él había depositado, pues lo que le importaba al cliente era un recibo de que había depositado oro o dinero por determinado valor, aunque no fuesen las mismas monedas entregadas por él. El hecho expuesto es muy importante, en él radica la diferencia básica entre un banco actual y un almacén de depósito.

1.2. Definición de derecho bancario

El licenciado Martínez Gálvez Arturo, define al derecho bancario como: “El conjunto de normas jurídicas que regulan la organización y el funcionamiento y las operaciones de los bancos, como contratos típicos, es decir que el derecho bancario se ocupa del banco como institución y de su régimen jurídico y de su actividad mercantil.”²

El jurista Garrone José Alberto, define al derecho bancario como: “Conjunto de normas jurídicas que se refieren a la actividad de los bancos. Esta actividad tiene un sujeto actor, y, desde un punto de vista jurídico, consiste en el establecimiento de relaciones patrimoniales con otros sujetos, mediante la conclusión de contratos. Se evidencia así un doble aspecto del derecho bancario, distinguiéndose entre normas que afectan a la institución bancaria, es decir, a los bancos como sujetos de aquella actividad y normas que afectan a la actividad misma”.³

Para el sustentante el derecho bancario es el conjunto de normas que regulan la moneda, el cambio y el crédito para crear y mantener condiciones favorables para el desarrollo ordenado de la economía nacional y crea la institución adecuada para la consecución de dichos fines.

² Martínez Gálvez, Arturo. **Derecho bancario**. Pág. 17.

³ Garrone, José Alberto. **Diccionario manual jurídico**. Pág. 274.

1.3. El derecho bancario en la legislación guatemalteca

Es importante hacer mención lo relativo al régimen legal de la banca oficial en Guatemala, se ha transformado radicalmente a raíz de la reforma que se ha implementado, a fin de mantener una banca confiable con una organización mejorada y con caracteres propios.

Siendo una parte de la actividad social regulada, cuando el Estado emite y regula lo relativo a los bancos, lo hace con arreglo a un conjunto de preceptos que le otorgan las mismas leyes; atendiendo a todo un proceso de cambios sociales y políticos que surgen interna como externamente asimismo atendiendo a los procesos de apertura de las economías, en la actualidad los bancos del sistema necesitan de una normativa moderna, que les permita desarrollar eficazmente sus operaciones y de prestar mejores servicios a todos los usuarios.

En Guatemala la legislación bancaria ha tomado un nuevo auge e importancia debido a las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias surgidas.

Se hace necesario fortalecer el buen funcionamiento del sistema financiero del país; a la luz de esos cambios que se han registrado, se ha considerado importante la necesidad de emitir la legislación apropiada en materia cambiaria que permita, por un lado, generar confianza en los agentes económicos

Por el otro, revestir de certeza jurídica en las operaciones que se efectúen en el país y el marco legal aplicable al sistema financiero está conformado por un conjunto de normas de carácter obligatorio que van desde las de ordenes constitucionales, ordinarias y reglamentarias.

Entre la cuales encontramos las siguientes:

a) Constitucional

La Constitución Política de la República de Guatemala, en la sección décima, referente al régimen económico y social, en su Artículo 119, literal k, regula que es obligación fundamental del Estado proteger la formación del capital, el ahorro la inversión.

La actividad del Estado, que se califica de fundamental, no puede agotarse, estar estático, en un solo acto, sino observar que las condiciones que ha regulado se mantengan. El Artículo 132 del mismo cuerpo legal establece, es potestad del Estado, emitir y regular la moneda, así como formular y realizar las políticas que tiendan a crear y mantener condiciones cambiarias y crediticias favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional.

Las actividades monetarias, bancarias y financieras, estarán organizadas bajo el sistema de banca central, el cual ejerce vigilancia sobre todo lo relativo a la circulación de dinero y a la deuda pública. Dirigirá éste sistema, la Junta Monetaria, de la que depende el Banco de Guatemala.

La importancia del derecho bancario guatemalteco, es obtener un desarrollo ordenado de la economía nacional, a favor de toda la colectividad que integra una comunidad organizada. La actividad bancaria se materializa a través de toda gestión de intermediación profesional en los créditos, realizados por los bancos y entidades financieras autorizadas.

Además el Artículo 133 de la Constitución Política de la República de Guatemala, acepta que la Junta Monetaria tendrá a su cargo la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país y velará por la liquidez y solvencia del sistema bancario nacional, asegurando la estabilidad y el fortalecimiento del ahorro nacional.

Asimismo, reconoce a la Superintendencia de Bancos, como el órgano que ejerce la vigilancia e inspección de bancos, instituciones de créditos, empresas financieras, entidades afianzadoras, de seguros y los demás que la ley disponga.

Se justifica y califica como razonable que el legislador otorgara facultades a la Junta Monetaria para poder modificar todo lo relativo a las instituciones bancarias. En virtud que es la institución encargada de todo lo relativo de la banca nacional.

b) Leyes ordinarias

La Ley Orgánica del Banco de Guatemala, Decreto Número 16-2002 del Congreso de la República, regula todas las actividades y operaciones propias del Banco de Guatemala en su carácter de banco central, dentro de ellas la creación y mantenimiento de las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias más favorables al desarrollo ordenado de la economía nacional; así también establece un órgano encargado de la supervisión del sistema financiero nacional denominado Superintendencia de Bancos.

La Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República, regula entre otros los procedimientos para la constitución, autorización, capital, administración de bancos, la constitución y organización de grupos financieros las operaciones y servicios que puedan efectuar los bancos, la administración de riesgos, el régimen de contabilidad y divulgación de información, la regulación, suspensión y exclusión de activos, la creación del fondo para el ahorro, asimismo las respectivas sanciones, prohibiciones y limitaciones, suspensión de operaciones, liquidación de bancos y grupos financieros, el establecimiento y clausura de sucursales de bancos extranjeros, entidades fuera de plaza (off-shore) y los cambios sustanciales en otras disposiciones que ya se encontraban vigentes.

El sistema bancario nacional guatemalteco está regulado por una diversidad de leyes como Ley Monetaria, Decreto Número 17-2002 del Congreso de la República, la cual regula todo lo relativo a la unidad monetaria, emisión y curso legal de la moneda nacional, las divisas y reservas monetarias internacionales, contemplando los mecanismos para la estabilidad monetaria, así como la libre convertibilidad, movimiento de capitales.

Considerando que corresponde a la Superintendencia de Bancos, el cumplimiento de las funciones constitucionales y legalmente asignadas, el marco legal que dote al órgano de supervisión, de la capacidad para desarrollar su labor de vigilancia.

La Ley de Supervisión Financiera, Decreto Número 18-2002 del Congreso de la República, surge como consecuencia de la aprobación del plan de reorganización de la Superintendencia de Bancos contempla; el fortalecimiento e independencia funcional del órgano supervisor, facultades para realizar supervisión consolidada sobre los grupos financieros, formalizándose el intercambio de información con otros organismos de supervisión.

Se deben mencionar otras leyes financieras aplicables al sector bancario como las siguientes: Ley de Libre Negociación de Divisas, Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, así como las leyes de carácter general, aplicables en cierta forma a las instituciones bancarias.

c) Reglamentarias

En estas disposiciones se contemplan las resoluciones emitidas por la Junta Monetaria, del Banco de Guatemala, la Superintendencia de Bancos, los Acuerdos Gubernativos.

d) Otras disposiciones

Dentro de este marco legal se mencionan: La legislación internacional, elaborado por el Comité de Basilea, directamente a través de sus múltiples relaciones con las instituciones bancarias de los países del mundo, con el fin de unificar en lo posible, procedimientos y criterios de supervisión evitando la crisis bancaria.

1.4. Operaciones que realizan los bancos

La actividad bancaria moderna, está inmersa en una serie de operaciones autónomas particulares de muy variado carácter, determinado por su contenido económico y dinamismo y creatividad en la prestación de servicio. Esta actividad está sujeta a la regulación de normas jurídicas legales, reglamentarias, según sea el tipo de operación que se trate; el aspecto jurídico está dado por el nacimiento de una relación entre las partes que intervienen derivando derechos y obligaciones.

En este sentido, los autores Boneo Villegas Eduardo y Barrera Delfino, Eduardo sostienen que “la operación bancaria es la realidad económica que subyace debajo del concepto jurídico contrato; es la substancia del contrato bancario.”⁴ Resulta que las operaciones bancarias forzosamente se reducen a contratos; esto en otras palabras, el contrato bancario, no es otra cosa que su esquema jurídico. Este contrato se efectúa siempre entre la entidad financiera y su cliente y se basa en un consentimiento, en un acuerdo entre ambos para arreglar el objeto de la operación. Se trata, por consiguiente de contratos singulares estipulados por el banco y su cliente, los cuales constituyen la base de cada operación bancaria.

⁴ Boneo Villegas, Eduardo, Barrera Delfino, Eduardo A. **Contratos bancarios modernos**. Pág. 46.

En su orden de ideas, el jurisconsulto Bonfanti, Mario Alberto considera: “La actividad del banco se concreta en operaciones o más exactamente en contratos. De hecho ambas expresiones operaciones bancarias y contratos bancarios son en esencia equivalentes”.⁵ La compleja actividad del banco crea los negocios jurídicos más variados.

Derivado de la modernización aplicable al sistema bancario guatemalteco, a partir del 1 de junio de 2002, entraron en vigencia nuevas leyes, como ya anteriormente se indicó, el Estado pretende consolidar el desarrollo del sistema financiero, con el objeto de realizar eficazmente sus operaciones en beneficio de sus usuarios, tomando en cuenta el fenómeno de la globalización y por ende el desarrollo de los mercados financieros internacionales. De conformidad con el Artículo 41. Ley de Bancos y Grupos Financiero, otorga la facultad a los bancos autorizados en el país y describe las operaciones y servicios que puede prestar un banco, pudiendo realizar las operaciones tanto en moneda nacional o extranjera de la siguiente forma:

a) Operaciones pasivas

El tratadista Guzmán, Jorge, lo define como: “Aquellas mediante las cuales, los bancos reciben medios y disponibilidades monetarias y financieras de sus clientes y de otras entidades crediticias para aplicarlas a sus fines propios”.⁶ Dentro de las cuales tenemos

- a) Recibir depósitos monetarios;
- b) Recibir depósitos a plazo;
- c) Recibir depósitos de ahorro;

⁵ Bonfanti, Mario Alberto. **Manual de derecho bancario**. Pág. 113.

⁶ Guzmán, Jorge, et. al. **Aspectos jurídicos de las operaciones bancarias**. Pág. 6.

- d) Crear y negociar bonos y / o parajes, previa autorización de la Junta Monetaria;
- e) Obtener financiamiento del Banco de Guatemala, conforme a la ley orgánica de éste;
- f) Obtener créditos de bancos nacionales y extranjeros;
- g) Crear y negociar obligaciones convertibles;
- h) Crear y negociar obligaciones subordinadas; y
- i) Realizar operaciones de reporto como reportado.

b) Operaciones activas

Para Ruiz Torres Humberto Enrique “son las que realizan las instituciones bancarias con el objeto de canalizar recursos financieros u otros tipos de bienes, o aquellas mediante las cuales asumen obligaciones por cuenta de terceros, independientemente de sus formas jurídicas de normalización de instrumentos o de registros contables.”⁷

Dentro de las operaciones activas que realizan los entes bancarios podemos mencionar las siguientes:

- a) Otorgar créditos;
- b) Realizar descuentos de documentos;
- c) Otorgar financiamiento en operaciones de cartas de crédito;
- d) Conceder anticipos para exportación;

⁷ Ruiz Torres Humberto Enrique. **Derecho bancario**. Pág. 163.

- e) Emitir y operar tarjeta de crédito;
- f) Realizar arrendamiento financiero;
- g) Realizar factoraje;
- h) Invertir en títulos valores emitidos y/ o garantizados por el Estado, por los bancos autorizados de conformidad con esta ley o por entidades privadas. En el caso de la inversión en títulos valores emitidos por entidades privadas. En el caso de la inversión en títulos valores emitidos por entidades privadas, se requerirá aprobación previa de la Junta Monetaria;
- i) Adquirir y conservar la propiedad de bienes inmuebles o muebles, siempre que sean para su uso, sin perjuicio de lo previsto para la realización de arrendamiento financiero;
- j) Constituir depósitos en otros bancos del país y en bancos extranjeros; y,
- k) Realizar operaciones de reporto como reportador.

c) Operaciones de confianza

Son las que realizan las instituciones bancarias actuando como mandatarios o depositarios, con el objeto de prestar los servicios que no impliquen intermediación financiera como tampoco compromisos financieros para las mismas. Quedando consignado en los convenios o contratos celebrados entre las partes contratantes, dentro de las cuales mencionamos las siguientes:

- a) Cobrar y pagar por cuenta ajena;

- b) Recibir depósitos con opción de inversiones financieras;
- c) Comprar y vender títulos valores por cuenta ajena; y,
- d) Servir de agente financiero encargándose del servicio de la deuda, pago de intereses, comisiones y amortizaciones.

d) Pasivos contingentes

Este tipo de operación se caracteriza porque generan una obligación derivada de hechos o acontecimientos inciertos, dentro de ellos tenemos los siguientes:

- a) Otorgar garantías;
- b) Prestar avales;
- c) Otorgar fianzas; y,
- d) Emitir o confirmar cartas de crédito.

e) Servicios

Como aspecto relevante, se puede mencionar la existencia de una actividad secundaria en la banca, consiste en la prestación de una serie de servicios accesorios, que pueden implicar o no riesgos, por lo que se va obtener un ingreso por la misma, dentro de ellos mencionamos los siguientes:

- a) Actuar como fiduciarios;
- b) Comprar y vender moneda extranjera, tanto en efectivo como en documentos;

- c) Apertura de cartas de crédito;
- d) Efectuar operaciones de cobranza;
- e) Realizar transferencia de fondos; y,
- f) Arrendar cajillas de seguridad.

La prestación de una diversidad de productos y servicios a través de una entidad bancaria, permite consolidar el aprovechamiento de éstos entes financieros. Cabe mencionar que las ventajas de la banca se manifiesta beneficiando a los usuarios, así como generando mayor eficiencia al sistema financiero.

1.5. Funciones que desarrollan las instituciones bancarias

“El sistema financiero tiene como función y cometido, la creación, el intercambio, la transferencia y liquidación de activos y pasivos financieros, y constituye un sector más de la economía dedicado no a la producción de bienes, si no a la prestación de servicios, los llamados servicios financieros.”⁸

Todas las instituciones que conforman el sector financiero, realizan la función de intermediación financiera, al establecer una relación entre los inversionistas y los prestamistas. Lo anterior contribuye al desarrollo y crecimiento económico, al promover la adecuada asignación de los recursos financieros, que se traduce en ejemplo, de producción, generación de riqueza: y además, ofrece a los ahorrantes, una reducción del riesgo a través de la diversificación de transacciones financieras. La teoría de la banca clasifica las funciones de los bancos en cuatro grandes categorías:

⁸ Banco de Guatemala. **Boletín informativo**. Pág. 1.

a) Facilitan el acceso a un sistema de pago

Para Rochet Frexias es “la seguridad jurídica y la eficacia en la prestación de servicios, y pago han sido un motivo fundamental de preocupación para los gobiernos y los bancos centrales, sobre todo desde la liberación y la globalización de los mercados financieros, que han traído consigo un gran aumento de pagos interbancarios, tanto a nivel nacional como internacional.”⁹

b) Transforman activos

- a) La conveniencia de la denominación: el banco elige la magnitud unitaria (denominación) de sus productos (depósitos y créditos) que conviene a sus clientes, es decir, que los bancos en su papel de intermediarios reciben depósitos y los invierten en préstamos;
- b) Transforman calidades: se refiere a que el banco emite un título propio,
- c) Ofrece una combinación de riesgo y rendimiento;
- d) Transformación de vencimientos: conlleva necesariamente un riesgo, ya que los activos de los bancos no son líquidos, dados los derechos de los depositantes.

Es decir, que los bancos transforman los títulos de corto plazo, ofrecidos a los depositantes en los títulos de largo plazo que desean los prestatarios.

⁹ Rochet Frexias. **Economía bancaria**. Pág. 2.

c) Gestionan el riesgo

Continua manifestando Rochet Frexias que “Normalmente para la gestión bancaria se definen tres riesgos que afectan a los bancos: el riesgo crediticio, el riesgo de tipos de interés, y el riesgo de liquides”.¹⁰

d) Procesan la información y supervisan a los prestatarios

Esto es debido a que los bancos desempeñan una función específica en la gestión de los problemas que plantea la información incompleta sobre los prestatarios. Lo que significa que los bancos puedan invertir en tecnología informática que les permita seleccionar las diferentes demandas de préstamos que reciben y supervisan los proyectos, con el fin de limitar que se realice un proyecto diferente al que se acordó inicialmente.

1.6. La Junta Monetaria

Es un cuerpo colegiado, por tanto la voluntad del órgano lo integran varias personas que tienen la calidad de miembros directores. Estos miembros directores no pertenecen a un solo sector sino a varios, por lo cual la voluntad del órgano trasunta un querer compartido, al menos en su mayoría, por varios sectores que no son, precisamente, representativos. Esto es que los miembros como tales, son simplemente directores del órgano público, sin vínculos con ningún sector.

En la actualidad, los propios miembros de la Junta Monetaria, como las autoridades y funcionarios del Banco de Guatemala, la Junta Monetaria está integrada por dos grandes sectores: público y privado, y que los miembros de cada uno de éstos sectores, son representativos de los mismos, lo cual es un error, por cuanto que si, bien dichos sectores

¹⁰ **Ibid.** Pág. 7.

nombran o eligen a los que habrán de ser miembros de la Junta Monetaria, ello no quiere decir que una vez electos y tomado posesión del cargo, sean representantes del que los nombró o del que los eligió.

Semejante apreciación desnaturalizaría totalmente los objetivos y fines de la entidad, como infortunadamente, ha sucedido más de una vez. Los miembros de la Junta Monetaria son funcionarios que deben actuar conforme la ley, esto es, con fines a la satisfacción de intereses públicos, cumpliendo con los preceptos contenidos, en la Ley Orgánica del Banco de Guatemala.

Para el tratadista guatemalteco Martínez Gálvez menciona que “la composición diversa de la Junta Monetaria, responde al deseo de la norma bancaria de que cada uno de los miembros, con su respectivo saber y conocimiento de la economía nacional, concurra a formar la voluntad del órgano colegiado, aplicando correctamente la ley bancaria, creando normas reglamentarias o normas individualizadas.”¹¹

Aunque a la Junta Monetaria le compete la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia, según señala el Artículo 133 de la Constitución Política de Guatemala, existe en los textos normativos una serie de funciones que se traducen en atribuciones, deberes y facultades que tienen aspectos puramente técnicos y que no determinan en sí una política, por lo que la labor del órgano se torna delicada y compleja.

La Constitución Política de la República, determina que la Junta Monetaria, es el órgano máximo del Banco de Guatemala; es el órgano superior de la institución y por lo tanto le corresponde la dirección general de ésta. Como órgano supremo tiene a su cargo la

¹¹ Martínez Gálvez, **Ob. Cit.** Pág. 171.

determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia de la República. En la Junta Monetaria descansa la responsabilidad del Banco de Guatemala.

Desde éste punto de vista que es una realidad transmitida tanto por los autores que se han ocupado del estudio del tema, como por los mismos juzgadores, se justifica y califica como razonable que el legislador otorga facultades a la Junta Monetaria para poder modificar el monto de cobertura de los ahorros.

Es importante que esa facultad se confiere al órgano que constitucionalmente tiene asignada competencia y funciones no sólo para la determinación de la política monetaria, cambiaria y crediticia del país sino también para velar por la liquidez y solvencia de las instituciones bancarias, órgano que por otra parte, como rector del Banco de Guatemala, dirige el sistema de banca central y debe, con sus acciones y determinaciones, asegurar la estabilidad y el fortalecimiento del ahorro nacional, como lo preceptúa el Artículo 133 de la ley fundamental.

1.7. Funciones de la Junta Monetaria

“Como órgano superior ¿qué clase de funciones tiene la Junta Monetaria? Como órgano superior la Junta Monetaria tiene diversas funciones que se encuentran reguladas en la Constitución Política de la República de Guatemala, en la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, en la ley de Bancos y Grupos Financieros y en otras disposiciones de igual naturaleza Básicamente, las funciones son las siguientes”.¹²

¹² **Ibid.** Pág. 321.

a) Función política

“Una de las funciones más importantes de la Junta Monetaria, es la función política. La determinación y el desarrollo de la actividad monetaria, cambiaria y crediticia está sujeta a la conveniencia, necesidad y oportunidad de los intereses económicos del país, de acuerdo a las circunstancias prevalecientes en un momento dado. Sabemos que es un deber de la Junta Monetaria la determinación de la política de los renglones indicados, pero ¿cómo y por qué? Esta cuestión que habrá que decidirla a la luz de las condiciones que en un momento dado prevalezcan, esta decisión tiene el carácter de discrecional.

Por otro lado, el hecho de ser un órgano de dirección estatal, es un órgano político, en el sentido de su actuación conlleva esencial e inescindiblemente la de gobernar dentro del círculo de su competencia. Actuación ésta que tiene en sí misma una orientación política, para alcanzar los fines que le han sido adscritos.

b) Función administrativa

Para Martínez Gálvez Arturo “la Junta Monetaria, como órgano supremo del Banco de Guatemala desarrolla una función administrativa en cuanto que sus actos van encaminados a la realización de intereses públicos, con el fin de lograr un desarrollo ordenado de la economía nacional, para éste fin establece procedimientos y emite resoluciones que tiene efectos en el ámbito económico monetario; asimismo realiza una función administrativa en cuanto que emite instrucciones para el eficaz cumplimiento de sus mandatos, nombra su personal, acuerda su presupuesto y otorga autorizaciones de conformidad con la ley, así también cuando actúa como agente fiscal y banquero del Estado.”¹³

¹³ **Ibid.**

c) Función normativa

Tiene también una función normativa, creadora de preceptos en cuanto que emite reglamentos con base a la autonomía de que goza la institución. Continúa manifiesta Martínez Gálvez que “la potestad reglamentaria para darse sus propias normas y para emitir los reglamentos de acuerdo con su ley orgánica. La potestad reglamentaria es una de las funciones más fundamentales de la Junta Monetaria; a través de ella se va integrando un derecho bancario con características propias y definidas que, en cierto modo van siendo cuantitativamente más importantes que la ley ordinaria.”¹⁴

Merced a dicha función la Junta Monetaria determina su política, su actividad administrativa y fija directrices a los bancos del sistema para crear condiciones monetarias cambiarias y crediticias favorables a la economía nacional.

d) Función técnica

La Junta Monetaria también tiene una función técnica como consejero del Estado; en este sentido la Junta emite dictámenes cuando el gobierno central o las instituciones oficiales tengan el propósito de concertar operaciones crediticias en el exterior, así también cuando se pretenda contratar empréstitos en el interior del país.

Asimismo cuando las demás leyes exijan para la realización de ciertas operaciones crediticias, el dictamen de la Junta Monetaria tomando en cuenta las disponibilidades y las obligaciones del país, en relación con la balanza de pagos y el volumen del medio circulante.

¹⁴ Martínez Gálvez, Arturo. **Derecho bancario**. Pág. 17.

e) Función jurisdiccional

Mediante esta función la Junta Monetaria conoce las apelaciones interpuestas por los afectados en contra de las resoluciones dictadas por la Superintendencia de Bancos.

De acuerdo con el tratadista Miguel. S. Marienhoff, citado por Martínez Gálvez Arturo menciona que dicha función “tiene un carácter jurisdiccional, por cuanto el órgano administrativo en ejercicio de una facultad legal, a raíz de una reclamación del administrado, dicta una decisión, expresa y fundada, reconociendo o desestimando el derecho invocado, es un acto administrativo de sustancia jurisdiccional, por cuanto decide un recurso, declarando lo que es derecho en el caso ocurrente.”¹⁵

Lo que importa resaltar en esta oportunidad es el hecho de que la Junta Monetaria tiene también una función jurisdiccional que tiene perfiles propios, siendo por su propia naturaleza una actividad técnica que se resuelve de acuerdo con los principios y normas propios de los recursos.

¹⁵ Martínez, Gálvez Arturo. **Las crisis financieras y la supervisión.** Pág. 201.

CAPÍTULO II

2. El cheque

El jurisconsulto Ramírez Valenzuela, Alejandro menciona que es “el contrato de cheque es aquel en que el banco se obliga a recibir dinero de su cuenta habiente, a mantener el saldo de la cuenta a disposición de este y a pagar los cheques que el cliente libre con cargo al saldo de la cuenta. A la cuenta de cheques se le denomina en la práctica bancaria cuenta corriente de cheques, porque el cuenta-habiente hace entregas que se le abonan y libra cheques que se le cargan al ser pagados; por lo que la cuenta tiene una secuencia indefinida. Mes a mes, el banco envía al cuenta habiente su estado de cuenta, en que aparece el curso de la misma con sus cargos, abonos y saldos.”¹⁶

2.1. Antecedentes

Mucho se ha discutido acerca de los orígenes del cheque; en la antigüedad fue una práctica relativamente común depositar dinero en personas de confianza, a quienes el depositante daba instrucciones para que entregara algunas sumas a terceros.

De esta práctica surgieron instituciones como el cambium trajectitium, o cambio trayecticio que consistía en un contrato de cambio que creaba obligaciones recíprocas entre dos sujetos el cambista y el cambiario.

En virtud de este contrato, el cambista se obligaba a dar cierta suma de dinero en un lugar determinado y el cambiario se obligaba a entregar al cambista una cantidad de numerario a través del dinero que depositaba en otra persona en plaza distinta de la que se contrataba,

¹⁶ Ramírez Valenzuela, Alejandro. **Introducción al derecho mercantil y fiscal**. Pág. 217.

a través de órdenes de pago. Hacia la Edad Media con el notable desarrollo del comercio, las Ordenanzas de Bilbao regularon las libranzas o asignaciones, que quedaron definidas como mandatos de pago del depositante sobre el depositario y que proveían seguridad a los comerciantes al evitar la circulación de dinero en efectivo.

Al respecto don Joaquín Casasús, citado por Juan José González Bustamante en su obra el cheque; sostiene que “la libranza no es más que un cheque imperfecto, posición que aunque algunos autores adversan; en general se ha considerado como su más claro antecedente.”¹⁷ También se menciona como antecedente en Ámsterdam en el siglo XVI, las "letras de caja" cuyo uso también fue regulado. Las llamadas letras de caja, se fundamentaban en asignaciones que los comerciantes utilizaban como forma de retirar los capitales que daban a guardar a los depositarios.

Se menciona a Italia, Bélgica y Holanda como los primeros países que lo emplearon, pero la mayoría de autores coinciden al afirmar que el desarrollo del Banco de Inglaterra fue un acontecimiento muy significativo para fortalecer el uso del cheque. Cualquiera que haya sido el origen remoto del cheque, el mérito de haber perfeccionado la institución corresponde a la práctica bancaria inglesa, que uso constantemente este instrumento desde el siglo XVIII.

Con el uso y los avances de su regulación la institución fue perfeccionándose y difundiéndose hasta alcanzar la difusión e importancia que actualmente tiene en todo el mundo; al grado que su uso ha llegado a ser una operación que genera ciertos créditos a los bancos, por manejo de cuenta, por rechazo, por emisión de formularios, etc; transformándose hasta cierto punto en una actividad comercial generalizada en los distintos

¹⁷ González Bustamante, Juan José. **El cheque**. Pág. 162.

estratos sociales; lo cual hoy en día ha dejado sin vigencia la afirmación que según González Bustamante “la diferencia entre un hombre y un gentleman consiste en que aquél, paga con dinero las mercancías que obtiene y éste lo hace con cheques”¹⁸

En fin, aunque el origen del uso del cheque aún es muy discutido, la comprensión de la mecánica del cheque se puede facilitar si previamente se conocen los motivos prácticos de su existencia; motivos que, desde su origen hasta la fecha, han permanecido inalterables su operación está condicionada por la presencia de dos necesidades irreductibles, a saber; la seguridad que significa no traer consigo dinero en efectivo, por habérselo dejado a la persona que lo puede guardar sin correr riesgos, y la necesidad de hacer uso del dinero guardado, sin tener que acudir a pedirselo a quien lo tiene, en cada ocasión. La necesidad de la guarda del dinero la satisface el banco, y la necesidad de su uso la satisface justamente el cheque

El cheque es uno de los títulos de crédito cuyo origen se estudia dentro de la rama del derecho bancario, pues comúnmente se asocia su institucionalidad al fortalecimiento de esa actividad económica. Sin embargo, se ha dado casos en que la ley no exige que el sujeto contra quien se libere un cheque sea precisamente una entidad bancaria, tal es el caso del anterior Código de Comercio de Guatemala, aunque en la práctica únicamente sucedía de ese modo. El actual Código sí exige el Artículo 494 que el título sea librado contra un banco y en formularios que éste proporciona.

Aún cuando el cheque es un documento de origen antiguo, pues hay autores que lo remontan hasta la actividad comercial de Grecia y Roma, lo cierto es que dentro de la sistemática legislativa le corresponde a Francia ser el primer país que legisló sobre la

¹⁸ **Ibíd.**

materia en el año de 1885. Más tarde, en 1882, la ley inglesa conocida como Bill of Exchange Act, también sistematizó la existencia del cheque como instrumento de negociación.

Con este documento sucede igual cosa que con la letra de cambio, pues ha existido un movimiento internacional para unificar la legislación con el fin de facilitar las transacciones del comercio internacional: Reglamento Uniforme de la Haya (1912); Proyecto de la Cámara de Comercio Internacional (Estocolmo, 1927); Ley Uniforme del cheque (1931), entre otras.

El Código de Comercio de Guatemala regula este título del Artículo 494 al 543 inclusive, de los que se pueden extraer los siguientes principios básicos:

- a) Sólo se puede librar contra una institución bancaria;
- b) Sólo se puede redactar en formularios impresos y suministrados por los bancos;
- c) Pueden crearse a la orden o al portador;
- d) Para poder librar cheques es necesario la provisión de fondos en la persona del banco librado.

Muchos autores consideran que el cheque no es un verdadero título de crédito, si le damos a este término su verdadero significado. En verdad, el cheque no contiene un crédito; se le considera más un instrumento de pago, similar al papel moneda.

Si la denominación de los instrumentos negociables (letras, cheques, vales, pagarés, etc.) fuera la que usan los autores alemanes: Títulos Valores, no existiría contradicción en la ubicación del cheque, porque sí contiene un valor; mas no un crédito.

Sin embargo, como nuestra ley acogió la designación acuñada por Vivante, el cheque está tipificado como título de crédito; pero en esencia no lo es y por eso no debiera ser objeto de aval.

2.2. Definición

En el Diccionario de la Real Academia Española define el cheque como “mandato escrito de pago, para cobrar una cantidad determinada de los fondos que quien lo expide tiene disponibles en un banco.”¹⁹

Para el autor Rodríguez y Rodríguez Joaquín el cheque “es un título dirigido a una institución de crédito, según el cual se da la orden incondicional de pagar a la vista una cantidad determinada de dinero en la forma convenida, a cuenta de una provisión que previamente se hizo en dicha institución.”²⁰

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que forma parte de la legislación mexicana establece que el cheque como título de crédito es una orden de pago; pero solo puede ser expedido por quien teniendo fondos disponibles en una institución de crédito, sea autorizado por ésta para librar cheques a su cargo. El Código de Comercio de Costa Rica en el Artículo 5 lo define así: El cheque es una orden incondicional de pago girada contra un banco y pagadera a la vista.

Rodríguez Olivera Nuri, lo define como “orden o mandato de pago incorporado a un título de crédito que permite al librador disponer, a favor de una determinada persona o del simple portador del título, de fondos que tenga disponibles en un banco y cómo ...título de crédito, expedido a cargo de una institución de crédito (librado), por el librador, quien

¹⁹ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española.** Pág. 719.

²⁰ Rodríguez, Rodríguez, Joaquín. **Derecho bancario.** Pág.197.

estando autorizado por ésta, tiene en ella fondos disponibles y que contiene la orden incondicional de pagar a la vista una suma determinada de dinero, a la orden nominativa de alguna persona o al portador del título (tomador)”²¹ Entre muchas otras definiciones se dice también que:

El jurista Balsa Antelo hace referencia que el cheque “es una orden de pago pura y simple (sin condición alguna) librada contra el banco en el cual el librador tiene fondos depositados a su orden en cuenta corriente bancaria, o está autorizado para girar en descubierto”²² Mientras que Bolafio León, menciona que “es una orden o mandato de pago, dirigida por la persona que firma y expide (librador) a una entidad de crédito (librado) que tenga fondos a disposición del primero, para que proceda al pago de la suma determinada en el mismo”²³

Para Rodrigo Valenzuela Núñez citado por Sacher Santana, Alexandra Margarita; “es un título de crédito transferible por el cual el girador se obliga a pagar la suma de dinero en él consignada a su tenedor formalmente legítimo, en caso el banco girado no lo pague a su presentación por cualquier causa.”²⁴

No obstante existir una amplia gama de definiciones, ni en el Código de Comercio guatemalteco ni en la mayoría de legislaciones de Latinoamérica se encuentra una definición legal del cheque.

En todo caso y basado en el Código de Comercio se puede plantear la siguiente definición: Título de crédito que contiene la orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero, librada contra un banco: en el cual el librador debe tener fondos disponibles y autorización para disponer de ellos por medio de cheque.

²¹ Rodríguez Olivera, Nuri. **Cheques**. Pág. 183.

²² Balsa, Antelo. **El cheque y su régimen jurídico**. Pág. 160.

²³ Bolafio, León. **Derecho mercantil**. Pág. 95.

²⁴ Sacher Santana, Alexandra Margarita. **Títulos de crédito**. Pág. 15.

El cheque como la letra de cambio él y el pagaré son títulos de crédito de carácter formal que funcionan como medios de pago en el tráfico nacional e internacional. Tanto el cheque como la letra de cambio incorporan una orden incondicional de pago a favor de un tercero, aunque en el cheque puede ser a favor del mismo librador o del librado y no necesita de aceptación.

En todo caso el mandato es puro y simple y no puede subordinarse a ninguna condición, circunstancia no solo regulada en nuestro país sino también en la legislación comparada. Para Cervantes Ahumada, Raúl, es un “título de crédito en virtud del cual una persona llamada librador, ordena incondicionalmente a una institución de crédito, que es el librado, el pago de una suma de dinero a favor de una tercera llamada beneficiario.”²⁵

El cheque solo puede ser librado contra un banco, en formularios impresos suministrados o aprobados por el mismo. El Título que en forma de cheque se libre en contravención a este artículo no producirá efectos de título de crédito (Artículo 494 del Código de Comercio).

2.3. Teorías que explican la naturaleza jurídica

Sobre la naturaleza jurídica del cheque se han expresado diversas opiniones. Por la finalidad didáctica de este texto, sólo reseñaremos aquéllas que consideramos más importantes y que pueden tener relación con nuestro derecho vigente.

a) Del mandato

Para las legislaciones que usan la palabra mandato al expresar la orden de que se entregue determinada cantidad de fondos que señala el documento se inclinan en la teoría del mandato la que ha servido para explicar la naturaleza jurídica de la obligación contenida

²⁵ Cervantes Ahumada, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito**. Pág. 273.

en el cheque. No obstante, esta inclinación doctrinaria ha sido criticada con bases sólidas, sobre todo porque para que se dé el mandato debe existir un contrato de tal naturaleza. No hay mandato sin que previamente se celebre un contrato de mandato.

¿En qué forma se daría el mandato según esta teoría? Como mandato de pago, porque al crearse un cheque se está mandando a que el banco librado pague una suma de dinero al tenedor del título; o, como mandato de cobro en la medida de que se manda al tenedor a que cobre el documento.

En primer caso recordemos que el banco no es mandatario del cuenta habiente ya que su relación jurídica no deviene del contrato de mandato que tipifica el Código Civil; y, en el segundo, además del argumento anterior, se puede agregar que el tenedor de una cheque, al cobrarlo, actúa en interés propio y no de quien le creó el título. Además, ¿Cómo podría explicar esta teoría los cheques que se crean a favor del mismo propietario del depósito bancario? obviamente es una teoría que no tiene sustentación en el derecho guatemalteco, en el que la obligación que contiene el cheque se traduce en una orden de pago y no en un mandato de pago.

Esta teoría surge en la legislación francesa de 1865, tomando como base la definición legal que defina el cheque como un mandato de pago entre librador y librado; o bien como un mandato de cobro entre librador y tomador. Como lo cita González Bustamante, “el cheque es 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”.²⁶ Según esta teoría, el girador (mandante), da instrucciones al mandatario (librado) para que pague una suma de dinero al tenedor del documento.

²⁶ González Bustamante. **Ob. Cit.** Pág.29.

b) De la cesión

Según esta teoría, de origen francés, cuando una persona crea un cheque, está cediendo todo o parte de su derecho que tiene frente al banco librado. Para Garriguez Joaquín lo que se cede “es un derecho de crédito que el cuenta habiente tiene frente al banco”²⁷; pero, si fuera así, no se podría explicar cómo es posible revocar un cheque, si la cesión es una transmisión del dominio; y, cómo se podrían explicar los cheques en que el librador es el mismo tenedor beneficiario.

El cheque no puede desligársela de los usos bancarios, que den a las instituciones de crédito facultades para escoger sus clientes. Si el cheque fuera un medio de sustituir la clientela, el banco podría rehusar el pago de un cheque porque tiene libertad de contratar con quien más le convenga. Esta teoría pues, tampoco se ajusta a la verdadera operatividad del título estudiado.

Como lo cita Cervantes Ahumada, “el librador cede su provisión al librado, pero crítica la teoría, sosteniendo que la provisión no puede cederse porque es propiedad del banco, lo cual no resulta cierto, puesto que el dinero sólo está en depósito en la institución bancaria.”²⁸

Por otro lado, se le critica que la cesión implica la transmisión de un derecho, quedando el cedente desligado y sin facultades sobre el crédito cedido, sin embargo en el caso del cheque, el librador conserva el derecho de revocar la orden de pago por cualquier razón válida, lo cual resulta inaceptable con la cesión de derechos.

²⁷ Garriguez, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Pág. 218.

²⁸ Cervantes Ahumada, Raúl. **Nociones generales del derecho mercantil**. Pág. 361.

c) el contrato a favor de un tercero

Esta opinión es propia del derecho norteamericano y pretende explicarnos que entre depositante y banco se celebra un contrato que constituye una estipulación a favor de un tercero indeterminado, que será cada uno de los beneficiarios a favor de quienes se extiendan cheques. La estipulación a favor de terceros es una institución conocida en el derecho civil como fuente de obligaciones; pero, es obvio que en ningún momento puede considerarse al cheque como una estipulación a favor de un tercero.

En primer lugar, debemos separar el llamado contrato de cheque, o sea la relación contractual bancaria por medio de la cual se abre una cuenta de depósitos abiertos retirables mediante el título que estudiamos, del cheque como medio de movilizar los depósitos. Por ese motivo, y porque el banco no está vinculado jurídicamente al tenedor del cheque, es que éste no tiene acción contra la institución que le niega el pago del título, la que sí tendría si se tratara de una estipulación en su favor. En resumen, el negocio bancario del cual se pueden originar los cheques es un vínculo exclusivo entre depositantes y bancos; y por tal razón, no hay ninguna estipulación que puede generarse de tal relación.

d) De la estipulación a cargo de un tercero

Según esta teoría entre librador y beneficiario o tenedor del cheque, existe una relación negocial a cargo de un tercero, el banco, que tendrá que cumplir la obligación dineraria contenida en el cheque. Esta es otra tesis que confunde el contrato de giro o de cheque, con el cheque mismo. Además, no es posible estipular a cargo de un tercero que en ningún momento ha participado en un acto que lo vincule al tenedor del cheque. Su obligación de pagar es por la relación jurídica que lo une al depositante y ante éste último

responde de una conducta contraria. O sea que esta tesis tampoco explica la verdadera naturaleza del cheque.

e) De la autorización

Según esta teoría, el librador autoriza al librado para efectuar el pago y a la vez autoriza al tenedor para recibirlo. Trata de explicar la naturaleza de la orden de pago contenida en el título. Se le critica que la autorización supone una facultad, mientras que en el cheque al librado se le da una orden, mediante la cual está obligada a efectuar el pago (solo si hay fondos disponibles). Por lo tanto para éste no constituye una simple autorización. A diferencia de la autorización que da el librador al tomador para recibir el pago, la que si es admisible.

f) De la delegación

Esta teoría citada por Cervantes Ahumada en donde “el titular de un crédito lo enajena y el enajenante da orden a su deudor de prestarse a una sustitución del acreedor. De acuerdo a lo anterior, el librador sería el enajenante, el deudor el librado y el acreedor el tenedor del documento, lo que es totalmente erróneo, ya que de ser así, surgiría una relación jurídica entre el tenedor del documento y el librado, cosa inexistente, puesto que el tenedor no tiene acción alguna en contra del librado, ya que la función de este se circunscribe a acatar la orden del librador y efectuar el pago correspondiente, siempre y cuando disponga de los fondos necesarios para hacerlo, pues de lo contrario, no está obligado a acatarle.”²⁹

En nuestra opinión, lo que debe tratarse es de encontrar en la sencillez del tráfico comercial, las características propias de sus instituciones y su misma naturaleza. Partamos

²⁹ **Ibid.**

de la base de que para poder crear cheques, es necesario que el librador haya celebrado previamente un contrato con el banco que será su librado. Este contrato se le llama **contrato de cheque**, que genera una cuenta de depósitos abiertos, cuyos fondos son retirables mediante el título de crédito llamado cheque; el banco es el depositario del dinero que su cuenta habiente le va entregando y debe devolverlo conforme aquél se lo vaya ordenando.

Estas órdenes se datan en los cheques y el pago se hace a favor de persona determinada o al portador, con cargo a los depósitos efectuados. En este sentido, hasta llegamos a pensar que ni siquiera vale la pena considerarlo medio de pago en forma absoluta, porque hay cheques que se libran a favor del mismo librador. Es más bien, un documento instrumental por medio del cual se pueden retirar los depósitos dinerarios existentes en las cuentas abiertas que se negocian con los bancos, ya sea por el mismo depositante o por medio de terceras personas; y que le sirven al banco para ir determinando los saldos de lo que se le ha depositado y la cuantía de su obligación como depositario.

2.4. Elementos

a) Personales:

- Librador o girador

Es la persona jurídica individual o jurídica colectiva que ha celebrado el contrato de depósitos monetarios con la institución bancaria y por lo tanto es el principal obligado en el cheque pues al estampar su firma en el documento, se obliga a tener en su cuenta, la provisión de fondos necesarios para cubrir la cantidad de dinero por la cual ha emitido, girado o librado el cheque. Es la persona que emite el cheque, o sea, quien ordena el pago

a una institución bancaria. Creador del documento, tiene cuenta corriente en el banco al que da la orden.

- Librado o girado

Es la institución bancaria, con quien el librador o girador ha realizado el contrato de depósitos monetarios y que por medio del cheque, recibe la orden incondicional de pagar al tenedor o beneficiario, la suma de dinero que el título entraña, siempre y cuando exista la provisión de fondos correspondientes.

El banco girado no es aceptante del cheque, por ello no se constituye en deudor cambiario del importe, únicamente se obliga a cumplir la orden del girador, en virtud del contrato de depósito irregular suscrito.

El cheque solo puede ser librado contra un banco, en formularios impresos o suministrados por el mismo. Entidad bancaria que entrega al librador los formularios pre impresos de cheques.

- Tenedor o beneficiario

También llamado tomador por ser la persona que tiene la legítima posesión del cheque, es quien está facultado por el librador para retirar, por medio de cheques todos o parte de los fondos que éste tiene disponibles en su cuenta de depósitos monetarios.

Esta persona también puede ser una persona jurídica individual o jurídica colectiva.

A quien el banco debe pagar el cheque cuando lo presente. Puede ser persona indeterminada (cheque al portador) o concreta (cheque a la orden).

- Endosante o endosatario

Por la circulación, característica típica de los títulos de crédito, aparecen otros elementos, tal como el endosante, que es la persona que estando legitimada para hacerlo, transmite el título a otra, mediante su firma, y el endosatario, es la persona quien lo recibe y acepta, convirtiéndose en ese momento en el tenedor legítimo.

b) Formales

Para que el cheque circule efectivamente y produzca los efectos legales de un verdadero título de crédito, su emisión debe sujetarse a ciertos requisitos o presupuestos de creación, tanto generales como especiales. Estos requisitos los encontramos taxativamente en la ley y son los siguientes:

- Requisitos generales a todos los títulos de crédito

De acuerdo a lo que estipula el Artículo 386 del Código de Comercio, sólo producirá los efectos previstos en este código, los títulos de crédito que llenen los requisitos propios de cada título en particular y los generales siguientes:

- 1) El nombre del título de que se trate, requisito esencial sin el cual dejaría de ser un título de crédito, por lo que el formulario deberá de llevar impreso en forma visible la palabra **cheque**;
- 2) Fecha y lugar de creación, este resulta un requisito no esencial puesto que si no se menciona la fecha, se entenderá que fue creado el día de su presentación. Al momento de crear un cheque, hay que tomar en cuenta que nuestra legislación se basa en la teoría de la creación, por ello es que no existen los cheques postdatados

y sin importar la fecha posterior que se le anote, se tendrá por válido a partir del momento de su presentación a cobro, pues como lo indica el Artículo 501 del Código de Comercio, el cheque será pagadero a la vista.

No sucede lo mismo cuando el cheque es antedatado, puesto que la vida jurídica del mismo es de 6 meses, plazo después del cual, el banco rechazará su pago sin responsabilidad de su parte;

- 3) Los derechos que el título incorpora, en el caso del cheque, se refiere a la orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero (requisito esencial);
- 4) El lugar y fecha de cumplimiento o ejercicio de tales derechos, debe estar claro cómo, cuándo y dónde el tenedor legítimo podrá ejercitar su derecho;
- 5) La firma del creador, requisito esencial, puesto que deberá estar firmado por la persona legitimada para ejercer tal derecho.

- Requisitos propios del cheque

De acuerdo al Artículo 495 del Código de Comercio: Para que el cheque produzca los efectos legales de un título de crédito, deberá contener además de los requisitos especiales siguientes:

- 1) La orden incondicional de pagar una determinada cantidad de dinero, requisito esencial, por el principio de incorporación que lo informa;
- 2) El nombre del banco librado, de lo contrario el tenedor o beneficiario, no sabría a que institución bancaria dirigirse;

- 3) Sólo podrá ser librado contra un banco en formularios impresos suministrados o aprobados por el mismo, de lo contrario no producirá efectos de título de crédito;
- 4) Para librar un cheque es necesario que exista la provisión de fondos suficientes en el banco librado y haber obtenido de éste autorización expresa o tácita para disponer de esos fondos por medio de cheques, caso contrario la ley regula la protección penal del cheque, responsabilizando del delito de estafarla a quien no cumpla con este requisito, siempre y cuando, el título se presente para su cobro dentro de los 15 días calendario a su creación.

c) Reales

Dentro de los elementos reales tenemos la orden de pago pura y simple que contiene el cheque, la cual únicamente puede ser en dinero, ya que no puede referirse a ninguna otra cosa fungible. El mismo cheque es una cosa mercantil, que incorpora el derecho a cobrar una suma de dinero a su legítimo tenedor.

2.5. Forma de circulación

Por lo general los títulos de crédito circulan de una mano a otra por diversos medios, la transmisión de estos comprende el derecho principal que en él se consigna, las garantías y los derechos accesorios (Artículo 390 del Código de Comercio). La circulación tiene por objeto transmitir el dominio del documento y como consecuencia la transmisión de la titularidad del derecho incorporado al título y la legitimación para su ejercicio.

Tanto por su función como por su breve plazo, en el cheque la circulación tiene menos relevancia que en otros títulos de crédito, tal como la letra de cambio, pues su objeto no es procurar un crédito y facilitar su circulación sino más bien, servir de instrumento de pago,

por lo que no es usual que sea objeto de una amplia circulación, sin embargo es común en la práctica comercial el empleo del endoso en el cheque.

La Ley de la Circulación regula el modo o forma de sustituir a la persona legitimada y los efectos producidos por la transferencia del documento. El poseedor legítimo del cheque debe exhibir una serie de endosos sin interrupción. Cuando el cheque es emitido a la orden, la transferencia se opera mediante endoso, pero si se emite al portador la transferencia del título se realiza con la simple tradición.

La Ley de la Circulación la encontramos taxativamente en el Artículo 392 del Código de Comercio, que estipula que el tenedor del título de crédito no podrá cambiar su forma de circulación sin consentimiento del emisor, salvo disposición legal en contrario. El cheque puede transmitirse por cualquier otro medio legal diverso del endoso, que doctrinariamente es llamada circulación en sentido impropio.

El emisor del cheque puede limitar su circulación, insertándole la cláusula **no a la orden**, pues esta prohíbe su endoso y por lo tanto limita su circulación, pudiéndose transmitir únicamente con los efectos de una sesión ordinaria (Artículo 419 Código de Comercio). En este caso, el cesionario adquiere el derecho documentado en las mismas condiciones que tenía cuando el título pertenecía al cedente. Es por ello que el cesionario se sujeta a todas las excepciones que se habrían podido oponer a los tenedores anteriores. La transmisión por sesión ordinaria del cheque, surte los efectos propios de esa figura de derecho común.

Otra de las formas de limitar la circulación del cheque, es estampar en el documento la cláusula no negociable, esta no permite que el cheque siga circulando, ya que únicamente podrá ser endosado, para su cobro a un banco, o sea que la única forma de hacerlo

efectivo, es depositando el título en una cuenta bancaria (Artículo 498, 499 y 500 del Código de Comercio).

La forma normal de transmitir el título de crédito, queda sujeta a la forma en que fue creado. Si éste fuere transmitido de manera distinta, perderá su calidad de título de crédito; en ese contexto la circulación puede darse de las siguientes formas:

- Por simple tradición

Consiste en la simple entrega del título, es la forma en que se transmiten los títulos al portador.

- Por endoso

Los títulos nominativos y a la orden se transmiten por endoso (institución que será desarrollada por ser el tema del presente trabajo), con la diferencia que los primeros deberán inscribirse en el libro de registros de su creador, de lo contrario; la transmisión no surtirá sus efectos. También puede suceder que un título de crédito se haya perjudicado, en tales casos el Código de Comercio contempla otras formas de transmisión y sus efectos. Entre éstas tenemos:

- La transmisión no por endoso:

Los títulos de crédito pueden transmitirse no por endoso, en tres casos:

- a) cuando se ceden varios a la vez;
- b) cuando no son endosables; y
- c) Cuando se han perjudicado.

En cualquiera de los casos deberá suscribirse un contrato de cesión ordinaria. Según nuestra ley, la forma de transmisión no por endoso subroga en el adquirente, los derechos que el título incorpora pero no confiere las acciones que corresponden al endosatario (particularmente la acción cambiaria): porque al interrumpirse la cadena de endosos por la cesión de derechos el título pierde su calidad de título de crédito.

Los mismos efectos produce la transmisión por endoso de un título de crédito después de haber sido protestado.

- La transmisión por recibo:

Esta forma de transmisión puede darse cuando el tenedor recibe el importe del título de alguno de los obligados, lo cual produce efectos de endoso sin responsabilidad.

El cheque puede circular a la orden y al portador. Si no se expresa el nombre del beneficiario se reputará al portador (Artículo 497 Código de Comercio). El cheque librado a la orden, para transmitirse debe endosarse y entregarse al endosatario.

El cheque librado al portador, circula mediante la simple tradición o entrega del título, pero el que lo presente para su cobro, debe legitimarse ante el banco librado. En los cheques cualquier tenedor podrá limitar su negociabilidad, estampando en el documento la cláusula: no negociable (Artículo 498 del Código de Comercio).

Los cheques no negociables por la cláusula correspondiente o por disposición de la ley sólo podrán ser endosados, para su cobro, a un banco (Artículo 499 del Código de Comercio).

El cheque creado o endosado a favor del banco librado no será negociable (Artículo 500 del Código de Comercio).

2.6. El protesto del cheque

Es el acto mediante el cual se hace constar la presentación en tiempo y la negativa de aceptación o de pago de un título de crédito. El cheque, solo se debe protestar por falta de pago. El protesto debe hacerse contar antes de expirado el plazo de presentación.

La ley establece que, la anotación que el banco librado o la cámara de compensación ponga en el cheque, de haber sido presentado en tiempo y no pagado, surtirá efectos del protesto. (Artículo 511 del Código de Comercio).

A petición dentro de los 15 días siguientes al vencimiento, el banco coloca en el cheque constancia del motivo por el que no paga. Se solicita en cualquiera de las circunstancias.

2.7. De la presentación y pago

a) Forma de presentación

De acuerdo a lo que señala el doctor Villegas Lara, “el ejercicio del derecho consignado en un título de crédito, requiere la exhibición y entrega del mismo a quien lo pague”.³⁰

El tenedor legítimo de un cheque, que desee cobrarlo, deberá presentarlo al banco girado para que este lo haga efectivo, **dentro de los 15 días calendario de su creación**, (Artículo 502 del Código de Comercio).

La presentación consiste en la exhibición material del título al banco girado. De acuerdo al Artículo 501, el cheque siempre será pagadero a la vista, cualquier anotación en contrario, se tendrá por no puesta.

³⁰ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 229.

El cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de creación, o sin fecha, es pagadero el día de la presentación. Es por esa razón que legalmente no existe el cheque pre-fechaado o posfechaado, puesto que sin importar la fecha que el título consigne, una vez presentado al banco girado, deberá hacerse efectivo, si el girador tiene fondos disponibles.

El Artículo 508 del Código de Comercio, establece el pago extemporáneo del cheque, cuando preceptúa: aún cuando el cheque no hubiere sido presentado en tiempo, el librado deberá pagarlo si tiene fondos suficientes del librador y el cheque se presentara dentro de los 6 meses que sigan a su fecha y no haya sido revocado. El objeto de la brevedad del plazo señalado por la ley se debe a que se pretende que el cheque no circule indefinidamente sino que se liquide con prontitud, pues la circulación por un tiempo largo desvirtuaría su naturaleza como medio de pago.

El Artículo 503 Código de Comercio señala que la presentación de un cheque en cámara de compensación surtirá los mismos efectos que la hecha directamente al librado. Esto se refiere básicamente al hecho de que el cheque no sea presentado directamente al girado, sino más bien que su cobro se realice depositando el título ya sea en el mismo banco o en un banco distinto.

Merece especial atención que nuestra legislación haya recogido el principio de voluntad del titular del documento, cuando deja a discreción del mismo la aceptación o no de un pago parcial, particularmente me parece que es un principio sano que se opone al contemplado por la ley uniforme de Ginebra sobre el cheque en la que la aceptación del pago parcial es obligatoria; principio que como dijimos no se adapta al aceptado en el derecho común en el cual se establece que el pago nunca podrá hacerse parcialmente, salvo convenio expreso;

b) Pago del cheque

El cheque deberá ser pagado por el banco girado, en el momento de su presentación, cumpliendo así con la promesa dineraria que al emitirlo ofreció el girador.

El Artículo 504 del Código de Comercio, estipula que, el Banco que autorice a alguien a librar cheques a su cargo, estará obligado con el librador a cubrirlos hasta el importe del saldo disponible, salvo disposición legal u orden judicial que lo libere de tal obligación. Si los fondos disponibles no fueren suficientes para cubrir el importe total del cheque, el librador deberá ofrecer al tenedor, pago parcial hasta el saldo disponible.

Esta norma encierra una facultad del tenedor de aceptar pago parcial, no una obligación, es por ello, que en la práctica, rara vez se da esta situación, pues el banco nunca ofrece pago parcial, simplemente deniega el pago por falta de fondos. Cuando se trata de cobrar cheques a la orden, el banco girado deberá verificar la cadena ininterrumpida de endosos y la identidad de la persona que lo está presentando a cobro.

Sin embargo, el que paga no está obligado a cerciorarse de la autenticidad de los endosos, ni tiene la facultad de exigir que aquella se le compruebe. (Artículo 430 y 431 Código de Comercio).

En el caso de los cheques al portador, la simple posesión, legítima al tenedor para efectuar el cobro del título, el banco girado, únicamente está obligado a verificar la identidad del tenedor.

c) Efectos del retardo en la presentación

Uno de los primeros efectos que aparecen por el retardo en la presentación es:

- 1) El de pérdida del derecho de regreso contra los endosantes y avalista.
- 2) Se presenta la posibilidad de que el cheque sea revocado de orden del librador, es decir que la orden de renovación que no produce efecto mientras transcurre el plazo legal de presentación, adquiere eficacia con posterioridad al mismo.
- 3) El tenedor no tendrá derecho a la reclamación de los daños y perjuicios establecidos en el Artículo 507 del Código de Comercio.
- 4) Así como tampoco se configurará la figura delictiva que preceptúa el Artículo 496.

Finalmente trataremos en este capítulo lo concerniente a la revocatoria. Al respecto se presentan tres teorías que son las que en la actualidad prevalecen:

- ❖ **La germana:** que no admite la revocatoria de la orden dada al librador, durante el período de presentación.
- ❖ **La angloamericana y la francesa:** que admiten la revocatoria de la orden de pago en todo momento; nuestro código ha recogido esta última con su excepción y efectos, al decir el Artículo 507 que "la revocación de la orden contenida en el cheque, sólo tiene efecto después de transcurrido el plazo legal para su presentación.
- La revocación en tal caso, no necesita expresar causa.
- Antes del vencimiento del plazo legal para la presentación del cheque el librador o el tenedor pueden revocar la orden de pago alegando como causa únicamente el extravío, la sustracción del cheque o la adquisición de éste por terceros a consecuencia de un acto ilícito.

- Si el librado recibiere orden del librador o tenedor de no pagar un cheque por alguna de estas causas, se abstendrá de hacerlo, sin responsabilidad alguna y comunicará esa circunstancia a quien se lo presente al cobro.
- El librador o tenedor que dé una orden de revocatoria causal injustificadamente, antes del vencimiento del plazo, quedará responsable ante el tenedor por los daños y perjuicios que ello le cause, sin perjuicio de las responsabilidades criminales.

Una vez pagado el cheque, se extingue la obligación contraída por los obligados cambiarios. El pago presupone el cumplimiento de la obligación contraída por el girado frente al girador, lo que demuestra con la obtención del título debidamente endosado, que le permite debitar de la cuenta correspondiente el valor de lo pagado, efectuando un balance el último día de cada mes y remitiendo los títulos pagados al cuenta habiente para su respectivo control.

2.8. Modalidades del cheque

1) Cheque cruzado

El Artículo 517 del Código de Comercio establece el cheque que el librador o tenedor crucen con dos líneas paralelas trazadas en el averso sólo podrá ser cobrado por un banco.

Este cheque ha nacido de la práctica inglesa, y tiene por finalidad evitar el cobro por un tenedor ilegítimo, razón por la cual se utiliza la intervención de un banco en el cobro del cheque, lo que no permite la circulación del título, pues obliga al tenedor o beneficiario a depositarlo y al banco girado a no pagarlo en efectivo, sino a través de la cámara de compensación.

Es un cheque nominativo pero tiene la característica de que la persona que lo expide o quien lo posee, le traza dos rectas paralelas en dirección diagonal. La finalidad de este cruce es que el cheque no pueda ser cobrado en efectivo, sino que sólo se pueda abonar su importe en una cuenta de banco mediante depósito.

a) Formas

➤ Cruzamiento general

El licenciado Fajardo Garrido Julio Antonio, menciona que “es aquél que se realice por simple cruzamiento de las líneas paralelas trazadas en el anverso del cheque. En el caso del cruzamiento general podrá ser pagado a cualquier banco. El cruzamiento general se podrá convertir en especial con sólo anotar entre líneas el nombre de la institución de crédito a quien debe de pagarse. A través de este cruzamiento, tanto el librador como el tenedor pueden trazar dos líneas paralelas.”³¹

➤ Cruzamiento especial

Se da cuando entre líneas paralelas se consigan el nombre de una institución de crédito determinada. En el cruzamiento especial pues sólo podrá ser cobrado por la institución de crédito en él anotado, o a la que ésta hubiere endosado el cheque para su cobro.

En este cruzamiento no podrá borrar el nombre de la institución de crédito en él consignado. Así lo establece la ley en el Artículo 519: no se podrá borrar el cruzamiento ni el nombre de la Institución si fuere especial, los cambios o supresiones que se hicieren contra lo dispuesto en este artículo se tendrán por no puestos.

³¹ Fajardo Garrido, Julio Antonio. **La inseguridad jurídica del cheque como documento de pago ante la acción penal.** Pág. 58.

b) Objeto

Como se menciona anteriormente que el cruzamiento tiene por finalidad evitar el cobro del cheque por un tenedor ilegítimo. La seguridad sólo podrá obtenerse poniendo como forzosa la intervención de un banco en el cobro del título, obligando asimismo al librador a pagarlo a una institución de crédito, ya que se supone que ésta ha recibido el cheque de una persona que conoce, que es su cliente, o bien que simplemente le ha encargado el cobro del documento.

El Código de Comercio guatemalteco sigue así los lineamientos establecidos en el proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para la América Latina el que también establece que el librador que pague un cheque en términos distintos a los indicados en los Artículos citados será responsable del pago irregular.

- Características particulares

No pueden ser pagados en efectivo, el licenciado Pineda Sandoval Melvin, menciona que “sólo puede ser depositado en la cuenta del último beneficiario que aparece en el cheque ya sea en el campo respectivo o mediante el último endoso.”³² Si entre las líneas se consigna el nombre de una institución determinada, en este caso, el cheque solo podrá ser pagado a la institución especialmente designada o a la que esta hubiere endosado el cheque para su cobro.

- Recomendaciones

El tratadista guatemalteco Vásquez Martínez Edmundo, sostiene que se “debe ser muy cuidadoso al momento de cruzar el cheque, pues si comete algún error, este no podrá

³² Pineda Sandoval, Melvin. **Derecho mercantil**. Pág. 61.

corregirse ni cancelarse el cruzamiento ya que al hacer correcciones o enmendaduras el cheque sería invalidado y por tanto no será pagado en el banco. Antes de anotar el banco en el que desea que sea cobrado el cheque, verifique bien el nombre del mismo ya que tampoco podrá realizar correcciones en este caso. Si desea que sólo pueda ser abonado a la cuenta del beneficiario debe insertar la leyenda "No negociable."³³

2) Cheque para abono en cuenta

El cheque para abono en cuenta se caracteriza porque sólo puede ser cobrado mediante abono de su importe en una cuenta bancaria del titular del cheque, y esto se logra a través de la inserción de la cláusula para abono en cuenta, con cuya cláusula se limita la negociabilidad; de esto se desprende que, aunque el Código de Comercio no lo establece, que los cheques sólo podrán ser a la orden; al igual que en los cheques cruzados, el borrado o la alteración que de dicha cláusula se hiciere, se tendrán por no puestas; o lo que es lo mismo, no producirán efectos jurídicos.

El objeto del cheque para abono en cuenta es la prohibición que el cheque sea pagado en efectivo, prohibición establecida por el librador o tenedor del documento. El Código de Comercio ha terminado con la antigua discusión sobre si el librado tiene la obligación de abrir cuenta al tenedor de un documento en el cual se hubiere insertado dicha cláusula, pues al tenor de lo que establece el Artículo 522, se acepta la negativa del banco librado a abrirla, pudiendo negar el pago sin responsabilidad.

Estimo que la inclusión de tal Artículo es procedente, por cuanto los bancos tienen la libertad de aceptar sus clientes; asimismo, se ha completado el Artículo 130 de la Ley

³³ Vásquez Martínez, Edmundo. **El cheque en el nuevo Código de Comercio.** Pág. 371.

Uniforme que dejaba una laguna con respecto a la responsabilidad en que se incurría por negar el pago.

También se establece que el librado que pague en forma diversa a la prescrita, será responsable del pago irregular, ya que su finalidad es la de obtener garantía contra tenedores ilegítimos. Es un cheque que tiene escrita la leyenda para abono en cuenta; los datos de la persona o empresa y la cuenta a la que se abonará. Estos registros pueden ser anotados en la parte posterior del cheque.

- Características particulares

No es negociable, con lo cual tendrá la seguridad de que este cheque no será pagado en efectivo por el banco, sino que sólo se podrá abonar su importe en la cuenta del beneficiario. En caso de robo o extravío no podrá cobrarlo persona alguna que no sea el beneficiario en la cuenta y nombre señalados.

➤ Recomendaciones

El escritor Salandra Vittorio, señala “que una vez que la leyenda **para abono en cuenta** haya sido escrita en el cheque, ésta no se puede borrar o alterar, de lo contrario el documento no será válido para su cobro en el banco, por lo que es recomendable estar completamente seguro antes de realizar esta indicación.”³⁴

3) Cheque certificado

Dice el Artículo 524 del Código de Comercio: El librador puede pedir, antes de la emisión de un cheque, que el librado certifique que existen fondos disponibles para que el cheque

³⁴ Salandra, Vittorio. **Curso de derecho mercantil**. Pág.636.

sea pagado. La finalidad es la confianza que dicho cheque va a inspirar al tomador de que el cheque será pagado.

Doctrinariamente se niega que la certificación sea una aceptación, aunque se asimila a ella en algunos de sus efectos; con la certificación lo que se logra es asegurar la provisión en el sentido de que el librado está informado que se ha dispuesto de ella y que por tanto no se puede retirar el depósito durante el tiempo de presentación; de tal modo que lo que en la práctica resulta es que el librado carga en la cuenta del librador el valor del cheque certificado, abonándolo a una cuenta denominada de cheques certificados. La certificación no puede ser parcial, ni extenderse en cheques al portador, así como tampoco es negociable.

En esta modalidad de cheques es donde encontramos que si se establece una responsabilidad entre el tenedor del documento y el librado, relación que no se da en las otras formas ya vistas; y esta responsabilidad que tiene el librado frente al tenedor del documento será durante el período de presentación. Es decir, que queda obligado cambiariamente con el librador y demás signatarios del título.

La forma de certificación la establece el Artículo 528 del Código de Comercio el cual no acepta otra forma que la que allí se establece, como se pretende doctrinariamente que pueda ser sustituida con otras equivalentes, tales como visto bueno o la simple firma del librado. El Artículo citado, establece: La certificación se manifiesta por razón puesta en el banco librador en el propio cheque, en la conste la suma certificada y la firma del librado.

El Código de Comercio guatemalteco tampoco acepta la revocación del título y la única forma de que la provisión vuelva a su cuenta es devolviendo el cheque certificado al librador. Sin embargo la responsabilidad del banco girado por la certificación, vence al

terminar el plazo legal de presentación (15 días), luego el cheque subsiste, pero con todos los derechos y obligaciones de un cheque común.

El jurista guatemalteco Paz Álvarez Roberto, expone que en Guatemala, la única forma de certificar cheques “es por medio de razón puesta por el banco librado en el propio cheque en la que conste la suma certificada y la firma del librado. El librador no podrá revocar el cheque certificado, pero si puede dejarlo sin efecto devolviéndolo al librado. Actualmente esta modalidad del cheque ha caído en desuso, ya que las instituciones bancarias en lugar de certificar prefieren extender un cheque de caja o gerencia. En algunas ocasiones el beneficiario de un cheque necesita estar totalmente seguro de que este documento cuenta con los fondos suficientes para ser pagado por el banco, por lo cual solicita al banco certifique la existencia de estos fondos.”³⁵

Esto significa que el banco retira el importe señalado en el cheque de la cuenta de la persona que lo expide, sellándolo y firmándolo como prueba de garantía de que el documento contará con los fondos suficientes cuando el beneficiario lo presente para su cobro en el plazo establecido. Con este tipo de cheques se asegura la existencia de recursos para el pago del documento aún cuando posteriormente la cuenta pudiera quedarse sin fondos, ya que el titular de la misma no podrá disponer de ese dinero.

- Características particulares

El cuenta habiente es el único que puede solicitar la certificación. Debe ser nominativo, es decir estar a nombre de una persona o una empresa determinada. No es negociable por lo que no pueden cederse sus derechos mediante endosos y sólo puede canjearse por el beneficiario, quien deberá cobrarlo o depositarlo en su cuenta.

³⁵ Paz Álvarez, Roberto. **Teoría elemental del derecho mercantil**. Pág. 560.

Junto con la leyenda en que se indique que el cheque está certificado, debe contener dos firmas de funcionarios facultados por el banco. Se cobra comisión por su certificación. Este cheque podrá ser cancelado por el cuenta habiente que solicitó su certificación siempre y cuando no haya sido cobrado y se devuelva el documento al banco para realizar la cancelación.

A diferencia del cheque de caja, Barrera Graf Jorge, hace hincapié en que para éste tipo de cheques “es necesario que quien lo emite tenga una cuenta en el banco que lo va a certificar, por lo que puede decirse que únicamente es para clientes de ese banco.”³⁶ Este tipo de documento puede serle muy útil cuando usted quiere asegurarse de que el cheque que le van a entregar como pago tendrá fondos cuando lo presente para su cobro al banco.

➤ Recomendaciones

Acosta Romero Miguel, recomienda que “pregunte en su banco sobre las comisiones que cobra por la certificación de cheques y si en caso de cancelación le harán algún cargo. Si la cancelación se debe a robo o extravío del documento, usted deberá levantar un acta ante el ministerio público y presentarse con una copia de la misma ante el banco para que procedan a realizar los trámites de cancelación.”³⁷

4) Cheque con provisión garantizada

También se les llama cheques limitados. En Inglaterra, un banco estableció un ingenioso sistema para dar confianza a sus cheques: el banco hacía la declaración de que sólo entregaba talonarios contra depósitos; en cada uno de los esqueletos del talonario, el banco anotaba la suma máxima por la que el cheque podía ser librado, y por tanto, dentro

³⁶ Barrera Graf, Jorge. **Estudios de derecho mercantil**. Pág. 860.

³⁷ Acosta, Romero Miguel. **Derecho bancario**. Pág.291.

de estos límites el tomador podía tener la seguridad de que el título sería atendido por el banco.

El Artículo 530 del Código de Comercio nos da todas las características que deben reunir los cheques con provisión garantizada, al decir que los bancos podrán entregar a sus cuenta-habientes formularios de cheques con provisión garantizada, en los cuales conste la fecha de entrega y de vencimiento de la garantía así como la cuantía máxima por la cual cada cheque puede ser librado. Estos cheques no pueden ser al portador y obligan al librado (banco) a pagar la cantidad ordenada en el cheque si estuviere dentro del límite garantizado.

Como señala el Artículo citado, estos cheques se extienden contra una garantía que lo constituye el depósito que el cuenta-habiente tiene en el banco, o mejor dicho la provisión; de lo que se desprende que existe una obligación del banco que ha entregado los formularios, de pagar la cantidad ordenada en el cheque, por lo que produce los efectos de la certificación, aunque esta obligación del banco librado termina según lo determine el Artículo 532 del Código de Comercio, por las siguientes razones:

1. Si los cheques se emiten después de tres meses de la fecha de la entrega de los formularios.
2. Si el título no se presenta al cobro durante el plazo de presentación.

Creo particularmente que en esta clase de cheques se debiera extender el término de presentación a un año después de haberse extendido los formularios, puesto que éstos no cumplen tanto su cometido de instrumentos de pago, sino por lo regular son emitidos para que puedan circular.

5) Cheque de caja o de gerencia

En sentido general, el cheque no puede ser emitido a cargo del mismo librador; pero en el cheque de caja, los elementos personales sufren cierta fusión apareciendo así lo que se puede llamar librador-librado, es decir que una persona libra un cheque a cargo de sí misma.

No son propiamente cheques, si no pagarés a la vista por ser librados por una institución a cargo de sí misma o una de sus dependencias. Sin embargo, la práctica bancaria los ha consagrado como cheques y nuestra ley les llama precisamente cheques de gerencia, los cuales, según lo establece el Artículo 534 del Código de Comercio no son negociables ni podrán extenderse al portador.

Este cheque ha nacido de la necesidad de movilizar los fondos propios con facilidad; en la práctica este cheque ha venido a sustituir el cheque certificado y el cheque con provisión de fondos, siendo uno de sus objetivos dar certeza al tenedor o beneficiario de que al presentarlo a cobro, los fondos ya han sido descontados de la cuenta del librador y aprovisionados en una cuenta creada específicamente por el librado para el efecto.

Este cheque actualmente es muy utilizado para efectuar pagos en las instituciones públicas, ya que resulta seguro su cobro, toda vez que los fondos han sido aprovisionados con antelación al mismo y el costo de los mismos resulta económico, pues a pesar de que varía de banco a banco, la compra de un cheque de caja oscila entre Q.10.00 y Q.35.00.

Otra de sus ventajas es que solo pueden extenderse a la orden y no son negociables, sin embargo, si por alguna razón el librador original desea cancelar su emisión, puede hacerlo devolviendo el título al banco emisor y recuperando su valor.

Respecto a esta clase de cheque, en la doctrina se discute si posee o no la naturaleza jurídica del cheque, se dice que no son cheques propiamente dichos, sino más bien pagarés a la vista pues la figura del cheque presupone la intervención de tres elementos personales, que son el librador, el librado y el beneficiario y en este caso sólo intervienen dos. Es aquel expedido por una institución de crédito para que sea pagado en sus propias sucursales o filiales.

El cliente entrega al banco la cantidad de dinero por la que expedirá el cheque y éste será pagado en esa misma institución o en su caso podrá depositarse en una cuenta del beneficiario. Deben ser expedidos a nombre de una persona determinada, no al portador y no son negociables (no pueden cederse sus derechos mediante un endoso).

- Características particulares

Deben ser nominativos, es decir, forzosamente deben estar emitidos a favor de una determinada persona física o moral. Es posible acudir a cualquier banco para su adquisición, sin importar que el cliente tenga o no una cuenta bancaria con esa institución. Estos cheques no se encuentran en una chequera común y corriente, son expedidos por el banco a petición del cliente. Únicamente el beneficiario señalado en el cheque podrá cobrarlo o depositarlo en una cuenta bancaria a su nombre. No es endosable por lo que no puede transmitirse su propiedad y derechos a otra persona.

En caso de robo o extravío, no puede ser cobrado por otra persona, por lo que se puede cancelar. Es una forma de pago muy segura ya que este tipo de cheque se expide una vez que el banco se ha cerciorado de que existen fondos suficientes para el pago del mismo, asegurando así que el beneficiario pueda cobrar estas cantidades.

El banco cobra comisión por la expedición de estos cheques y esta cantidad no le será devuelta en caso de cancelación.

➤ Recomendaciones

Este tipo de cheque le puede ser útil cuando se desea garantizar los fondos que un tercero va a recibir por medio de este documento, además de tener la ventaja de que para obtenerlo Usted no necesita tener una cuenta con la institución bancaria que lo emite. “Antes de solicitar un cheque de caja pregunte sobre la comisión que el banco le cobrará por la expedición del documento. Para el caso de cancelación Usted deberá presentar el documento en el banco. Si la cancelación se debe a robo o extravío del documento, Usted deberá levantar el acta ante el ministerio público y presentarse con una copia de la misma ante el banco para que éste lleve a cabo el procedimiento de cancelación.”³⁸

6) Cheque viajero

En el Artículo 536 del Código de Comercio encontramos nuevamente la confusión entre los elementos personales del cheque; al igual que los cheques de caja, dice el citado Artículo, los cheques de viajero serán expedidos por el librador a su propio cargo, y serán pagaderos por su establecimiento principal o por las sucursales o los corresponsales que tengan en el país del librador o en el extranjero.

Los cheques de viajero tienen la particularidad que para su circulación y cobro necesitan de tres firmas, siendo una de ellas la de la institución creadora dos del tomador o beneficiario; la primera la estampa el tomador frente al librador o bien en una de sus sucursales,

³⁸ Boletín informativo. ¿Qué es el Banco de Guatemala. Pág. 219.

corresponsalías o agencias; y la segunda, cuando el cheque va ser cobrado; todo ello con fines de seguridad e identificación del beneficiario.

Así lo establece el Código de Comercio en el Artículo 537: para fines de identificación, al entregar el cheque de viajero al librador o beneficiario éste estampará su firma en el lugar adecuado del título por lo regular lo usual es la parte superior izquierda del cheque.

El que pague o reciba el cheque deberá verificar la autenticidad de la segunda firma del tenedor cotejándola con la firma puesta ante el librador. La solución adoptada por el Código de Comercio con respecto a la falta de pago de dichos cheques, vuelve a tener la deficiencia ya expuesta, con respecto a la no tasación de los daños y perjuicios que se causan a la persona que ha obtenido los cheques de viajero.

Vuelvo a insistir en que la solución más correcta es la adoptada por otras legislaciones, tales como la de observar que la falta de pago del cheque de viajero dará lugar al cobro de los daños y perjuicios estimados en un 20% sin necesidad de prueba o los que el damnificado llegare a probar. O bien como dice el proyecto de Ley Uniforme Títulos Valores en su Artículo 148: La falta de pago del cheque de viajero dará acción al tenedor para exigir, además de la devolución de su importe el pago de los daños y perjuicios que nunca serán inferiores al 25% del importe del cheque.

Llama la atención en nuestro Código de Comercio el término de prescripción en contra del que expide o ponga en circulación los cheques de viajero, cuyo tiempo es de dos años. Me parece más correcta la solución que da el proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores ya mencionado, donde dice que no prescribirán las acciones contra el que expida cheques de viajero. Las acciones contra el corresponsal que ponga en circulación el cheque prescribirán en cinco años.

Solución ésta que creo más acertada, en tanto que no tienen por qué prescribir las acciones contra el que expide el cheque de viajero, porque ello se convierte en un enriquecimiento indebido; no así contra el que los ponga en circulación, porque según el Código de Comercio, éste se obliga como avalista del librador. Para concluir se establece que el cheque de viajero es una institución italo-norteamericana que facilita el traslado de fondos sin desplazamiento y que tiene la garantía que se trata de un cheque que es librado por un banco contra sí mismo, lo que asegura su pago, el que será efectuado por cualquiera de sus corresponsalías o agencias.

El jurista mexicano Barrera Graf Jorge, sostiene que “es aquel que expide una institución bancaria, u otras agencias autorizadas (Visa, MasterCard, Amex), para que sea pagado por su establecimiento principal y por sus sucursales o corresponsales que tenga en la República o en el extranjero.”³⁹

- Características particulares

La persona que aparezca como beneficiario puede presentarlo para su pago en cualquiera de las sucursales incluidas en la lista que le proporcionará el banco que los emitió, así como en los comercios alrededor del mundo. Cuando se compran estos cheques, la institución solicitará al beneficiario que escriba su nombre en cada uno de los documentos y que estampe su firma en el primer espacio; ya que estos documentos se firman dos veces, la primera cuando se adquieren y la segunda cuando se presentan para su cobro o para pagar con ellos en algún establecimiento en su caso.

³⁹ Barrera Graf, Jorge. **Ob. Cit.** Pág. 870.

Cuando se presenten para su cobro, se debe exhibir una identificación oficial que acredite a la persona como el beneficiario señalado en los documentos. La falta de pago inmediato de estos cheques cuando son presentados para su cobro, le da a Usted el derecho a exigir a la institución que los expidió la devolución del importe del cheque más el pago de daños y perjuicios, que nunca podrán ser inferiores al 20% del valor del cheque no pagado.

El banco o la agencia tiene la obligación de reembolsarle el importe de los cheques no utilizados que desee devolver. Este tipo de cheques le permiten viajar tranquilamente sin cargar dinero en efectivo. Son 100% reembolsables en caso de robo o extravío y se emiten internacionalmente por diferentes bancos y agencias en las siguientes divisas:

- a) Dólar americano
- b) Dólar canadiense
- c) Libra esterlina
- d) Franco suizo
- e) Franco francés
- f) Marco alemán
- g) Yen japonés
- h) Euro

Los cheques prescriben al año a partir de la fecha en que son puestos en circulación.

➤ Recomendaciones

Una vez que adquiere estos cheques, recuerde firmarlos inmediatamente, así como poner su nombre en los mismos ya que de lo contrario representan dinero en efectivo que cualquier persona puede cobrar. Si Usted presenta estos cheques para su cobro en territorio nacional deberá presentar identificación oficial (la credencial de elector, pasaporte vigente o la cartilla del servicio militar).

Si usted desea presentar estos cheques para su cobro en el extranjero, en la mayoría de los casos sólo le aceptaran como identificación oficial su pasaporte vigente. Si Usted no utilizó todos sus cheques de viajero y desea obtener nuevamente el importe en efectivo, es conveniente que tome en cuenta que estos le serán pagados al tipo de cambio de compra que en ese momento tenga la institución, por lo cual usted probablemente recibirá una cantidad menor a la que pago por ellos.

7) Cheque con talón para recibo y causales

El cheque con talón es el regulado en nuestro Código de Comercio en el Artículo 542 que trata de los cheques con talón para recibo; y dice que dichos cheques llevarán adherido un talón separable que deberá ser firmado por el titular al recibir el cheque y que servirá de comprobante del pago hecho.

La ley no reguló en buena forma los fines de cheques con talón para recibo, puesto que si lo que se trata es de que este talón sirva como recibo para contabilizarse, lo más lógico será entonces que el talón se firme en el momento de cobrar el cheque. Situación ésta prevista en el proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para la América Latina, que en Artículo 151 establece: Los cheques con talón para recibo llevarán adherido un talón, que deberá ser firmado por el tenedor al cobrar el título.

Aunque la ley no lo menciona, estimo que dichos cheques deberán ser a la orden y no negociables, ya que el talón que llevan adheridos será firmado como comprobante del pago hecho en el momento de cobrar el cheque. Los cheques causales deberán expresar el motivo del cheque y servirán de comprobante del pago hecho, cuando lleven el endoso del titular original.

En la práctica este cheque es denominado cheque **voucher** y normalmente es utilizado en las empresas que previa autorización de la institución bancaria con la que movilizan sus capitales, imprimen sus cheques utilizando las características específicas que estiman conveniente, incluyendo un talón separable que describe el motivo o causa que origina el pago e incluye la aceptación de la persona que recibe el pago, pero aparte de esta característica, es un cheque común y corriente.

CAPÍTULO III

3. Prácticas bancarias

Los usos y la costumbre a través del tiempo han sido reconocidas como fuente de derecho en tanto no contravengan la ley y el orden público, porque además de responder a necesidades e intereses sociales o de grupos determinantes, son en algún sentido; expresión de la realidad y por lo tanto fuentes reales de derecho.

Esta circunstancia es particularmente relevante en el derecho mercantil, pues la necesidad de agilizar el tráfico comercial pero dotándolo de seguridad, convirtió al cheque en uno de los medios de pago más comunes.

Ya que al no ser moneda reduce los riesgos que implican el uso de efectivo, principalmente cuando se trata de grandes cantidades. El cheque es una forma de pago respaldada por la cantidad de dinero que una persona ha depositado antes, en una cuenta del banco que le autorizó a librarlo.

Es por ello que las instituciones bancarias permanentemente realizan esfuerzos para proteger el patrimonio de sus clientes.

Dentro del sistema bancario guatemalteco, este esfuerzo se proyecta en la implementación de prácticas que se consideran la respuesta idónea a necesidades e intereses que surgen de situaciones específicas, quizá una de las más sentidas en la actualidad es la falta de seguridad.

Sin embargo no por ello dejan de contraponerse muchas veces a las disposiciones legales, debilitando sus instituciones. Ejemplo de las prácticas más frecuentes, son:

3.1. La confirmación del cheque

Esta consiste en notificar por vía telefónica al librador, cuando un cheque de cierta cantidad establecida por el banco es presentado al cobro, a efecto que autorice la realización del pago en cuyo defecto éste no se efectúa. Esta práctica se da tanto en la presentación que el beneficiario o el tenedor hace al banco para el pago en efectivo de un cheque, como en cámara de compensación cuando los cheques son depositados a cuenta; y obedece a la necesidad de minimizar el riesgo de pagar cheques fraudulentos, que puedan perjudicar el patrimonio del banco o del titular de la cuenta.

La práctica bancaria de confirmación del cheque, vulnera el requisito regulado en el Artículo 495 numeral 1 del Código de Comercio que establece que el cheque deberá contener la orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero.

3.2. La garantía de endoso

Para definir en qué consiste esta práctica comenzaré definiendo lo que es el endoso. Es difícil establecer exactamente el origen del endoso, según Cabanellas Guillermo, “aparece históricamente, como una cláusula accesoria de la letra de cambio, a principios del siglo XVII”.⁴⁰

Históricamente se cree que apareció en el siglo 1,600 habiendo alcanzado su desarrollo en el siglo XVIII como cláusula accesoria de la letra de cambio, con el fin de agilizar su transmisión, antes de ello, había estado sometida a la cesión de derechos del derecho civil. Doctrinariamente y legalmente el endoso es el acto jurídico por el cual se transmite la

⁴⁰ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 510.

propiedad del título de crédito. Endoso, acción o efecto de endosar o transmitir un título a la orden mediante una fórmula escrita en el reverso del documento.

El endoso desempeña una función fundamental en cuanto al principio de legitimación que informa a esta clase de títulos aunque sus orígenes y antecedentes están estrechamente vinculados con la letra de cambio y no con los títulos de crédito en general.

El endoso se perfecciona con unas breves palabras, indicando en el reverso del título de crédito, el nombre del endosatario, la clase de endoso de que se trate, el lugar, la fecha y la firma del endosante, procedimiento comúnmente usado en la letra de cambio.

En el caso del cheque, se utiliza el endoso en blanco, que únicamente requiere de la firma del endosante en el reverso del documento.

En este caso el banco girado se concreta a verificar los datos de identificación del endosatario que en ese momento presenta el documento para su cobro. La doctrina enseña que, el endoso es una cláusula cambiaria inseparable del título.

Es un acto jurídico unilateral accesorio, por medio del cual el tenedor legítimo del cheque lo entrega a otra persona que ocupará su lugar en el ejercicio del derecho que este incorpora.

El endoso se encuentra legislado en el Código de Comercio del Artículo 421 al 435 inclusive, especificándonos en el Artículo 425, que las clases de endoso son en propiedad, en procuración y en garantía.

Se trata brevemente del endoso en propiedad y del endoso en procuración; ya que especificaré en el endoso en garantía que es -una de las prácticas que realizan los bancos.

a) Endoso en propiedad

Considero que por ser la regla común, el Código de Comercio no se refiere específicamente en ningún Artículo al endoso en propiedad, aduciendo que si no contiene ninguna cláusula especial, el endosante está transfiriendo la propiedad del título y todos los derechos incorporados al mismo.

b) Endoso en procuración

El Artículo 427 del Código de Comercio establece que el endoso en procuración deberá otorgarse con la cláusula en procuración, por poder, al cobro, u otra equivalente. Que este endoso conferirá al endosatario las facultades de un mandatario con representación para cobrar el título judicial o extrajudicialmente y para endosarlo en procuración. Así mismo señala que el mandato que confiere este endoso no termina con la muerte o incapacidad del endosante, y su revocación no producirá efectos frente a un tercero, sino desde el momento en que se anote su cancelación en el título o se tenga por revocado judicialmente.

c) Endoso en garantía

El Artículo 428 del Código de Comercio nos señala que el endoso en garantía deberá otorgarse con la cláusula: en garantía, en prenda u otra equivalente y constituirá un derecho prendario sobre el título, confiriéndola endosatario, además de sus derechos de acreedor prendario, las facultades que confiere el endoso en procuración, exonerando este gravamen de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Así mismo preceptúa que no podrán oponerse al endosatario en garantía, las excepciones que se hubieran podido oponer a tenedores anteriores. En el caso de los títulos que reciben los bancos para abono en cuenta del tenedor, podrán cobrarlos aún cuando no

estén endosados a su favor, únicamente deberán anotar en el título la calidad con que actúan y firmar por recibo en el propio título o en hoja adherida a él. Por último, la ley permite la cancelación de endosos, testándolos correctamente, sin embargo el tenedor de un título de crédito puede testar los endosos y recibos posteriores a la adquisición, pero no los anteriores. (Artículo 436 Código de Comercio).

En el caso específico del cheque, consideramos que este puede endosarse en propiedad y raras veces en procuración, pero no así en garantía, puesto que el mismo contiene una orden incondicional de pagar una suma de dinero, que deberá hacerse a la vista, no pudiendo condicionar su actitud al cumplimiento de una obligación no resultando un título apto para servir de garantía pues la misma recaería sobre la suma de dinero y no sobre el título.

Esta práctica se da entre los bancos y consiste en que, cuando un banco recibe un cheque a cargo de otro para depósito en cuenta, está obligado a garantizar que el cheque es depositado en la cuenta del beneficiario y que éste realizó el endoso; al banco librado.

Dicho de otra manera el banco que acepta cheques en depósito garantiza la legitimidad del endoso al librado. Esta garantía se otorga a través de un sello estampado en el reverso del documento inmediatamente abajo del endoso y tiene por objeto dotar de certeza su operación, sobre todo cuando se realizan depósitos con cheque (en cuentas ajenas principalmente), a efecto de minimizar el riesgo de lavado de dinero. Exigir la garantía del endoso contraviene el Artículo 423 del Código de Comercio que establece lo siguiente: Incondicionalidad del Endoso. El endoso debe ser puro y simple.

Toda condición se tendrá por no puesta. El endoso parcial será nulo. El Artículo 431 del Código de Comercio que establece: Pago. El que paga no está obligado a cerciorarse de la

autenticidad de los endosos, ni tiene la facultad de exigir que aquella se le compruebe; pero debe verificar la identidad de la persona que presente el título como último tenedor, y la continuidad de los endosos.

3.3. Restricción en el número de endosos

Muchos bancos del sistema restringen el número de endosos para efectuar el pago de un cheque, pues consideran que su circulación ilimitada afecta la seguridad que como sustituto del dinero en moneda, puede brindar. Desde este punto de vista legal no existe fundamento para esta restricción, por lo tanto si la cadena de endosos es sin interrupciones y el tenedor que lo presenta al cobro se identifica por los medios que la Ley establece, debe tenerse como suficiente para su transmisión y en consecuencia para que el girado cumpla con la obligación de pago del cheque. Contra la regulación, en Guatemala la práctica demuestra que diariamente el endoso es sometido a diversas condiciones para su eficacia en las entidades bancarias.

3.4. Negación de pago cuando el endoso consta en hoja adherida al cheque

Con raras excepciones, los bancos en general niegan el pago de un cheque, cuando el endoso no consta en el mismo título. Ya se ha señalado que en relación a este punto, el Código de Comercio preceptúa que cheques no están destinados a la libre circulación. Por el contrario, no establece en qué casos concretamente pueda realizarse el endoso en hoja que se adhiera al título y tampoco se refiere a ello en las disposiciones especiales del cheque.

En todo caso, aún cuando no hay fundamento legal que justifique la negación del pago por esta causal, para muchos bancos esta forma de endoso es ineficaz; por lo tanto la práctica

bancaria de negar el pago del cheque cuando el endoso se realiza en hoja que se adhiera a él, transgrede el Artículo 421 del Código de Comercio que otorga la facultad de hacerlo. Debo aclarar que no todo es adverso en la implementación de estas prácticas.

En algún grado han sido útiles como disuasivo para la comisión de actos ilícitos o para evitar su consumación, para la detección de situaciones anómalas o procedimientos viciados. En resumen, creo que han disminuido la posibilidad del manejo doloso del cheque. Sin embargo, es mi opinión que las prácticas bancarias surgen y se mantienen, porque el uso del cheque se ha extendido ampliamente y la tecnología se ha desarrollado, mientras su regulación se ha estancado debilitándolo frente a otras formas de circulación del dinero como es el dinero plástico y los medios electrónicos de pago.

En tal virtud, considero procedente todo cuestionamiento tendiente a buscar los mecanismos idóneos que permitan lograr los fines que persiguen las prácticas bancarias, pero sin afectar la legalidad de instituciones como el endoso y el cheque, lo cual contribuirá a que se perfeccione, se fortalezca y se mantenga vigente.

3.5. Forma de pago de cheques utilizada por los bancos

Las formas utilizadas por los bancos para efectuar el pago de cheques son: En ventanilla, por medio de cajeros automáticos y por medio de la cámara de compensación.

a) Pago de cheques en ventanilla

Las formas de pago de cheques más utilizada y conocida, es la que se realiza en ventanilla o en caja. Sus principales características son las siguientes:

- El beneficiario: que puede ser un cuenta-habiente o cualquier otro usuario, presenta el cheque al receptor, quien procede a examinarlo para establecer si llena los requisitos de fondo y de forma correspondiente: fecha de emisión, redacción, endoso, visa de firma, documento de identificación, visa de fondos y chequeo de paro o revocación de orden de pago, mediante el ingreso al sistema de informática.
- La forma de pago puede darse en efectivo, para abono en cuenta y mediante la emisión de cheques de caja.
- Cuando el banco niega el pago del cheque, utiliza una boleta, en la que aparecen descritas las razones más comunes por las que se deniega el pago, sin ser estas las únicas, lo que significa que pueden darse otras situaciones no previstas en la papeleta.
- Los bancos demuestran que han efectuado el pago correspondiente por la certificación que estampa la máquina registradora en el título.
- Finalmente los cheques pagados pasan por los demás procesos que van desde su sumatoria para el cuadro de datos, la microfilmación por cuestiones de control, el envío a la unidad de punteo y foleo y su preparación para ser enviados en los estados de cuenta a los clientes.

De Pina Vara, Rafael menciona que la expedición de este tipo de cheque, “es necesario que quien lo solicite tenga una cuenta con recursos depositados en ese banco y que cuente con los fondos suficientes en la misma, para cubrir el monto del documento.”⁴¹

⁴¹ De Pina Vara, Rafael. **Teoría y práctica del cheque**. Pág. 374.

La institución bancaria emite este cheque (aunque el cliente carezca de una chequera personal) que solamente podrá ser cobrado por el interesado el mismo día en que lo haya solicitado y dentro de la misma sucursal en donde fue emitido. Generalmente este tipo de cheques son emitidos cuando el cliente requiere con urgencia de disposición de dinero en efectivo y ha olvidado la chequera o la tarjeta de débito.

- Características particulares

Tiene que anotar en el cheque su número de cuenta. Sólo será pagadero el mismo día y en la sucursal que lo expida, e implican una comisión.

Si por alguna causa extravía u olvida su talonario de cheques y necesita retirar una cantidad de dinero, puede solicitar un cheque de ventanilla, el cual es utilizado por el banco para situaciones de emergencia de los cuenta habientes. Causas de devolución de un cheque:

- a) Fondos insuficientes en el banco.
- b) Inexistencia de la cuenta bancaria de la que se emitió el cheque.
- c) Falta la firma del librador es diferente a como está registrada en el banco, es decir ésta se encuentra notoriamente alterada o falsificada.
- d) La numeración del cheque no corresponde a los esqueletos proporcionados al emisor, o bien, dicha numeración corresponde a la de un talonario que se reporto extraviado.
- e) Existe una orden judicial de no pagar.

- f) Ha sido revocado y ya venció el plazo legal para su presentación.
- g) El librador se encuentra en estado de concurso o suspensión de pagos.
- h) No existe continuidad en los endosos.
- i) Ha sido indebidamente negociado.
- j) No es a cargo de la institución bancaria en que se presenta (si no es depositado).
- k) Es pagadero en otra moneda.
- l) Está alterado.
- m) Carece de fecha.
- n) Ya se ha pagado el original o el duplicado.
- o) Esta mutilado o deteriorado.
- p) No reúne los requisitos legales señalados con anterioridad, como el no contener la orden incondicional de pago.
- q) Se cobra por cantidad distinta de lo que vale.
- r) No es compensable.
- s) Por causa imputable al banco librado.
- t) Otras que se hayan señalado expresamente por el banco en los contratos y que usted acepte.

➤ Recomendaciones generales

Cuando el banco le entregue su chequera, no le dé pena verificar ante el funcionario de la institución bancaria, que se encuentran todos los números de cheques que esta debería contener y si no es así repórteselo de inmediato para que se tomen las medidas correspondientes.

Recuerde que de acuerdo con la ley los cheques son pagados al momento en que se presentan para su cobro independientemente de la fecha que aparece en ellos, por lo tanto el banco los pagará aunque el documento indique una fecha posterior y aunque usted le haya solicitado al beneficiario que lo cobrara posteriormente. Si le han pagado con un cheque que no tiene fondos, solicite al banco que haga "el protesto" en el documento.

Esto quiere decir una indicación que el banco hace en el cheque señalando que no se hizo el pago por algunas de las razones en las causas de devolución de un cheque. Con esta indicación usted mediante un procedimiento judicial, podrá cobrarle a la persona que expidió el cheque la cantidad que ahí se establecía más una indemnización que de acuerdo a la Ley no puede ser menor del 20% de esa cantidad. Pregunte en su banco sobre las comisiones que se cobran por la expedición de cada uno de los tipos de cheques y cuál es el trámite a seguir en caso de cancelación de los mismos.

Tenga consigo una identificación de las que el banco considera como oficiales (credencial de elector, pasaporte vigente, cartilla del servicio militar) ya que de lo contrario no podrán prestarle el servicio. Recuerde que los rasgos de nuestra firma cambian con el tiempo, por lo que es conveniente que la actualice en los archivos del banco cada determinado tiempo,

para evitar que le nieguen el pago de algún cheque por que la firma del librador del cheque es diferente a la que el banco tiene registrada en sus archivos.

En caso de pérdida o robo de un cheque, repórtelo inmediatamente a su banco, quien le indicará el procedimiento a seguir para la cancelación del mismo. Recuerde que el traer consigo frecuentemente su chequera, incrementa el riesgo de extraviarla o de que alguien sustraiga uno de sus cheques sin que usted se dé cuenta, pudiendo realizar su cobro antes de que usted note su desaparición, con lo cual se hace imposible su cancelación o el evitar su pago.

Si ha cometido algún error en la elaboración de un cheque es preferible realizar uno nuevo ya que este no será pagado si presenta alteraciones, deterioros o mutilaciones. El jurista García Diego Mario Bouche, menciona “si usted desea realizar el cobro de un cheque, verifique los plazos que la Ley señala como límite máximo para este efecto, ya que si excede estos plazos, el librador del cheque ya no está obligado a mantener fondos suficientes en la cuenta para que el documento sea cobrado, en cuyo caso será necesario levantar el protesto y seguir un procedimiento judicial para recuperar las cantidades adeudadas.”⁴²

b) Pago por medio de cajeros automáticos

Esta unidad de pago difiere totalmente de la anterior, nació como una idea innovadora, para prestar a los clientes un servicio rápido, a través de un dispositivo **o cajero automático**, que pague los retiros en efectivo que requieran los usuarios, las 24 horas del día, los 365 días del año, por medio de un plástico o tarjeta de débito, que también es llamada **chequera electrónica**.

⁴² García Diego, Mario Bouche. **Operaciones bancarias**. Pag.385.

Para poner en marcha este sistema, se necesitaba una fuerte inversión en recursos financieros y humanos, por ello unieron esfuerzos ocho bancos, fundado lo que conocemos como **bancared**, empresa que diseñó, ejecutó y que actualmente pone en funcionamiento todo el engranaje de comunicaciones para operar y autorizar los retiros, mantener en constante funcionamiento los cajeros y atender todo lo relativo a este novedoso sistema.

a) Características

- Se suscribe un contrato que permite el procesamiento y la entrega de la tarjeta de Débito;
- Existe una línea de comunicación directa entre banca red y los computadores de los bancos afiliados, que permite realizar la consulta necesaria para establecer el saldo de la cuenta, si existen los fondos suficientes, el cajero dispensa el efectivo, de lo contrario, niega la operación;
- Los fondos inmediatamente se retiran del disponible de las cuentas y se rebajan definitivamente, cuando bancared envía los listados de retiro de todos sus cajeros;
- A parte del servicio de retiros en efectivo en los cajeros automáticos, la tarjeta de débito o chequera electrónica, sirve para pagar consumos en establecimientos comerciales afiliados a bancared, con débito automático en la cuenta de cheques.
- Los procedimientos operativos son similares, excepto el débito definitivo en la cuenta, para lo cual es necesario esperar que el establecimiento envíe a Banca red el **voucher** de consumo firmado por el cuenta-habiente.

Si bien los cajeros automáticos no constituyen un medio de pago, en tanto que no permiten que se realicen pagos entre distintos agentes, la infraestructura de cajeros establecida por la banca puede hacer accesible las disposiciones de efectivo, principalmente a través de tarjeta de débito. Los cajeros automáticos permiten a las personas, por un lado, mantener un saldo más alto en sus cuentas bancarias por medio del retiro de montos más pequeños con más frecuencia y, por otro, les permite un fácil acceso al dinero en momentos más oportunos.

Una operación en un cajero automático involucra al tarjeta-habiente, el banco emisor de la tarjeta, al propio cajero automático (que puede o no ser propiedad del banco que emite la tarjeta y la red a la cual tanto el emisor como el cajero automático están conectados. En el sistema financiero mexicano los bancos no solamente emiten las tarjetas sino también de la red y de los propios cajeros automáticos.

c) Pago por medio de la cámara de compensación

La compensación de cheques es un proceso en el que, de mutuo acuerdo pactado en un contrato, los participantes intercambian cheques y datos para su posterior compensación y liquidación que se realiza normalmente en los bancos centrales. Aún con la tendencia creciente de los pagos electrónicos en algunos países, el cheque sigue siendo un importante instrumento de pago, sobre todo para hacer pagos de bajo valor.

Por lo tanto, dentro de un sistema de pagos moderno, no pueden faltar las cámaras de compensación de cheques como otro subsistema importante del sistema de pago. Las cámaras automatizadas de compensación constituyen otro subsistema a considerar dentro de un sistema de pagos moderno, dada la variedad de medios de pago potenciales que pueden surgir como producto del desarrollo tecnológico.

En ese sentido, las cámaras procesan la compensación y liquidación de operaciones interbancarias electrónicas de débitos y créditos directos, así como también las derivadas de pagos al detalle con tarjetas de crédito y débito. Los cheques también pueden ser objeto de depósito, que se operan como efectivo, si son depositados en el mismo banco emisor, sin embargo, cuando se depositan en otros bancos, los fondos no están disponibles de inmediato, debido a que los títulos son enviados a cobro a los respectivos bancos.

Todos los bancos reciben depósitos de diferentes bancos, por ello se procede a entregar y recibir cheques de otras instituciones, este intercambio se lleva a cabo diariamente por medio de la cámara de compensación, que está ubicada en el Banco de Guatemala, en donde diariamente se reúnen delegados de todos los bancos a intercambiarse los cheques recibidos.

1) Características de este procedimiento de pago

- a) Los cheques de otros bancos recibidos en las distintas dependencias de las instituciones, se agrupan por banco;
- b) Las reuniones para compensar, se llevan a cabo tres veces diarias. La primera se denomina el anticipo y se lleva a cabo todos los días a las 18:00 horas, regularmente se compensan los cheques recibidos en la primera jornada.
- c) La primera compensación, tiene lugar a las 8:00 horas y se compensan los cheques de la primera jornada que no fueron enviados en el anticipo, así como los cheques recibidos en la segunda jornada. La segunda compensación tiene lugar a las 13:00 horas, aunque varía según el movimiento del día, pudiendo correrse media hora más.

- d) El horario de trabajo es rígido, los delegados deben de presentarse en los horarios señalados, de lo contrario corren el riesgo de no ingresar, lo que permitiría que reciban los cheques a cargo del banco, pero sin poder entregar en esa jornada los que el banco recibió.

2) Procedimiento del anticipo y primera compensación

- a) Se procesan los cheques en máquinas lecto-clasificadoras, para chequear la lectura de los caracteres magnéticos.
- b) Se post-marcan las cantidades de los cheques, por medio de máquinas específicas para ese fin, cotejando la suma de los cheques contra el total que envía el otro banco, de existir discrepancia, se informa al banco remitente y se efectúan los complementos correspondientes;
- c) Los cheques son procesados nuevamente en la máquina lecto-clasificadora, grabando el número de cheque y cuenta, así como el valor en un diskette, que a la vez se carga al sistema para visa de fondos disponibles y de los requisitos de fondo y de forma del cheque. Si los cheques son mayores de Q. 50,000.00 (cincuenta mil quetzales), se confirman telefónicamente con el cuenta-habiente;
- d) Los cheques rechazados por cualquier causa, se precintan y se envían al banco remitente para que los debite de la cuenta en la cual fueron depositados.

3) Procedimiento de la segunda compensación

Por política, cuando un cheque es rechazado por reserva de cobro local, se redeposita automáticamente, siempre y cuando sea la primera vez que se rechaza por ese motivo, en

estos casos, la reserva de cobro se prolonga un día más. Luego de aplicar los cargos, se procede a liberar las reservas, quedando los fondos disponibles en las cuentas.

CAPÍTULO IV

4. Los daños

Los daños se consideran como el detrimento y menoscabo que las personas sufren en su patrimonio y su persona moralmente y psicológicamente, con la obligación de resarcirlo en las personas o en las cosas, a consecuencia de una acción que recae sobre ellas.

4.1. Definición de daño

Ossorio Manuel establece que el daño es “como el detrimento perjudicioso, menoscabo, dolor, maltrato de una cosa.”⁴³ Puig Peña, expresa “que es el mal producido en las personas o en las cosas, a consecuencia de una acción que recae sobre ellas.”⁴⁴

Benjarano Sánchez, expone “que el daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos, patrimonio, cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición.”⁴⁵ Según Cabanellas, el daño “es toda suerte del mal material o moral, el detrimento, perjuicio o menoscabo, que por acción de otro recibe en la persona o en los bienes.”⁴⁶

Zannoni, define el daño, “como el menoscabo que consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio.”⁴⁷

⁴³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 418.

⁴⁴ Puig, Peña, Federico. **Tratado de derecho civil español.** Pág. 25.

⁴⁵ Benjarano Sánchez, Manuel. **Obligaciones civiles.** Pág. 218.

⁴⁶ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 731.

⁴⁷ Zannoni, Eduardo. **El daño en la responsabilidad civil.** Pág. 55.

El autor Guillermo Cabanellas, manifiesta lo siguiente, “daño en sentido amplio, es toda suerte del mal material o moral. Más particularmente el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes.”⁴⁸ El daño puede provenir del dolo, de la culpa o del caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o casualidad entre el autor y el efecto, en principio el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan solo indemnización, y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esa

De lo anterior se analiza en este orden que los daños se consideran siempre como la pérdida que las personas sufren en su persona, ya que puede ser daño sobre los bienes, sobre el patrimonio o en si sobre la persona física, los daños se refieren a las cosas materiales o morales habiendo siempre en consecuencia un sujeto activo quien es el que realiza el daño y un sujeto pasivo que es quien recibe el daño. La extensa connotación de la aceptación vulgar, la expresión daño siempre arrastra en su seno elementos jurídicos que por supuesto no alcanzan allí una precisa ubicación ni un autentico sentido de la juridicidad, se da aquí el que podamos ir caracterizando de más en más el significado de la palabra en su estricta connotación técnica.

En el derecho civil guatemalteco, el daño es uno de los primeros elementos constitutivos de la responsabilidad civil y de la consecuente obligación de repararlo por parte del sujeto activo quien es el que ejerce la acción en contra del sujeto pasivo quien es el que recibe el daño en su patrimonio o en su persona.

El daño se define como toda desventaja que sufren los individuos en los bienes jurídicos de una persona, y para ser tenido en cuenta, debe ser cierto al menos con una certeza

⁴⁸ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 731.

relativa, no eventual. El daño se clasifica, en daño emergente y lucro cesante. El primero hace referencia a la disminución patrimonial directa derivada de la actuación dañosa, mientras que el segundo se refiere a la ganancia dejada de obtener por la persona, la pérdida o el menoscabo de algo que habría llegado a formar parte del patrimonio si el evento dañoso no se produce. Se habla de los daños morales, que son los que lesionan los derechos derivados de la personalidad y entre los que destacan aquellos que afectan a la salud, la libertad, el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.

El daño puede ser consecuencia de una acción negligente de alguien con quien la víctima no estaba unida por ningún tipo de relación contractual anterior, dando lugar a la responsabilidad civil extracontractual, o ser producto en concreto de un incumplimiento de contrato, en cuyo caso estaremos ante la responsabilidad civil contractual, así vemos las diferentes formas de daños en la responsabilidad civil y mencionar otros tipos de daños que se pueden causar no importando en que rama del derecho estemos ubicados.

Se ha desglosado los daños causados por un sujeto, ahora si se amplía más el término, se observara que en el derecho penal haciendo una connotación más amplia de lo que significa daño, este puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito según el grado de malicia, negligencia o causalidad entre el autor y el efecto. En principio el daño doloso obligaba al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan solo indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia.

En materia penal se contempla este delito cuando una persona lo causa en propiedad ajena si su actuación no está penalizada por otro motivo. El delito de daño se entiende agravado si se realiza para impedir el libre ejercicio de la autoridad o como venganza de

sus determinaciones, cuando se causa por cualquier medio de infección o contagio de ganado, empleando sustancias venenosas o corrosivas, si afecta a bienes de dominio o uso público o comunal, o cuando se arruina la persona que sufre el agravio se le coloca en grave situación económica.

También adquiere especial gravedad este delito si se destruyen, dañan de modo grave o se inutilizan para el servicio, aunque sea de forma temporal, los servicios que el Estado presta hacia la sociedad.

En la actualidad en muchos países también se condena, como autor de un delito de daños, a quien por cualquier medio destruye, altera, inutiliza o empleando otros procedimientos daña los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos. Daños que provocan una gran desventaja en la industria computarizada, ya que en la actualidad todo se maneja a través de la computación.

Si se trata de un daño material, el derecho intenta siempre la reparación en forma específica. Sin embargo, hay casos que no admiten la reparación en especie, como son los daños físicos personales o los daños morales, en estos supuestos, el dinero no cumple en realidad una función reparadora, pues no es posible entender ni aceptar que la pérdida de un brazo, una invalidez permanente o la muerte de un ser querido valen o se traducen en una determinada cantidad de dinero.

Sin embargo, el dinero puede servir como la fórmula de compensación de algún modo del daño producido. Analizando las diferentes ramas del derecho, el daño siempre es el mal producido en las personas o en su patrimonio obligado a resarcir las obligaciones provenientes de los mismos.

4.2. Clases de daño que enmarca la doctrina

“El Licenciado Manuel Ossorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales señala la clasificación de los daños siguientes”:⁴⁹

- Daño cierto

Aquel cuya producción presente o futura ofrece certidumbre, sin que el perjuicio efectivo que ocasione dependa de que se den, o no, en el futuro, otros hechos. El daño es cierto aunque su monto no pueda ser previamente determinado. Es el que enmarca tanto la doctrina como la ley que quien infrinja determinada conducta debe resarcir el daño causado.

- Daño emergente

En latín, *Dammun Emergens*, se refiere la expresión a la pérdida que un acreedor sufre por el incumplimiento de la obligación del deudor. Como vemos es el daño que el deudor le provoca al acreedor por no hacer efectivo el pago en el tiempo que se estipula entre ambos cuando llevan un negocio de alguna índole, el cual se ve con más relevancia en materia civil.

- Daño fortuito

Perjuicio que se causa a una persona o a sus bienes cuando se incumple o no se da cumplimiento a una obligación por imposibilidad derivada de circunstancias imprevisibles o que previstas no han podido evitarse, en tal circunstancia queda eximido de responsabilidad el deudor, a no ser que hubiere tomado a su cargo las consecuencias del

⁴⁹ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 610.

caso fortuito o que este hubiere ocurrido por su culpa, o hubiere sido aquel constituido en mora no motivada por caso fortuito. Daño que proviene cuando con acciones u omisiones que se realizan conforme a derecho, poniendo en ellas la debida diligencia, producen un resultado dañoso por mero accidente, es decir que no se tiene la voluntad de realizar un mal en las personas o en los objetos materiales.

- Daño irreparable

Expresión que, en algunos léxicos jurídicos, equivale al gravamen irreparable con que en derecho procesal se caracteriza al perjuicio que sufre una de las partes litigantes por una resolución interlocutoria que decide una cuestión no susceptible de su modificación en la sentencia definitiva.

- Daño material

El daño puede ser de tipo material o moral. Entiéndase por la primera especie aquel que, directa o indirectamente afecta un patrimonio a aquellos bienes (cosas o derechos) susceptibles de valuación económica (agravio material) y el moral, agravio que se causa a una persona en su honor, efectos o sentimientos de acción culpable o dolosa de otro. Este daño podemos encuadrarlo en los delitos de calumnia, injuria y difamación que regula nuestro Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, en los delitos contra el honor.

- Daño particular

Consiste en el daño inmediato que producen los delitos a un individuo o a un grupo de individuos en sus derechos particulares, es decir en aquellos en los cuales solamente las personas afectadas tienen directamente el derecho a reclamar los daños y perjuicios

ocasionados, esto lo podemos ver en el derecho penal en los delitos de hurto, en el homicidio o en las lesiones que afectan directamente el patrimonio, la vida o la integridad física de las víctimas, y no a los demás integrantes de la comunidad, cuyos derechos a la propiedad, a la vida o a la integridad física no se encuentran afectados.

- Daño patrimonial

Daño material en sí, ya antes mencionado.

- Daño personal

Esta expresión se entiende en el sentido de que nadie puede reclamar más que la reparación de un perjuicio que le es propio, y originado en la lesión de sus bienes morales o económicos, tanto si el agravio le afecta directamente como si le afecta indirectamente.

- Daño potencial

El hipotético o eventual, el que puede llegar a producirse, por oposición al daño actual, ya producido de hecho. El concepto adquiere especial importancia en el derecho penal, en los llamados delitos de peligro.

- Daño Universal

En la definición de Moras Mom Jorge Gustavo en relación a los delitos sociales, “se entiende que causan un daño universal aquellos que afectan a todos los individuos no en sus derechos particulares, sino como individuos integrantes de una comunidad, tal como

sucede cuando se ataca a la justicia, aún cuando la ofensa vaya dirigida directamente a un juez.”⁵⁰

- Daño causado por animales

Tanto si se trata de animales domésticos como animales feroces, el dueño de ellos responde por los daños que causaren, responsabilidad que encuentra su fundamento en la teoría del riesgo.

En igual responsabilidad incurre la persona a la cual se hubiere mandado el animal para servirse de este, salvo repetición contra el propietario.

Pero si el animal causante del daño hubiere sido excitado por un tercero, la responsabilidad será de este y no del dueño.

- Daños causados por cosas inanimadas

La responsabilidad de quien ha causado un daño se extiende a los provenientes de las cosas de que se sirva o que tiene a su cuidado y que causa un perjuicio hacia otra persona.

- Daños causados por hecho ajeno

La responsabilidad de quien ha causado un daño se extiende a los originados por las personas que están bajo su dependencia por eso los padres responden por los daños causados por sus hijos menores de edad que están bajo su poder y que habiten con ellos.

⁵⁰ Moras Mom, Jorge Gustavo. **Procedimientos penales por delitos de acción privada.** Pág. 219.

- Daños e intereses

Expresión utilizada en cuanto a la responsabilidad civil se llama daño e intereses a el valor de la perdida que haya sufrido y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación por la inejecución de esta a su debido tiempo. (Es más técnico hablar de daños y perjuicios)

- Daños internacionales

Son lesiones sufridas en su persona o bienes por los habitantes de países en guerra, aunque no hubieren tomado parte directa en la lucha terrestre, marítima o aérea.

4.3. Regulación legal de los daños

El Artículo 1645 del Código Civil, Decreto 106, prescribe; toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o por imprudencia, está obligado a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

El precepto legal es muy claro al establecer que la persona que causa un daño tiene la obligación de resarcirlo aunque no hubiese tenido la intención de causarlo, pero haya causado un perjuicio en contra de una tercera persona, es muy amplio, y nos da el margen de pensar de que siempre se debe resarcir, salvo por caso fortuito.

También él Artículo 1646 del Código Civil, Decreto 106 señala lo siguiente; el responsable de un delito doloso o culposo, está obligado a reparar a la victima los daños y perjuicios que le haya causado.

Como bien sabemos los delitos dolosos son todos aquellos en los que se planea la realización de un hecho en contra de una tercera persona o aunque no se planea se presenta como posible y ejecuta el acto, y el culposo es aquel que no se tiene la voluntad de causarlo, pero se actúa con negligencia e impericia produciendo un resultado inesperado; nos señala que quien cause cualquiera de estos tipos, y cause un grave perjuicio está obligado a reparar lo causado.

Así mismo el Artículo 1647 del Código Civil, Decreto 106 prescribe: la exención de responsabilidad penal no libera de la responsabilidad civil, a no ser que el juez así lo estime atendiendo a las circunstancias especiales del caso. Al igual que el anterior precepto legal, enfoca los daños y perjuicios en materia penal.

El Artículo 1648 del Código Civil, Decreto 106 prescribe: la culpa se presume, pero esta presunción admite prueba en contrario. El perjudicado solo está obligado a probar el daño o perjuicio sufrido.

Por medio de este artículo, se da la posibilidad a la persona acusada de cometer un perjuicio que demuestre de modo evidente con pruebas su inculpabilidad, por eso establece que la culpa se presume.

De los Artículos mencionados, observamos que los daños siempre van en contra y detrimento de la persona en consecuencia de haber actuado con negligencia, en todo juicio sea laboral, sea penal, sea civil siempre se van a pedir el resarcimiento de daños y perjuicio, de este modo las autoridades también pueden caer en daño por dictar una resolución incoherente, o por haber causado un perjuicio a la parte demandada dentro de un proceso judicial.

a) Los daños en Guatemala

La legislación penal sustantiva, en el Artículo 278 del Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala establece: Daño: quien de propósito, destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo deteriorare, parcial o totalmente un bien de ajena pertenencia, será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de doscientos a dos mil quetzales

El tratadista Cabanellas, Guillermo señala que el daño penal, “es una variedad del daño civil, tienen por consiguiente daño penal y daño civil grandes semejanzas, diferenciándose el daño penal sin embargo por dos características.”⁵¹

Que el hecho ha de encajar en alguna de las figuras del delito. Conforme a la jurisprudencia establecida, que en el hecho concurra el ánimo específico de dañar.

Según la legislación guatemalteca, se requiere de un propósito específico de menoscabar el valor del bien ajeno. Gonzales de la Vega, expresa, que “la línea divisoria que permite distinguir el daño de otros delitos patrimoniales a los que hemos llamado delito de enriquecimiento indebido, es la ausencia de lucro directo, el dañador ni para sí ni para otro se hace de lo ajeno, su acción alcanza el simple atentado en la cosa.”⁵²

b) Elementos de los daños

✓ Material

El hecho de destruir, inutilizar, desaparecer o determinar un bien ajeno, en cualquier forma.

⁵¹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 418.

⁵² Gonzales de la Vega Francisco. **Derecho penal mexicano**. Pág. 522.

✓ Interno

El querer realizar el propósito directo. El Artículo 12 del Decreto 17-73 del Congreso de la República, Código Penal, establece: Delito Doloso: el delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto, o cuando sin perseguir ese resultado, el autor se le presenta como posible y ejecuta el hecho.

De León Velasco y De Mata Vela, señalan que dentro de la norma citada se encuentran dos clases de dolo, “el dolo directo, que es también se le conoce como dolo intencional o dolo determinado. El dolo eventual, siendo este tipo de dolo, cuando el sujeto se presenta y el resultado como probable producción, es una categoría entre el dolo y la imprudencia.”⁵³

4.4. Características

a) En la ley

El Artículo 278 del Código Penal, regula el daño y nos da las características del mismo, siendo las siguientes:

Deterioro: a lo que según Ossorio, denomina “averías o desperfectos.”⁵⁴ Entiendo que se refiere a ese desperfecto que puede sufrir una cosa o bien, de propia o ajena pertenencia.

Menoscabo o destrucción: Ossorio, nos menciona que es “ruina o aniquilamiento.”⁵⁵

Deja pues la legislación guatemalteca en total ausencia de regulación la forma culposa en este delito, pues como se desprende de la norma legal, se necesita un dolo directo para la configuración del mismo. Lo cual no significa que el mismo equivale a la detención ilegal

⁵³ De León Velasco, Héctor Aníbal y De Mata Vela, José francisco. **Derecho penal guatemalteco parte general.** Pág. 281.

⁵⁴ Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 210.

⁵⁵ **Ibid.**

con violación a las garantías constitucionales previamente establecidas, ya que si bien es cierto, el dolo se da de manera directa, no menos cierto es que existe el proceso legal para que se dé la aprehensión correspondiente.

b) En la doctrina

La doctrina nos establece que el daño es el acto ilícito ejecutado a sabiendas, de causar perjuicios a otra persona o a sus derechos.

Consiste, dice la doctrina en la destrucción, inutilización, desaparición o cualquier otro daño de una cosa mueble, inmueble o semoviente, total o parcialmente ajena, cuando el derecho no constituye delito más grave, el daño ajusta su gravedad al objeto sobre el que recaiga.

La ilicitud en el daño no es de carácter general o indiferenciado, sino que contiene el concepto de ilicitud con vista preferentemente a una de sus consecuencias eventuales, como la punibilidad en lo penal y el resarcimiento en lo civil. En virtud de lo anterior, considero que las principales características de los daños en la doctrina son:

Ilícitud: que es de carácter particular, esto es, que se circunscribe la tipificación del delito al hecho concreto, al hecho en sí.

Que la sanción que deviene de la comisión, retrata la hipótesis normativa, en el entendido que si la hipótesis se cumple, la consecuencia sólo será por el hecho cometido, sin inmiscuir otra conducta que se asemeja o encaje dentro de los daños, porque de lo contrario sólo se penaría el delito más grave, no así los daños. Por ello, todo delito que ha generado un daño da lugar a que se haga valer su reparación. Por tanto, si se determina la existencia de un delito, pero no así un daño es por lógica que no se puede hacer valer una reparación.

4.5. Clases de daños

4.5.1 Según la materia que los regula

a) Daños en el derecho civil

En el derecho civil el daño es el primer elemento constitutivo de la responsabilidad civil y de la consecuente obligación de repararlo. El daño se puede definir como toda desventaja en los bienes jurídicos de una persona y, para ser tenido en cuenta debe ser cierto (al menos con una certeza relativa), no eventual. El daño se puede clasificar en daño emergente y lucro cesante. El primero hace referencia a la disminución patrimonial directa derivada de la actuación dañosa, mientras que el segundo se refiere a la ganancia dejada de obtener por ella, la pérdida de algo que habría llegado a formar parte del patrimonio si el evento dañoso no se produce.

También se reconocen los llamados daños morales, que son los que lesionan los derechos derivados de la personalidad y entre los que destacan aquellos que afectan a la salud, la libertad, al derecho, al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. El daño puede ser consecuencia de una acción negligente, de alguien con quien la víctima no estaba unida por ningún tipo de relación contractual anterior, dando lugar a la responsabilidad civil extracontractual o ser producto en concreto de un incumplimiento de contrato, en cuyo caso estaremos ante la responsabilidad civil contractual.

La indemnización, es una suma de dinero que se paga a una persona que ha sufrido un daño o perjuicio, para que con ella quede indemne o, al menos, compensada de la pérdida producida. Si se trata de un daño material, el derecho intenta siempre la reparación en

forma específica: así, el daño producido en el automóvil como consecuencia de un accidente de tráfico será resarcido.

Sin embargo, hay casos que no admiten la reparación en especie, como son los daños físicos personales o los daños morales: en estos supuestos, el dinero no cumple en realidad una función reparadora, pues no es posible entender ni aceptar que la pérdida de un brazo, una invalidez permanente o la muerte de un ser querido valen o se traducen en una determinada cantidad de dinero. Sin embargo, el dinero puede servir como fórmula de compensación, incluso cuando se trata de un procedimiento muy tosco.

En el derecho civil, la indemnización puede responder a un doble origen, según se encuentren la víctima y el causante del daño vinculados con antelación por un contrato o no estén relacionados por ningún acuerdo. En el primer supuesto, la indemnización es la respuesta a la responsabilidad civil contractual (como la que debe asumir el constructor de un edificio frente al cliente que lo encargó, por los vicios o defectos de la construcción o el mecánico que lleva a cabo defectuosas reparaciones en el vehículo y provoca que se incendie).

En el segundo caso, se trata de responsabilidad civil extracontractual: las partes no se encontraban vinculadas por una relación contractual previa (atropello de automóvil, accidente de caza, pedrada que un niño propina a otro en un parque, por ejemplo). Para que pueda haber indemnización, debe existir relación de causalidad entre la acción o la omisión dañosa y el daño producido.

El Artículo 1434 del Código Civil, Decreto Ley 106, establece: los daños que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio y los perjuicios, que son las ganancias

lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencias inmediatas y directas de la contravención, ya sea que se hayan causando o que necesariamente deban causarse.

El Artículo 1645 del mismo cuerpo legal precitado establece: toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Como puede determinarse al tenor de las normas legales citadas, dentro del derecho civil, los daños se traducen en la pérdida y perjuicio que sufre la persona que ha causado el daño en la obligación de repararlo, pero debemos tomar en cuenta, que no se traduce en pena, sino más bien es un reclamo patrimonial del sujeto particular.

b) Daños en el derecho penal

Daño en derecho penal: Se contempla este delito cuando alguien los causa en propiedad ajena si su actuación no está penalizada por otro motivo. Asimismo, el delito de daño se entiende agravado si se realiza para impedir el libre ejercicio de la autoridad o como venganza de sus determinaciones, cuando se causa por cualquier medio de infección o contagio de ganado, empleando sustancias venenosas o corrosivas, si afecta a bienes de dominio o uso público o comunal o cuando se arruina al perjudicado o se le coloca en grave situación económica.

También adquiere especial gravedad este delito si se destruyen, dañan de modo grave o se inutilizan para el servicio, aunque sea de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transporte o

transmisión militar, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las fuerzas armadas o de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

En la actualidad en muchos países también se condena, como autor de un delito de daños, a quien por cualquier medio destruye, altera, inutiliza o empleando otros procedimientos daña los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos.

El Artículo 278 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, establece: Daño. Quien de propósito, destruyera, inutilizare, hiciera desaparecer o de cualquier modo deteriorase parcial o totalmente, una bien de ajena pertenencia. Como puede determinarse, de la definición de la norma legal citada, los elementos del daño se traducen en un elemento material que consiste en el hecho de destruir, inutilizar, desaparecer o deteriorar un bien ajeno, en cualquier forma y un segundo elemento interno que está representado por el querer realizarlo, el propósito directo.

En consecuencia, dentro del derecho penal, el daño se traduce en el mal que se causa de forma dolosa, es decir, que la persona lo ha previsto o cuando sin perseguir ese resultado, el autor se lo representa como posible y ejecuta el hecho. Además, el daño penal es una variedad del daño civil, tienen por consiguiente daño penal y daño civil grandes semejanzas.

Este sin embargo, el daño, pena, puede distinguirse por dos características: Que el hecho ha de encajar en alguna de las figuras del delito. Conforme a la jurisprudencia establecida, que en el hecho concurra ánimo específico de dañar. Según nuestra ley, se requiere un propósito específico de menoscabar el valor del bien ajeno, precisamente la línea divisoria que permite distinguir el daño de otros delitos patrimoniales a los que se llaman delitos de

enriquecimiento indebido, es la ausencia del lucro directo. El dañador ni para sí ni para otro se hace de lo ajeno; su acción alcanza al simple atentado en la cosa.

c) Daños en el derecho administrativo

Dada la íntima relación que existe entre el derecho administrativo con el derecho constitucional, se puede citar al respecto el Artículo 155 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece: Responsabilidad por infracción a la ley.

Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirve, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causen. Lo anterior no deja en claro que la responsabilidad de los funcionarios públicos fuera de otro tipo de responsabilidad, son susceptibles de incurrir en menoscabo, deterioro o avería de la cosa pública o bien directamente a los administrados, lo que los deja en la obligación de reparar los males causados.

d) Daño moral

El daño moral es un daño no aparente, no afecta al patrimonio material de la víctima en cuantía determinada o determinable, tiende en cambio a menoscabar y destruir la reputación de que goza la persona dentro del círculo social en que se desenvuelve y que afecta la creencia, sentimiento, dignidad, fama, honor, prestigio profesional, renombre dependiente de clientela con motivo de la esfera de actividades en que se desenvuelve.

Atribuyéndole una falta o ausencia de probidad o moralidad por medio de acciones con aptitudes e idoneidad suficiente para atacar el prestigio y reputación de la persona, cuyos efectos pueden ser más nocivos que el causado al patrimonio mismo, situación que

produce en el afectado un sufrimiento, un dolor psíquico, una depresión o una reacción de indignación, que obviamente provoca un deseo de venganza, al ver perturbado su prestigio y estimación de que goza en la sociedad.

e) Daños en el derecho alemán

Ferreira Delgado Francisco, Manifiesta al respecto “que desde el fin del siglo XIX, se habla de análisis económico del derecho, como herramienta de conocimiento en el estudio de temas como contratos y responsabilidad civil.”⁵⁶

4.6. Según las consecuencias o efectos que producen

1) Como pérdida del patrimonio

Una vez determinado cual es el daño que se puede reclamar, dice Núñez “la manera que se puede reparar, es que tiende a suprimir el daño y obliga al autor a reponer en el patrimonio del damnificado, los elementos que sufrieron menoscabo, reparación que se puede hacer mediante la restitución o la reparación que se puede hacer mediante en sentido estricto o indemnización.”⁵⁷

El daño emergente, es efectivamente del perjuicio sufrido que comporta un empobrecimiento del patrimonio en sus valores actuales. También el lucro cesante, que se convierte en la ganancia de que fue privado el damnificado.

Entiendo que el daño desde este punto de vista es un resarcimiento de carácter civil, propiamente dicho, aunque como bien establece el Artículo 1646 del Código Civil que el responsable de un delito doloso o culposo está obligado a reparar a la víctima los daños y perjuicios causados.

⁵⁶ Ferreira Delgado, Francisco. **Teoría general del delito**. Pág. 198.

⁵⁷ Núñez, Ricardo. **La acción civil en el proceso penal**. Pág.

2) Como lesión al bien jurídico tutelado

Al respecto Palacios Mota, sostiene que “es el interés que el Estado pretende proteger a través de los distintos tipos penales, interés que es lesionado o puesto en peligro por la acción del sujeto activo, cuando del sujeto activo, cuando esta conducta se ajusta a la descripción penal.”⁵⁸

El delito de daños regulado en el Artículo 278 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, se encuentra regulado dentro del Título VI, de los delitos contra el patrimonio; presentando importancia para la ley, en este caso el patrimonio que es el bien jurídico que se encuentra amparado dentro del derecho.

En este sentido puede presentarse el daño como una modalidad del bien jurídico tutelado, debido a la tutelaridad del patrimonio presentado en la ley y tipificado por la misma como delito.

4.7. Recopilación analítica sobre los responsables civiles

Como se ha visto las personas responsables civilmente del hecho delictivo se dividen en dos: directos e indirectos. Los primeros se pueden subdividir por hechos propios y ajenos, siendo los primeros los más comunes, donde el responsable del delito es el responsable de reparar el daño, mientras que los segundos, las personas obligadas son responsables a través de la culpa in vigilando o in eligete.

En cuanto al responsable indirecto, su responsabilidad nace a raíz del vínculo existente entre el principal obligado, sin necesidad de establecerse una culpa, por lo que se habla de una responsabilidad eminentemente objetiva.

⁵⁸ Palacios Mota, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal primera parte.** Pág.72.

El problema que puede surgir en nuestro sistema jurídico y jurisdiccional es cuando no se determina la responsabilidad penal de una persona que es dependiente de una institución o empresa, pero sí se determina la negligencia en los controles administrativos y de policía que dieron como lugar el hecho delictivo.

En estos casos tal como se prevee en el Código Penal en el Artículo 112, no se puede responsabilizar civilmente a una persona jurídica si no se logra determinar la responsabilidad penal de algún empleado cuando se acciona penal y civilmente en un mismo proceso; por ejemplo, en el caso del Instituto de Guatemalteco de Seguridad Social, donde se han absuelto a los procesados penalmente y paradójicamente se condena al pago de responsabilidades civiles a la institución en el mismo proceso.

Se considera que de conformidad con nuestra legislación no puede condenarse civilmente a una persona a quien se le absolvió penalmente; por qué podría resultar condenado si se le demostró que no cometió ningún delito.

Es cierto que el tribunal de sentencia por razones morales y humanitarias creó la necesidad de condenar civilmente a la institución, pero lamentablemente sin fundamento y argumentación legal, contradiciendo con ello el principio de legalidad, el cual fue restablecido en la sala de apelaciones, que declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por el tercero civilmente demandado, que en este caso es el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

La intención no es quedar enmarcados a favor de las injusticias sociales sino encerrar y corregir las injusticias legales establecidas en nuestra legislación, pues en la actualidad de conformidad con la normativa penal y civil, Artículos 112 del Código Penal y 1646 del Código Civil sólo puede condenarse civilmente si se le demuestra su responsabilidad penal,

con ello se dejan enormes vacíos legales, como en el caso planteado, cuando en alguna institución se cometió un hecho delictivo pero no se determinó la responsabilidad penal de una persona.

La legislación guatemalteca, menciona que la única vía es no agotar la acción civil en el mismo proceso penal, tal y como lo establece el Artículo 1647 del Código Civil, en el que se determina que la responsabilidad penal no libera de la civil, por lo tanto es la única vía posible, pero se hace necesario no ejercitar la acción civil juntamente con la penal, puesto que si se ejercitara juntamente y se llegara a la etapa del debate ya no podría abarcar la denuncia de la acción y provocaría una sola alternativa, que sería la condena penal para provocar la condena civil, puesto que si no ocurriera así, tal y como ha sucedido en el caso del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, ya no sería posible, porque sería ilegal condenar civilmente y absolver penalmente.

4.8. La responsabilidad civil derivada del delito de daños

Actualmente, en el derecho penal moderno, se encuentran perfectamente bien definidas las consecuencias jurídicas de la infracción penal (delitos o faltas), que son de orden penal y también de orden civil, desde el punto de vista penal, las consecuencias jurídicas son: las penas y las medidas de seguridad y desde el punto de vista civil, son consecuencias jurídicas derivadas de la infracción penal, las llamadas responsabilidades civiles que conllevan las reparaciones e indemnizaciones de daños y perjuicios por parte del sujeto activo a favor del sujeto pasivo.

Una infracción a la ley penal del Estado, sea ésta delito o falta, generalmente causa dos tipos de males distintos: Un mal social o colectivo, que consiste en la perturbación, la alarma, el temor que el delito causa en la conciencia de los ciudadanos y que

indiscutiblemente afecta intereses públicos, sociales o colectivos, he aquí que el Estado y la sociedad, resultan ser sujetos pasivos mediatos en todos los delitos o contravenciones.

Esta perturbación al orden jurídico existe, es el daño social, que se pretende reparar y evitar con la imposición de la pena y la medida de seguridad. Luego existe un mal individual, que consiste en el daño causado directamente sobre la víctima que es el sujeto pasivo del delito, ya sea en su honor, en su patrimonio, libertad, vida, integridad personal, etc. El daño individual es precisamente el que se pretende reparar a través de las indemnizaciones de carácter civil, tienden en última instancia a restaurar el orden jurídico perturbado.

La responsabilidad civil se encuentra regulada en el Código Penal, del Artículo 112 al 122. El Artículo 112 del Código Penal establece: Toda persona responsable penalmente de un delito o falta, lo es también civilmente; lo cual significa que el órgano jurisdiccional al dictar el fallo y declarar la responsabilidad penal del sujeto activo por delito o falta, lo hará también sobre la responsabilidad civil nacida de estos.

Sin embargo, hay que dejar bien claro, que el juzgador penal tiene la obligación de hacer la declaración de la responsabilidad civil del condenado y fijar el monto de la misma, ordenando que ésta se haga efectiva durante los tres días después de estar firme y debidamente notificado el fallo, lo cual significa que el juez penal debe ejecutar la responsabilidad civil impuesta, ello quiere decir que si el condenado no lo hace, a la parte ofendida en el delito, le queda la vía civil abierta, para que un órgano jurisdiccional del ramo civil, pueda ejecutarlo a instancia de la parte interesada y siempre que no prescriba su derecho.

El Artículo 121 del Código Penal establece: la reparación se hará valorando la entidad del daño material, atendiendo al precio de la cosa y la afcción del agraviado si constare o pudiere apreciarse. En cuanto a los daños materiales causados por el delito, no hay mayor problema por cuanto estos pueden repararse y valorarse objetivamente, el problema surge cuando se refiere a la reparación de los daños morales, que son subjetivos; al respecto la doctrina distingue entre dos clases de daños morales: los daños morales que causan una perturbación de carácter económico (el descrédito en relaciones comerciales, por ejemplo) cuya evaluación más o menos aproximada es posible, no el daño moral propiamente dicho, sino en las perjudiciales consecuencias patrimoniales en que se concreta.

Luego están los daños morales que se limitan al dolor, angustia, tristeza, pero la aflicción moral no tiene repercusión alguna de carácter económico, aquí es donde se presenta la verdadera dificultad.

Las opiniones se dividen y mientras unos niegan la responsabilidad civil de estos males, otros las defienden. Los que la niegan, alegan la imposibilidad de establecer una relación entre el daño moral y su equivalencia económica, que admitida la reparación, dicen tendrían más carácter de pena (de multa) que el de resarcimiento.

Los que la aceptan aducen que la ley que ordena el resarcimiento de los daños patrimoniales causados por el delito no deben exceptuarse los causados por el patrimonio, más sagrado que es el patrimonio moral y argumentan que la determinación de un daño no es otra cosa que la determinación de las modificaciones producidas en nuestros goces; con el dinero no es posible devolver la alegría perdida y el bienestar moral gozado antes del delito, con él se puede obtener el medio para procurarse nuevos goces que compensen los que fueron arrebatados por el hecho delictuoso. En la legislación guatemalteca se acepta

esta última corriente, aun y cuando dice: y el de afección del agraviado si constatare o pudiera apreciarse.

A pesar de que la ley no explica nada más, desde el punto de vista técnico (strictu sensu), el perjuicio se identifica con la ganancia lícita que se deja de obtener o los gastos que ocasiona una acción u omisión ajena, culposa o dolosa; no se diferencia del daño porque éste es el que recae directamente sobre el bien patrimonial (el deterioro) mientras el perjuicio deviene precisamente de ese daño causado sobre los mismos y el perjuicio es el que sufren los propietarios a causa del daño. De tal manera que la responsabilidad civil debe cubrir los daños y perjuicios, que sufre el sujeto pasivo u ofendido en el delito.

4.9. Definición de perjuicio

El Licenciado Manuel Ossorio, manifiesta lo siguiente “perjuicio es la ganancia lícita que deje de obtenerse o deméritos o gastos que se ocasionan por actos u omisiones de otros y que este debe de indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo.”⁵⁹

Para algunos autores el concepto perjuicio se encuentra subsumido en el daño, o sea, que el perjuicio no es sino una modalidad del concepto más amplio de daño. Es por ello que muchas veces no lo diferencian.

Para Guillermo Cabanellas “perjuicio es la pérdida de utilidad o de ganancia, cierta y positiva, que ha dejado de obtenerse, pues el herido, por ejemplo ha perdido sueldos y honorarios, o la máquina rota ha dejado de producir tal artículo”.⁶⁰

⁵⁹ Ossorio, **Ob. Cit.** Pág. 567.

⁶⁰ Cabanellas, **Ob. Cit.** Pág. 579.

Es por ello que los perjuicios son las causas que sobrevienen después de haber actuado de determinada forma y haber causado un daño se debe de reparar por parte del sujeto que lo realizó la acción ya sea en materia penal, civil o laboral o de cualquier otra que cause un perjuicio. Se debe de reconocer atendiendo a la gravedad del daño causado que sobreviene un problema en virtud que se debe de considerar quien tiene un carácter más aleatorio, es por ello que es misión del derecho a través de los órganos encargados de determinar y lograr la justa separación entre las ganancias y lucro verdadero dejado de percibir.

a) Regulación legal de los perjuicios

El Artículo 1645 del Código Civil, Decreto 106 del Congreso de la República, prescribe; Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o por imprudencia, está obligado a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Este Artículo nos viene a fundamentar lo que se argumentó anteriormente por los daños que se causen y por los perjuicios sobrevinientes las personas que los causen están obligadas a repararlo sea de cualquier índole que caiga sobre las personas o sobre su patrimonio, o bien como lo prescribe el artículo, salvo que se demuestre que el hecho causado sobrevenga por caso fortuito.

El Artículo 1651 del Código Civil, Decreto 106 del Congreso de la República, prescribe; "las empresas o el dueño de cualquier medio de transporte, será solidariamente responsable con los autores o cómplices de los daños y perjuicios que causen las personas encargadas de los vehículos aún cuando la persona que los cause no sea empleada de dichas empresas o

del dueño del medio de transporte, siempre que el que el encargado de los vehículos se los haya encomendado, aunque fuera de manera transitoria.

Al analizar este Artículo vemos que esto se da en la práctica por ejemplo en los dueños de buses extraurbanos cuando se comete accidentes en contra de los particulares se debe de resarcir el daño tanto del vehículo como la persona que sufre daños físicos en su rostro por parte del dueño de la empresa de transporte.

b) Clases de perjuicios que enmarca la doctrina

El autor Guillermo Cabanellas en su diccionario jurídico “enmarca dos clases de perjuicios los cuales son los esenciales, porque derivan ambos de los diferentes daños que mencionamos en los párrafos anteriores, siendo estos daños los siguientes:”⁶¹

- Perjuicio estético

Toda lesión fisiológica debida ha hecho ajeno y que produce mutilación, defecto cicatriz, o cualquier otra falta que provoca la repulsa, compasión, desagrado, irrisión o simple curiosidad mortificante de los demás y que sea parte de los caracteres regulares de las personas en general o concretamente de aquellas a que se haga referencia.

- Perjuicios e intereses

Formula equivalente a la perdida e intereses.

c) Definición de daño y perjuicios

Los daños y perjuicios tanto en el caso de incumplimiento de obligaciones como en el de actos ilícitos, el perjudicado por ellos tiene derecho a ser indemnizado por el causante de

⁶¹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 610.

los agravios que este le haya ocasionado en forma efectiva y también de las utilidades que haya dejado de percibir por el retardo en el cumplimiento de la obligación, o en virtud de actos ilícitos cometidos. Cuando se trata de dinero, el perjuicio causado se traduce en intereses.

CAPÍTULO V

5. Deducción de responsabilidad a las entidades bancarias, por daños y perjuicios al no hacer efectivo el pago de un cheque argumentando falta de confirmación

5.1. La negativa del banco de pagar un cheque librado legalmente

a) Supuestos particulares de negativa justificada al pago de un cheque

Si bien del análisis de las diferentes disposiciones del régimen legal del cheque y de la simple lectura de las pertinentes normas reglamentarias. Surgen los casos en los que el no pago del cheque por el girado resulta un comportamiento debido o legítimo, consideramos apropiado enunciar aquí las principales causales de rechazo previstas en el régimen legal del cheque y su reglamentación. Así, actúa legítimamente el girado que rechaza un cheque cuando:

- a) No existen fondos disponibles en la cuenta corriente sobre la cual se giró el cheque, sin perjuicio de la obligación del girado de realizar un pago parcial.
- b) El documento presenta insuficiencias formales al momento de la presentación. (Artículo 2, régimen legal del cheque);
- c) La cuenta corriente sobre la cual se giró el cheque hubiere sido cerrada, o el servicio de pago de cheques suspendido;
- d) Se le hubiere cursado válidamente la orden de no pagar. (Artículo 5 régimen legal del cheque);

- e) El presentante no fuera el portador legítimo o titular del cheque (Artículo 32, régimen legal del cheque);
- f) La firma del librador no coincidiera con la registrada en el banco. (Artículo 32 régimen legal del cheque.);
- g) El cheque presenta alteraciones no salvadas, que razonablemente pueden inducir en el banco la sospecha acerca de la falta de legitimación sustancial del presentante (Artículo 34, régimen legal del cheque.);
- h) La orden de pago hubiera sido válidamente revocad (Articulo 29, régimen legal del cheque.);
- i) El cheque no corresponda a una chequera conformada por el cliente (Artículo 4, régimen legal del cheque.);
- j) El cheque se hubiera librado en una moneda distinta de la que corresponde a la cuenta corriente (Artículos. 33 y 66, inciso 4, régimen legal del cheque.);
- k) Se verifican los casos previstos por los Artículos 45 y 46, régimen legal del cheque, respecto de los cheques cruzados y para acreditar en cuenta, respectivamente;
- l) El cheque contuviera inscripciones de propaganda u otros aditamentos que condicionaren su negociación, no considerándose tales los monogramas o fondos de seguridad de las entidades giradas.
- m) El portador hubiere sido declarado en quiebra (Artículo 88, inciso 5 régimen legal del cheque);

- n) El cheque no estuviera redactado en idioma nacional.
- o) El cheque tuviere defectos formales en los términos de la reglamentación.
- p) Existieran causas de fuerza mayor que impidan su pago.
- q) El documento se presente tardíamente. (Artículos 25 y 38, régimen legal del cheque.);
- r) El cheque se presente al cobro antes de su fecha de creación. (cheques comunes) o de vencimiento (cheques de pago diferido).

5.2. La confirmación del cheque

Esta consiste en notificar por vía telefónica al librador, cuando un cheque de cierta cantidad establecida por el banco es presentado al cobro, a efecto que autorice la realización del pago; en cuyo defecto éste no se efectúa.

Esta práctica se da tanto en la presentación que el beneficiario o el tenedor hace al banco para el pago en efectivo de un cheque, como en cámara de compensación cuando los cheques son depositados a cuenta; y obedece a la necesidad de minimizar el riesgo de pagar cheques fraudulentos, que puedan perjudicar el patrimonio del banco o del titular de la cuenta.

El escritor Balsells Edgar, menciona que “es un servicio del banco nacional, que le permite establecer un monto a partir del cual todos los cheques emitidos superiores a éste, deben

ser avisados o confirmados al banco por el girador antes de ser cambiados, mediante una instrucción dada por medio del banco nacional internet personal o Corporation.”⁶²

El cliente afiliado reporta al banco vía electrónica la información del monto, fecha, número de cheque y beneficiario, de tal forma que, cuando el cheque es presentado en el banco para su pago, el sistema verifica que el documento valor fue previamente por su girador.

Si el cheque no ha sido confirmado, no será tramitado por el cajero que lo recibe. Este servicio es complementario a todas las validaciones y medidas de seguridad aplicadas por el banco para el cambio de cheques y aplica para cuentas corrientes ya existentes o nuevas

a) Confirmación por firma

“Esta consiste en notificar por vía telefónica al librador cuando un cheque no tiene la firma que está registrada en el banco del cuenta-habiente al momento que el beneficiario o tenedor del cheque lo presenta en una agencia bancaria; a efecto que el librador autorice el pago de dicho título de crédito; ya que de lo contrario no se efectúa el dicho pago.”⁶³

Recordemos que uno de los requisitos que señala el Artículo 386 del Código de Comercio guatemalteco es la firma del que emite el cheque, la cual debe estar registrada en la agencia bancaria de donde pertenecen los cheques y si no aparece como tal, no se hará efectivo dicho documento. También debe analizarse lo que establece el Artículo 495 del Código de Comercio guatemalteco en su último párrafo lo cual dice así:

⁶² Balsells, Edgar. **Estudio sectorial del sector bancario de Guatemala.** Pág. 7.

⁶³ Boletín informativo. **¿Qué es el Banco de Guatemala?** Pág. 18.

Cuando así se convenga con el banco librado, la firma autógrafa del librador puede ser omitida en el cheque y deberá ser sustituida por su impresión o reproducción. La legitimidad de la emisión podrá ser controlada por cualquier sistema aprobado por el banco.

b) Confirmación por cierta cantidad de dinero

“Es la que realiza el cajero de una institución bancaria al cuenta-habiente a través del medio de comunicación llamado teléfono, cuando un cheque pasa de la cantidad de cinco mil quetzales (Q.5, 000.00); verifican si el librador fue en realidad el que emitió dicho título de crédito y si está de acuerdo que se él efectúe el pago al tenedor del cheque y si el cuenta-habiente no autoriza determinada transacción no se lleva a cabo”.⁶⁴

5.3. Confirmación de cheques del banco nacional de Costa Rica

a) Ventajas

- Contribuye a evitar estafas, en caso de robo, extravío o falsificación de cheques de sus cuentas.
- Mayor rapidez en el momento de hacer efectivos los cheques en las ventanillas.
- En el banco nacional internet corporativo puede realizar confirmaciones masivas de cheques de sus empresas.

b) Desventajas

- Puede haber alguien dentro del banco que observa atentamente si algún cliente quiere cambiar un cheque de cierta cantidad de dinero fuerte, se vuelve una posible

⁶⁴ Instituto de Economía de la Pontificia Universidad de Chile. **Supervisión bancaria y anticipación de problemas y alternativas de acción.** Pág. 218.

víctima, ya que avisa a sus cómplices que están afuera por medio de su teléfono celular. Simulando que lo que hace es confirmar el cheque con el supuesto cuenta-habiente.

- Cuando la persona sale del banco la siguen, ya sea a pie o generalmente lo hacen en carro.
- Cuando la persona se presenta a la agencia bancaria confirman con el librador si se le puede hacer efectivo el cheque y si dice que no, pierde todo.

c) Requisitos personas jurídicas

- Tener cuenta corriente del banco nacional.
- Estar afiliado al banco nacional.
- Completar el formulario de solicitud para confirmación de cheques corporativo o Empresarial, en cualquiera de nuestras oficinas o a través de su gestor de negocios.
- Establecer el monto para confirmación de cheques.
- Designar las personas autorizadas para confirmar.

5.4. Confirmación de cheques del banco industrial, sociedad anónima

Esta práctica bancaria se lleva a cabo en el banco industrial de la siguiente forma: el beneficiario se presenta a la agencia bancaria con un cheque que pasa de cinco mil quetzales (Q. 5,000.00), el librado al observar el cheque aunque cumpla con todos los requisitos que establece la ley; realiza una llamada telefónica al librador para verificar si se le puede hacer efectivo dicho título o no.

Esta clase de confirmación se da por cierta cantidad de dinero, normalmente en se realiza cuando un cheque sobrepasa de cinco mil quetzales (Q.5, 000.00).

También la confirmación de un cheque se puede realizar cuando la firma del librador no aparece como se tiene registrada en dicha agencia bancaria.

5.5. Entidad bancaria que debe realizar el control de la legitimación del portador

A pesar de la imprecisa redacción legal, es claro que el deber de control no puede recaer en el girado cuando el cheque fue presentado al cobro en otra entidad. De allí que la reglamentación señala adecuadamente que las obligaciones de verificación recaen sobre la entidad girada cuando el cheque se presente para el cobro en ella, o sobre la entidad en que se deposita el cheque cuando no sea el girado.

El control de la legitimación en el típico caso del cheque que se presenta al cobro en una entidad del banco girado se sigue de la simple inserción del sello de aquélla en el cheque, ya que ello señala el cumplimiento del deber de identificar al depositante mediante la verificación de su firma y de la obligación de establecer la coincidencia entre la persona del depositante y la del legitimado para el cobro.

5.6. Riesgos derivados del pago indebido del cheque

- a) **Asignación legal de responsabilidad** norma transcrita y el Artículo 36 del régimen legal del cheque conforman un sistema legal asignación de responsabilidades derivadas del pago indebido de un cheque, en el marco de un contrato de cuenta corriente bancaria.

Valorando los riesgos asociados a la creación y circulación del cheque, del régimen legal del Cheque determina la imputación directa del resultado dañoso al patrimonio del sujeto que tenía la mejor posición para controlar, con el menor costo relativo, el riesgo devenido en perjuicio.

Las reglas legales se complementan con la previsión del Artículo 37, del régimen legal del cheque que más allá de su aparente carácter residual es reiteradamente utilizada en la práctica tribuna-licia para distribuir los daños relacionados con el pago indebido de un cheque.

b) Características de la responsabilidad civil asignada al girado

La doctrina ha señalado que la responsabilidad del girado en los casos del Artículo 35 del régimen legal del cheque, es de carácter objetivo, a diferencia de otras hipótesis previstas legalmente en las que el damnificado debe probar la culpa de la entidad financiera (por ejemplo Artículo 34 del régimen legal del cheque).

Debe además entenderse que la responsabilidad asignada al girado sólo tiene carácter exclusivo cuando no se verifiquen otras circunstancias jurídicamente relevantes que permitan imputar responsabilidad a otro sujeto.

Así, por ejemplo, la falta de aviso del librado en caso previsto por el Artículo 36, inciso 2 del régimen legal del cheque. No se trata, finalmente, de los únicos supuestos en que el girado resulta civilmente responsable por el pago indebido del cheque (ver por ejemplo Artículos 34, 45 y 46 del régimen legal del cheque, siendo particularmente relevante el análisis de la conducta del girado en base al estándar incorporado por el comentado Artículo 34 del régimen legal del cheque).

c) Responsabilidad del girado por el no pago del cheque

No existiendo una causa justificada, el rechazo del cheque genera una doble perspectiva de potencial responsabilidad civil para el girado:

Contractual, respecto de su cliente por el incumplimiento del contrato de cuenta corriente bancaria al haber desatendido una orden regular de pago. Extra-contractual, frente al portador del cheque que vio frustrada su legítima expectativa de cobro. Sobre este tema, debe tenerse presente la jurisprudencia que niega la viabilidad de una acción de daños y perjuicios contra el banco, si previamente no se intentó sin éxito la acción cambiaria contra el librador señalando que cuando el cheque es rechazado a su presentación ante el banco girado, el acreedor debe procurar su cobro directo del librador y sólo si la percepción del crédito por ese medio no da resultado o resulta imposible, surge el daño y queda expedita la vía para responsabilizar a la entidad bancaria.

Según el Código de Comercio de Guatemala en su Artículo 504 establece la obligación de pago. El banco que autorice a alguien a librar cheques a su cargo, estará obligado con el librador a cubrirlos hasta el importe del saldo disponible, salvo disposición legal u orden judicial que lo libere de tal obligación. Si los fondos disponibles no fueren suficientes para cubrir el importe total del cheque, el librado deberá ofrecer al tenedor el pago parcial hasta el saldo disponible.

Así también el Código de Comercio de Guatemala en su Artículo 505 establece negativa del librado. Cuando sin causa justa se niegue el librado a pagar un cheque, o no haga el ofrecimiento de pago parcial prevenido en el Artículo 504, resarcirá al librador los daños y perjuicios que se le ocasionen.

Por último el tratadista Broseta Pont Manuel sostiene “que hay responsabilidad, en cuanto a si el librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado, resarcirá al tenedor de los daños y perjuicios que con ello ocasione.”⁶⁵

⁶⁵ Villegas Lara René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Pág.385.

CONCLUSIONES

1. La falta de capacitación técnica y profesional del personal de las instituciones bancarias provocan el desconocimiento de las consecuencias jurídicas y económicas que sufre de todo beneficiario cuando no le hacen efectivo el cheque que presenta para su cobro por cierta cantidad de dinero.
2. La confirmación del cheque es una práctica bancaria que beneficia tanto al librador como al librado, pero en ningún momento al beneficiario; se lleva a cabo cuando en el mismo se observa que su firma es falsa o cuando la cantidad que se desea hacer efectiva es voluminosa.
3. La negativa del banco de no efectuar el pago de un cheque librado legalmente, pese a la disponibilidad de fondos, cae en responsabilidad de daños y perjuicios, por la negativa de hacer efectivo el mismo, sin embargo debe de protestarse para que sirva como medio de prueba dentro de la demanda, cuando el banco no efectúa el pago el tenedor de éste puede reclamar del librador como también del librado el pago del importe del documento.
4. La superintendencia de bancos, es la encargada de proteger los intereses de los cuentahabientes, tiene a su competencia, supervisar, vigilar y revisar la información contable que le presentan los bancos mensualmente, sin embargo, se cree que existe fuga de información esto derivado de los constantes asaltos,

debido a ello debe eliminarse la confirmación de los cheques ya que si tiene fondos y calza la firma no tendrían por qué negar el pago.

5. Cuando no existe una causa justificada del rechazo del cheque que cumple con todos los requisitos que establece la ley, genera una doble perspectiva de potencial de responsabilidad civil para el girado: a) Contractual, respecto de su cliente por el incumplimiento del contrato; y b) extra-contractual, frente al portador del cheque que vio frustrada su legítima expectativa de cobro.

RECOMENDACIONES

1. Las instituciones bancarias, deben capacitar a su personal a través de su departamento de Recursos Humanos sobre las consecuencias jurídicas y económicas que sufre el beneficiario cuando no le hacen efectiva cierta cantidad de dinero, ya que el banco está obligado a hacer efectivo todo cheque librado legalmente, salvo disposición legal u orden judicial que lo libere de tal obligación.
2. Los bancos del sistema a través de su personal deben confirmar un cheque cuando la firma sea falsa o no cumple con todos los requisitos que establece la ley y no por cierta cantidad de dinero; ya que el tenedor de dicho título de crédito puede reclamar del librador como también del librado el pago del importe del documento.
3. Los bancos del sistema, deben realizar la confirmación de un cheque, con la eficiencia y discreción, por parte de los librados en las agencias bancarias, para no poner en riesgo la seguridad física, económica y jurídica del beneficiario; ya que el tenedor de un cheque desde que se dirige hacia un banco desea que se le presten las medidas de seguridad, y éste sea pagado sin ninguna dificultad.
4. Que la Superintendencia de Bancos fortalezca los mecanismos de control, las auditorías de campo y de gabinete, así como, la contratación de profesionales expertos e idóneos en la rama de la contaduría pública, con el fin de que la información que trasladan los bancos mensualmente sea analizada correctamente, y se evite de esta manera la comisión de delitos.

5. El Congreso de la República de Guatemala debe incrementar Artículos en el Código de Comercio, para que con ello los bancos del sistema desarrollen normas, estructuras y políticas modernas, y no basarse en un reglamento interno ya que este no es superior a un decreto ley, y con ello no carecer de regulación específica y evitarse en caer en daños y perjuicios hacia sus usuarios.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA, Romero Miguel. **Derecho bancario**. 4a. ed. México: Ed. Porrúa S.A., 1991.

BALSA, Antelo. **El cheque, su régimen jurídico**. Privado y penal. Ed. de palma, primera ed. Argentina, 1999.

BALSELLS, Edgar. **Estudio sectorial del sector bancario de Guatemala**. [http://www. Banguat.gob.gt/mc/ver.asp?id=/info/histórica.htm](http://www.Banguat.gob.gt/mc/ver.asp?id=/info/histórica.htm). (24 de noviembre 2009).

Banco De Guatemala. **Boletín informativo**. Número 133, Guatemala: (s.e), agosto 2009.

BARRERA GRAF, Jorge. **Estudios de derecho mercantil**. Ed. México: ed. Porrúa, 1989.

BENJARANO SÁNCHEZ, Manuel. **Obligaciones civiles**. Colección de textos universitarios. Antonio caso, 3a. ed. México. D. F: Ed. Universitaria, 1994.

BOLAFIO, León. **Derecho mercantil**. (s.e.) Ed. REUS. Madrid, España 1995.

Boletín Informativo. **¿Qué es el banco de Guatemala?**. (s.e); Guatemala, Guatemala: (s.e.), 2009.

BONEO VILLEGAS, Eduardo. Barrera Delfino, Eduardo A. **Contratos bancarios modernos**. Ed. Argentina, 1996.

BONFANTI, Mario Alberto. **El cheque**. Ed. Abeledo Perrol; 2da ed. Argentina, 1995.

BROSETA PONT, Manuel. **Derecho mercantil**. 3a. Reimpresión. ed. España: Ed. Tecnos Madrid, 1998.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. tomo II y VII, 27a. ed. revisada, corregida y aumentada; Madrid, España: Ed. Heliasta, 2001.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. 12a. ed. revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1997.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito**. Ed. Herrero, S.A. 8a. ed. México, D.F. 1993.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Nociones generales de derecho mercantil**. 4a. ed. México: Ed. Herrero, 1992.

- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATA VELA, José francisco. **Derecho penal guatemalteco parte general y parte especial.** 8a. ed.; revisada, corregida, aumentada y actualizada por los autores; Guatemala: Ed. Llerena y Cía. Ltda., 1996.
- DE PINA VARA, Rafael. **Teoría y práctica del cheque.** Ed. Porrúa, S.A. Segunda Ed. México, 1994.
- GARCÍA DIEGO, Mario Bouche. **Operaciones bancarias.** 5a. ed., México: Ed. Porrúa, S.A., 1985.
- FAJARDO GARRIDO, Julio Antonio. **La inseguridad jurídica del cheque como documento de pago ante la acción penal.** Guatemala: Ed. D"jois impresos y más. 2006.
- FERREIRA DELGADO, Francisco. **Teoría general del delito.** Colombia, Ed. Temis, S.A. 2001.
- GARRÍGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** Imprenta Aguirre, Madrid, España, (s.e.) 1989.
- GARRONE, José Alberto. **Diccionario manual jurídico.** ed. Argentina: Ed. Artes Graficas candil, 1989.
- GONZÁLES ARÉVALO, Carlos. **Introducción a la economí política.** ed. Guatemala: Ed. textos económicos, número 2, facultad de Ciencias Económicas universidad de San Carlos de Guatemala, Departamento de Reproducciones, 1998.
- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. **El cheque.** 4a ed. México: Ed. Porrúa, 1993.
- GONZALES DE LA VEGA, Francisco. **Derecho penal mexicano.** 6a. ed. México: Ed. Porrúa. , 1998.
- GUZMÁN, Jorge et. al. **Aspectos jurídicos de las operaciones bancarias.** ed. España Ed. Hispano europea, S.A. 1997.
- Instituto de Economía de la Pontificia Universidad de Chile. **Supervisión bancaria y anticipación de problemas y alternativas de acción.** Santiago de Chile, Tomo I, Vol. I, (s.e), 2008.
- MARTÍNEZ GÁLVEZ, Arturo. **Derecho bancario.** ed. Guatemala: Ed. Vile, 1997.
- MARTÍNEZ, GÁLVEZ, Arturo. **Las crisis financieras y la supervisión.** 1ra, ed. Guatemala, Guatemala: Centro Ed. Vile, 2000.

- MORAS MOM, Jorge Gustavo. **Procedimientos penales por delitos de acción privada.** 5a. ed. ampliada y actualizada, por el autor; Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot., 1998.
- NÚÑEZ, Ricardo. **La acción civil en el proceso penal.** 2a. ed. Cordova, Argentina: Ed. Marcos Tener., 1996.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 2004.
- PALACIOS MOTA, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal primera parte.** Guatemala: Ed. serviprensa centroamericana Guatemala. C.A., 1996.
- PAZ ÁLVAREZ, Roberto. **Teoría elemental del derecho mercantil.** ed. Guatemala: Ed. Aries, 1998.
- PINEDA SANDOVAL, Melvin. **Derecho mercantil.** ed. Guatemala: Ed. Serviprensa. C.A, 1992.
- PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español.** 4a. ed.; Madrid. España: Ed. Barcelona, 1987.
- RAMÍREZ VALENZUELA, Alejandro. **Introducción al derecho mercantil y fiscal.** 2a.ed.; México: Ed. Limusa, 1994
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua Española.** Tomo I y II, 22a. ed. Madrid, España: Ed. Heliasta, 2001.
- ROCHET, Frexias. **Economía bancaria.** Banco bilbao vizcaya. ed. España: Ed. Antoni Bosh, 1996.
- RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri. **Cheques.** Acali ed. Segunda Ed. Uruguay, (s.e.) 1978.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho bancario.** 5a, ed.; México: Ed. Porrúa, S.A., 1998.
- RUIZ TORRES, Humberto Enrique. **Derecho bancario.** 1ra, ed. México: Ed. Reproflo S.A. de C.V. (s.f)
- SACHER SANTANA, Alexandra Margarita. **Títulos de crédito.** Facultad de Derecho UNAM, Sistema Universidad Abierta, (s.e.) (s.f.)
- SALANDRA, Vittorio. **Curso de derecho mercantil.** ed. México: Ed. Jus, 1989.
- VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **El cheque en e l nuevo Código de Comercio.**

Ed. Universitaria, Primera Ed. volumen 17 de la Colección de Estudios Universitarios, Guatemala, 1998.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** tomo III Ed. 5a. Guatemala Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2001.

ZANNONI, Eduardo. **El daño en la responsabilidad civil.** (s.e.) Ed. Ástres. Buenos Aires. 1997.

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1973.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, Guatemala: 1964.

Código Penal. Decreto Número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. 1963.

Código de Comercio. Decreto Número 2-70 del Congreso de la República. 1970.

Ley del Organismo Judicial. Decreto Número 2-89, del Congreso de la República, 1989.

Ley de Bancos y Grupos Financieros. Decreto Número 18-2002. Congreso de la República de Guatemala. 2002.

Ley Monetaria. Decreto Número 17-2002 del Congreso de la República de Guatemala. 2002.

Ley Orgánica del Banco de Guatemala. Decreto Número 16-2002 del Congreso de la República de Guatemala. 2002.

Ley de Supervisión Financiera. Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala. 2002.

Ley de Libre Negociación de Divisas. Decreto Número 94-2000, Congreso de la República de Guatemala, 2000.

Ley de Sociedades Financieras. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 208. 1964.

Ley del Mercado de Valores y Mercancías. Decreto Número 34-96 del Congreso de la República de Guatemala. 1996.

Resolución JM-95-2004. Junta Monetaria, Publicada en el Diario Oficial de Centroamérica el 13 de mayo de 2005.

Régimen Legal del cheque. Decreto Número 24-452 con las modificaciones de la ley 24.760. Reglamentación de la cuenta corriente bancaria. 1999.