

CHEQUES CRUZADOS NO NEGOCIABLES

Lic. Marcelo Martén.

RATIO ENTIS — RATIO IURIS

Se habla con frecuencia de que el derecho social ha venido invadiendo el campo del derecho individual. Es precisamente en ese conflicto entre libertad y autoridad, entre el individuo y el Estado, donde surgió la Teoría de la Institución, como reacción contra el individualismo heredado de la Revolución Francesa, que había terminado con el régimen de las corporaciones y de los cuerpos intermedios.

Para Duguit la solidaridad es el hecho fundamental de las sociedades, de ella se desprende la división del trabajo social en que cada individuo o grupo de individuos tiene una función que desarrollar.

En oposición al individualismo del siglo XVIII y principios del XIX propone Duguit su derecho objetivo, el cual emana de la solidaridad social.

En el derecho objetivo de Duguit se reemplaza la autonomía de la voluntad por la norma social, la cual según su criterio, es anterior y superior a la voluntad. En este sentido coloca la norma social por encima del derecho positivo. "Nada debe hacerse que pueda afectar la solidaridad social y hacer todo lo que sea de naturaleza de realizar y desarrollar la solidaridad social. Todo el derecho objetivo se resume en esta fórmula, y la ley positiva para ser legítima, debe ser la expresión, el desarrollo o la puesta en obra de ese principio" (1).

Decía Duguit que la absorción del individuo por el grupo fortalecía la libertad individual.

Hauriou de quien se decía que "su inteligencia y sensibilidad lo hacían comparable a una antena de radio por su capacidad de captar ondas lejanas y sutiles" se aparta del derecho objetivo de Duguit y utiliza un nuevo método jurídico que es síntesis del sistema de Platón y de Bergson. Bajo este nuevo método idealista-realista, concibe la Teoría de la Institución.

Pretende esta teoría restaurar los cuerpos intermedios que tienen la virtud de encarnar el bien común. La institución es una idea; idea fuerza, idea acción, idea de obra por realizar. Esta idea es la causa generadora de las sociedades que deben procurar un bien social determinado y en las cuales sus miembros no son soberanos sino servidores de ese ideal a realizar.

En la Teoría de la Institución se sustituye el concepto individualista por el concepto institucional del Derecho, que es el bien común impuesto por el poder.

La diferencia entre las personas de existencia ideal corrientes y las instituciones es que en las segundas la idea a realizar es dirigida y orientada por la autoridad superior, en la que la autonomía de la voluntad no juega ningún papel.

El reemplazar el contrato, donde hay simplemente dos voluntades por la idea de acción, constituye una caída en la idea del poder. Marcos

(1) León Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, pág. 17.

Satanowsky (2) quien expone ampliamente la Teoría de la Institución nos dice que en realidad en ésta no se excluye la idea del contrato, "sino que en la fórmula: Individuo-estado, sustituye al segundo por el de de institución". En esta teoría, la idea a realizar comprende todas las manifestaciones de la vida jurídica. Hauriou dice que "son las instituciones las que engendran las reglas de derecho. . . , no son las reglas de derecho las que hacen las instituciones. . . A medida que una institución se convierte en estado de derecho, se revela además como fuente de derecho. . . Toda institución desempeña, en cierta medida, la función de engendradora de derecho (3).

El hacer reposar el derecho sobre la institución, atribuyéndole la virtud de encarnar el bien común, da origen a considerar que el ente tiene razón, que el ente tiene derecho. Inicialmente Hauriou en 1906 dice que "la institución es una organización social establecida en relación al orden general de cosas, cuya permanencia estaba asegurada por un equilibrio de fuerzas o separación de poderes, constituía por ella misma un estado de derecho (4). Posteriormente varía su concepción original y en la última etapa de su pensamiento nos habla de una jerarquía estable entre los grupos y de la preponderancia del Estado, llegando a considerar a la institución como "una estructura autoritaria de relaciones entre el todo y las partes" (5).

El ideal de Hauriou en su concepción original se logra a través de la empresa institucionalizada, cuando en ella se haya alcanzado el equilibrio entre lo público y lo privado (6).

EL PODER JUDICIAL

El crecimiento de las atribuciones del Estado que lo han venido convirtiendo en un Estado-Empresario ha agravado la confusión entre sus actuaciones y el bien común para quienes estiman que aquel siempre se comporta en concordancia con los intereses de la comunidad.

Al interpretar hasta dónde llegan las atribuciones del Estado, el Poder Judicial juega un papel preponderante (7).

La ley garantiza el equilibrio a nivel de partes en los contratos. No existe, sin embargo, un equilibrio en el seno de la empresa, conforme quedó demostrado en páginas anteriores.

Con la reforma sugerida, se lograría el equilibrio entre los estratos que conforman la empresa y el juzgador que al impartir justicia se incline por darle la razón a quien supuestamente representa el bien común, no tendría reservas ni limitaciones en cuanto a la empresa institucionalizada que lo haya alcanzado, en cuanto a los litigios que tenga con el Estado.

Quienes equiparan los intereses del Estado con el bien común se equivocan. Los intereses del Estado se confunden con los intereses del partido en el poder, que en muchas ocasiones son distintos del interés general.

Reformada la empresa en la forma expuesta, el Estado pasaría de Estado-Empresario, a Estado-Tutor, y el Poder Judicial continuaría desempeñando su tarea equilibradora, buscando la equidad, la cual se logra por medio de la lógica y la coherencia que lo llevan a encontrar un equilibrio.

CHEQUES MAL PAGADOS

En el caso que seguidamente analizo se pueden observar contradicciones.

Es interesante analizar el contraste, ya que como dice Ascarelli: sin éste no existirían las disputas jurídicas.

El 9 de abril de 1969, la sociedad P.A.N. presentó contra el Banco Central de Costa Rica, demanda ordinaria de mayor cuantía ante el Juzgado Civil de Hacienda en los siguientes términos:

1) La sociedad P.A.N. es propietaria de una industria dedicada a la producción de levadura, empleada en polvos para hornear y panificación bajo las marcas de fábrica y comercio: Fleischmann y Royal.

(2) Marcos Satanowsky, "Tratado de Derecho Comercial" Tipografía Editora Argentina S.A. Buenos Aires, 1957.

(3) Hauriou, *Precis de Droit Administratif*, 1907.

(4) M. Hauriou, *L'Institution et le Droit Statutaire*, 1906, pág. 135.

(5) G. Renard, *L'Philosophie de l'Institution*, pág. 149.

(6) M. Martén, (*Reforma de la Empresa Mercantil*), 1980.

(7) El derecho es el arte de trazar límites, Joaquín Garrigues, *Hacia un Nuevo Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, pág. 351.

2) La compañía P.A.S.B. distribuye en todo Centroamérica los productos que fabrica la sociedad P.A.N., quien ha recibido de ella licencia para la elaboración de dichos productos.

3) La sociedad P.A.N., para efectos de exportación despacha sus productos a las filiales de la P.A.S.B., que ésta mantiene dentro del área centroamericana, facturándoles su valor y cargándolo en cuenta corriente.

4) La compañía P.A.S.B., es la empresa productora de levadura más grande de los Estados Unidos de América. Dada su solvencia económica y su seriedad P.A.N., le otorgó un crédito muy amplio manteniéndole siempre saldos en cuenta corriente, que oscilaban entre trescientos y quinientos mil colones entre todas las filiales que operan en el área centroamericana.

5) La sociedad P.A.N., no maneja dinero en efectivo y tiene, como se dijo, un solo cliente. En consecuencia su contabilidad fue diseñada bajo la protección del cheque nominativo, habiendo sido siempre ése el único medio de pago. Tal circunstancia le daba a la compañía una seguridad enorme ya que era sabido y entendido que un cheque a su orden no podía ser hecho efectivo por persona alguna, sin la debida autorización, o sin su endoso.

6) El procedimiento empleado para el cobro de los cheques mencionados en el extremo anterior, era el registro de los mismos en el Banco Central, aplicándolos a exportaciones registradas de P.A.N., para efectos del control de divisas. Una vez sellados y registrados estos cheques en el Banco Central, se depositaban en la cuenta corriente de la compañía en el Banco Nacional, para lo cual no se necesitaba firma registrada.

7) Los sellos del Banco Central son únicamente para que las divisas producidas por la exportación no sean pagadas por los Bancos comerciales al tipo libre, y para registros y controles internos del Banco Central correspondientes al movimiento de las exportaciones.

La sociedad P.A.N., nunca autorizó a nadie para el cambio de cheques girados a su orden, ni en el Banco Central ni en ninguno de los Bancos del Sistema Bancario Nacional.

8) Una vez que el Banco Central los ha sellado debidamente, los cheques producto de las exportaciones, son negociables al tipo oficial en cualquiera de los Bancos Comerciales del Sistema Bancario Nacional. El Banco Central no tiene obligación alguna de negociar dichos cheques a personas legalmente autorizadas para ello.

9) Cuando en los libros de P.A.N., apareció un saldo deudor superior a los quinientos mil colones a cargo de la P.A.S.B., se le informó a dicha compañía de ello, a efecto de que procediera a su cancelación, advirtiéndosele en esa oportunidad que de no ser así se procedería a cargárseles intereses moratorios. Fue entonces cuando la compañía deudora informó de los cheques con los cuales habían pagado parte del saldo deudor que figuraba en los libros. De la investigación correspondiente, se desprendió que varios de los cheques con que la P.A.S.B., pagaba nuestras exportaciones, no habían sido depositados en nuestra cuenta corriente del Banco Nacional, como era lo usual según quedó explicado.

10) Los cheques referidos en el extremo anterior, cuyo monto nunca ingresó a nuestra compañía, según se dijo, son los siguientes:

CHEQUES CORRESPONDIENTES A LA REPUBLICA DE EL SALVADOR BANCO DE LONDRES Y MONTREAL

NUMERO	FECHA	MONEDA EXTRANJERA	MONEDA NACIONAL
A-04863	5-3-1966	4.434,25	¢ 11.750,75
A-07567	21-6-1968	17.196,33	45.570,25

FIRST NATIONAL CITY BANK

NUMERO	FECHA	MONEDA EXTRANJERA	MONEDA NACIONAL
032244	9-7-1966	3.140,10	₡ 8.321,27
039915	10-9-1966	12.633,45	33.478,64
039987	31-1-1967	5.061,25	13.412,51
050221	8-5-1967	4.953,20	13.125,98
050300	25-9-1967	16.789,53	44.492,25
067112	13-2-1968	11.085,95	29.377,75

BANCO CENTRAL DE RESERVA DE EL SALVADOR

NUMERO	FECHA	MONEDA EXTRANJERA	MONEDA NACIONAL
A-1002	30-1-1967	11.646,80	₡ 30.864,02

CHEQUES CORRESPONDIENTES A LA REPUBLICA DE GUATEMALA
BANCO DE LONDRES Y MONTREAL

NUMERO	FECHA	MONEDA EXTRANJERA	MONEDA NACIONAL
6608	27-6-1968	3.966,11	₡ 26.474,20
6333	17-4-1968	6.240,32	41.342,10
TOTAL:			₡ 298.209,72

11) Los cheques descritos fueron sustraídos por A.C.P., quien los presentó al cajero del Banco Central para su pago, fingiendo una representación de P.A.N., que no tenía. El Banco procediendo con negligencia inexcusable, efectuó el pago de los cheques sin identificar al usurpador como personero de la compañía con facultades para hacer efectivos los cheques, obligación elemental de todo cajero y consignada expresamente por el artículo 705 de nuestro Código de Comercio, que al respecto dice textualmente: "El que paga una obligación constante en un título a la orden. . . debe verificar la identidad de la persona que presenta el título como último tenedor". Con respecto a este artículo queda claro que para identificar una persona física, se le exige la cédula de identidad, pero para identificar a una persona jurídica, como es el caso que nos ocupa, debe exigirse la comprobación de la personería.

Para efectuar el cobro indebido de los cheques, el señor C.P., en el momento de recibir el importe, los endosó al Banco Central en nombre

de la sociedad usurpando su representación, atendido a la negligencia del Banco que no le exigió comprobar su personería. El Banco Central no figuraba en los cheques como girado.

Las funciones propias del Banco Central, no se equiparan a las de un Banco Comercial dedicado a la compra de cheques. Por consiguiente, al efectuar una operación para la que no tiene los registros de firmas y otras seguridades usuales de los Bancos Comerciales, debió extremar las precauciones. Al no hacerlo, cometió grave imprudencia e incurrió en responsabilidad.

12) El Banco Central de Costa Rica compró cosa ajena al pretender adquirir los cheques descritos por medio del endoso de persona física no autorizada legalmente para ello.

13) El Banco Central de Costa Rica recibió del girado el valor de los cheques descritos.

14) El Banco Central de Costa Rica no ha pagado a su legítima beneficiaria el valor de los cheques descritos.

15) Con fecha 14 de octubre de 1968, presentó el

Gerente de P.A.N. escrito de reclamo al Banco Central, haciéndole ver la ilegalidad en que había incurrido al pagar mal los cheques descritos en el extremo anterior, e instándolo a que reintegrara a su dueña el monto de los mismos.

16) Con fecha 3 de diciembre de 1968, recibió la sociedad P.A.N., comunicación del Subgerente del Banco Central en que informaba de la resolución tomada por la Junta Directiva de dicho Banco, en artículo 11 correspondiente a la Sesión número 2.248, celebrada el día 26 de noviembre de 1968, en la cual se negaba la reclamación indicada en el extremo anterior, alegando que al Banco Central no le cabía responsabilidad por el pago de los cheques y argumentando lo siguiente: "tal y como lo establece el artículo 705 del Código de Comercio" "El que paga una obligación constante en un título a la orden, no esta obligado a cerciorarse de la autenticidad de los endosos". Ni aún el girado está en la obligación ni en el derecho de que se le compruebe la autenticidad de los endosos y lo único que debe cuidar es la relación de continuidad de éstos, a fin de determinar que el último de estos tenedores, esto es, quien posee el cheque, es su legítimo propietario en virtud de una relación continuada de endosos. Por consiguiente, el Banco actuó a derecho en las transacciones objeto de su oficio, y por lo tanto, repetimos, no le cabe la menor responsabilidad en el caso de que el endosante careciera de facultad para endosar ya que conforme lo establece nuestra ley, el Banco no tiene ni el derecho ni la obligación de cerciorarse de la autenticidad del endoso. En cuanto a la identificación de la persona que ejecutó las operaciones, el Banco cumplió con lo que la ley establece al respecto, esto es, solicitarle la cédula de identidad para llenar ese requisito. En materia de títulos de cambio y de crédito, la ley toma en consideración especialmente el debido cuidado o en su lugar la negligencia que se produce en la circulación de los títulos y que en este caso concreto, por todas las circunstancias que mediaron es evidente que la negligencia que hubo no es achacable al Banco". Como se observa, los argumentos extraídos por el Banco del artículo 705 del Código de Comercio, lejos de exonerarlo lo condenan. En efecto, ese texto claramente describe dos situaciones: la de los endosantes no identificables que firmaron el cheque en el curso de una serie continua de endosos y el de "la persona que presenta el título como último tenedor" y endosa el cheque directamente al pagador del mismo. En el caso concreto, los cheques aludidos no ostentan

endosos anteriores. Quien se presentaba a cobrar era la propia beneficiaria. Desde luego, el Banco tenía que identificarla. Tratándose de una sociedad la identificación consistía en comprobar la personería de su representante legal. El señor C.P., se hizo pasar por el gerente de la compañía. En ese supuesto carácter que realmente no tenía, cobró.

El Banco obró con inexcusable negligencia y violación flagrante del artículo 705 del Código de Comercio que exige al pagador de un cheque "verificar la identidad de la persona que presenta el título como último tenedor". El Banco no verificó la identidad del personero de la sociedad beneficiaria de los cheques. El pago que hizo el Banco fue un acto de confianza con el usurpador, contrario a toda buena práctica bancaria, y por el cual el Banco debe responder.

17) Con fecha 16 de diciembre de 1968, la sociedad P.A.N., representada por su gerente, presentó a la Junta Directiva del Banco Central, recurso de reposición o reconsideración del caso; haciéndose ver el error en que estaba, al interpretar que al Banco no le cabía responsabilidad, advirtiéndole que no se trataba de endosos en los cuales el Banco tuviera únicamente la obligación de comprobar la relación de continuidad en los mismos, sino de cheques nominativos a favor de una sociedad comercial que el Banco había pagado a persona que no tenía representación legal necesaria, y a quien el Banco no había identificado debidamente, exigiéndole comprobar su personería.

Se reclamó en esa oportunidad el valor de los cheques mal pagados, los intereses correspondientes y los gastos de reclamo.

18) Con fecha 20 de enero de 1969, el Gerente del Banco Central, comunicó a P.A.N., que la Junta Directiva del Banco en sesión número dos mil doscientos sesenta y dos-sesenta y nueve, artículo quinto, celebrada el día dieciséis de enero de 1969, había resuelto no modificar el acuerdo, en virtud del cual se rechaza el reclamo del reintegro de los cheques y dando por agotada la vía administrativa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Civil de Hacienda falló el juicio en sentencia de las 9 horas del 29 de noviembre de 1971.

Al resolver sobre el fondo, el Juzgado reconoció la existencia de una concurrencia en la culpa, al decir: "En efecto, hubo culpa del Banco por

cuanto en lo que se refiere al pago de los cheques números: 04863 y 07567, se trataba de títulos cruzados, entendiéndose por tales aquellos que están cruzados por dos líneas paralelas transversales al frente del mismo, paralelas esas que internacionalmente significan que el tenedor no está facultado para negociarlos y de ahí que don A.C.P. en su carácter personal, no podía hacerlos efectivos, salvo demostrando la representación legal de la sociedad beneficiaria, extremo que no exigió el Banco. Luego los cheques números 6333 y 6608 eran títulos que en líneas rojas y en el frente tenían la leyenda "Certificado no negociable", leyenda que igualmente impedía al señor C.P. pretender hacerlos efectivos y al Banco pagarlos, salvo, como está dicho acreditando la representación de la compañía beneficiaria. En consecuencia, consiste la culpa del Banco en lo siguiente: El no haber exigido al tenedor A.C.P., la necesaria identificación, no en su carácter personal por cuanto salvo el cheque número 067112, los diez restantes no tienen ninguna relación de endosos, pues sólo aparece en ellos una firma de C.P., como personero legal, con poderes bastantes, de la sociedad beneficiaria, sin embargo, frente a la culpa de la sociedad aquí actora, la del Banco resulta leve. Fue mayor la culpa de la sociedad actora según de seguido se pondrá de manifiesto y significó, entonces, una tácita ratificación de lo actuado por C.P., que implica, a juicio del Juez, la aceptación de lo que éste hacía y de sus consecuencias. Al referirse a la culpa de la sociedad actora, el Juez en su sentencia dijo: "Consistió la culpa de la sociedad actora en lo siguiente:

1) Depositó su absoluta confianza en un simple empleado que no tenía representación legal de la empresa, para: a) firmar licencias de exportación de los productos de la compañía —autorización que le concedió en forma expresa el Gerente de la actora señor: J.M.H.—, y lo que es más grave, para declarar, bajo la fe del juramento, a nombre de la compañía, que los precios y detalles de las facturas relativas a productos que exportaba eran exactos y verdaderos. b) Para, aparte de sus funciones de contable dentro de la empresa, retirar del correo la correspondencia que llegaba para la compañía, lo cual le permitía dominar un pleno conocimiento no sólo de los pedidos y ventas que recibía y hacía P.A.N., sino también de los pagos que recibían por concepto de ventas. c) Para aplicar las divisas que se recibían a las facturas de ventas para que el Banco Central sellara esas divisas, las que C.P., debía depositar luego en la cuenta corriente de la actora en el Banco Nacional de Costa Rica, opera-

ciones éstas que C.P., llevaba a cabo personalmente, según así se desprende del propio testimonio del señor: J.M.H., Gerente de P.A.N. Consecuentemente, si C.P., retiraba la correspondencia de la empresa, llevaba su contabilidad, estaba autorizado para firmar licencias de exportación y para declarar bajo la gravedad del juramento a nombre de la empresa y si personalmente se encargaba de llevar las divisas al Banco Central para que fueran selladas y estaba autorizado luego para depositarlas en la única cuenta que la compañía mantenía en el Banco Nacional de Costa Rica, son hechos que constituyen un cúmulo de antecedentes suficientes para llamar a engaño a terceros acerca de la posición de C.P., dentro de la empresa, máxime si todos esos cometidos los llevó a cabo por un lapso relativamente largo (5 de marzo de 1966, fecha del cheque 04863 a 21 de junio de 1968, fecha del cheque 07567) sin que se objetara alguna de esas actuaciones por parte de la firma actora".

COMENTARIO:

Procede comentar aquí que la sentencia viola la ley al aceptar la existencia de un poder tácito. Algunos legisladores aceptan el poder tácito pero únicamente en situaciones en que el mandante consiente en el poder; tal sería el caso del marido que acostumbra cobrar los alquileres de casas pertenecientes a su mujer. El Código de Comercio argentino en su artículo 15 dice: "la autorización puede ser tácita cuando la mujer ejerza el comercio a vista y paciencia del marido, sin que éste se oponga por declaración debidamente registrada y publicada". Pero en el caso que nos ocupa, la ley exige poder expreso e inscrito en el Registro Mercantil.

En derecho no es concebible un poder tácito para defraudar.

Los actos jurídicos hechos en nombre del mandante pero fuera de los límites del mandato, no obligan al mandante si no son ratificados.

Al quedar la actora legítima beneficiaria de los cheques en imposibilidad de conocer el pago de los mismos por parte del Banco Central no pudo válidamente ratificar los actos del usurpador al cobrar los cheques. El único poder válido para endosar cheques en nombre de una sociedad, es el poder expreso otorgado en escritura pública e inscrito en el Registro Mercantil, y la única prueba válida para acreditar el poder, es una certificación del Registro Mercantil. Existiendo disposición expresa en el

Código de Comercio, ésta debe aplicarse. El caso lo regulan los artículos 253 inciso G. y 680 del Código de Comercio.

Continúa el Juez en su sentencia: 2) El control interno de pedidos, ventas, pagos y adeudos, dentro de la organización de la compañía actora tiene que ser necesariamente, algo muy simple, que bien puede realizarse con mediana inteligencia, por lo siguiente: a) la sociedad actora tiene una contabilidad bien organizada. b) Tiene un único cliente P.A.S.B.I., y en consecuencia todos sus ingresos se originan de un único comprador. c) Nunca recibe pagos en efectivo, sino que todos son en cheques. d) Tiene la única cuenta corriente en el Banco Nacional de Costa Rica. Se trata entonces, de una organización tan sencilla como segura, que, sólo a través de un excesivo cúmulo de atribuciones depositadas en un simple empleado, pudieron dar pie para que, por la infidelidad de éste, fallara. 3) La compañía actora es una entidad que, por disposición legal, cuenta con Gerente, Junta Directiva y Comité de Vigilancia. Durante los años mil novecientos sesenta y seis, mil novecientos sesenta y siete y mil novecientos sesenta y ocho su Junta Directiva realizó cinco, siete y siete sesiones, respectivamente, en las cuales se conocieron los informes y reportes periódicos de la Contabilidad Interna y Externa y demás asuntos necesarios para la buena marcha de la Empresa. Mensualmente recibió un balance de situación y un estado de ganancias y pérdidas, según así lo declaró el secretario de esa Junta, quien también agregó que durante los antedichos años, en que había servido esa secretaría, no había podido apreciar que los Fiscales de la empresa (Comité de Vigilancia) ejercieran las funciones de revisión de balances anuales y examen de cuentas y estado de liquidación de operaciones. Si lo aquí dicho es lo que resultó probado y si fue precisamente en los citados años en que C.P. hizo efectivos los once cheques a que se refieren los autos, necesario es arribar a la conclusión de que sólo por un descuido inexcusable de parte de aquellos órganos fue posible que el contable se apropiara de fondos de la compañía. 4) Si, como está dicho, la actora tiene una contabilidad bien organizada y no recibe pagos en efectivo sino solamente en cheques, obvio es que hubo manifiesta negligencia de parte de los órganos directores de la empresa al no reparar que existían depósitos en efectivo por noventa y un mil doscientos cuarenta y cuatro colones cincuenta céntimos, según lo puso de manifiesto el perito Carazo Odio; esa circunstancia debió llamar la in-

mediata atención de los fiscales. 5) Si durante los períodos 1965-1966 y 1966-1967 los auditores externos de la actora le hicieron ver a la compañía que no se habían recibido confirmaciones de los saldos a cobrar a las subsidiarias de P.A.S.B., ese informe era más que suficiente para que los órganos rectores de la empresa pusieran el debido celo y vigilancia en su manejo y al no hacerlo así dieron base, por negligencia, a que el infiel contable continuara aprovechándose de su inercia. 6) Finalmente, si como al parecer, conforme lo declaró el químico, también encargado de asuntos administrativos, don B.R.P., el tren de vida que llevaba el contable A.C.P. no respondía al salario de mil novecientos colones mensuales que le pagaba la compañía, pues hasta dos automóviles tenía, así como otras comodidades, en un hecho que, por ser público y notario de la empresa, apreciado con mediana inteligencia por los directores de la compañía, bien pudo significar el principio de una investigación y el fin del desfalco, incluso habría evitado las proporciones a que llegó. 7) Que aparte de lo expuesto, menester resulta destacar que evidentemente la intención directa del causante del desfalco A.C.P., fue la de causarle un daño a la sociedad para la que trabajaba y no al banco; daño que pudo cometer merced a la enorme cantidad de atribuciones que tenía y que la generaban una excesiva confianza dentro de la empresa y que, además, le permitían aparentar ante terceros poderes o cargos que no tenía, ya que hasta llegó no sólo a endosar cheques como así resulta del número 067112, sino también a hacerse pasar por subgerente de la actora como resulta del cheque 04863. También conviene destacar la circunstancia de que todos los cheques presentados a los autos contienen sellos propios de la compañía, que a no dudarlo estaban al alcance de C.P., agréguese a todo lo dicho la circunstancia de que el contable aplicaba el importe de cheques la sucursal que la P.A.S.B., tiene en Nicaragua a cubrir parcialmente la cuenta de esa sucursal y parcialmente la cuenta que mantiene la sucursal de la misma empresa en la República de El Salvador y se tendrá entonces todo el marco, sin vigilancia alguna, que permitió a C.P. usar y abusar de los fondos propios de la firma. Finalmente, también entendió la parte actora que el daño causado por C.P. lo era en su perjuicio y no en el del Banco que acudió en demanda ordinaria contra la sucesión de C.P. y obtuvo pronunciamiento favorable a sus intereses, mediante el cual se declaró, no sólo que la sucesión le adeuda el monto total de los cheques, sino también que la

totalidad de los bienes sucesorios responden al pago de la suma adeudada. 8) Que consecuentemente con lo atrás considerado, debe concluirse no sólo en que hubo mayor culpa de parte de la sociedad actora desde que de haber actuado sus directores con mediana inteligencia, empeño y prudencia en sus funciones bien pudieron haber evitado o por lo menos aminorado las consecuencias de la infidelidad del contable sino que: además, su inercia, falta de vigilancia y su consentimiento para que un simple empleado llevara a cabo actos que por su naturaleza correspondía ejecutarlos al Gerente o al Presidente del Consejo de Administración o a los consejeros que determine la respectiva escritura social, así como a la circunstancia de que fuera por un lapso mayor a dos años que el contable estuviera operando en forma tal que aparentaba la representación de la empresa. Son hechos o actos que, necesariamente, implican la aceptación de lo que hacía y aparentaba C.P. y de sus consecuencias, razón por la que deben acogerse las defensas invocadas de falta de derecho y de falta de personería ad causam pasiva y activa, declarar la improcedencia de la demanda y disponer el archivo de estas diligencias''.

COMENTARIO

He transcrito todos los argumentos del señor Juez en su sentencia a efecto de demostrar que ninguno de ellos significa culpa por parte de la beneficiaria de los cheques por el mal pago que de ellos hizo el Banco Central de Costa Rica y que ninguno de ellos significa en forma alguna que el usurpador de los cheques contaba con poder suficiente para negociar cheques.

No pudo válidamente el señor Juez, como lo hizo en su sentencia, concluir que la sociedad beneficiaria al darle al usurpador de los cheques confianza comparable a la que se le da a un simple administrador sin facultades para disponer de bienes, debe responder de los actos que éste realizó propios de un apoderado generalísimo, cuales son el negociar cheques certificados nominativos; mucho menos cuando se trataba de cheques cruzados no negociables.

Todo esto sin entrar a analizar que se trataba de cheques que el Banco Central pagó en dinero efectivo en la ventanilla, lo cual era legalmente imposible por tratarse de cheques cruzados, como se demostrará.

La sentencia, después de conceder al contador

de la empresa, facultades de apoderado generalísimo, única forma en que pudo válidamente negociar cheques certificados y nominativos, culpa a ambas partes: beneficiaria y Banco Central, por el mal pago que este último hizo de los cheques al usurpador. El juzgador afirma que la beneficiaria incurrió en culpa porque los actos que realizaba el usurpador de los cheques con la tolerancia de la beneficiaria demostraban tal confianza hacia él que bien pudo negociar los cheques, y que la culpa del Banco consistió en no identificar al tenedor de los cheques como apoderado de la beneficiaria, lo cual no es más que una simple contradicción pues si no contaba con poder suficiente para negociar cheques no pudo válidamente hacerlo.

Obsérvese como todas las actuaciones del contador eran las de un simple administrador sin facultades de apoderado generalísimo, ni siquiera de apoderado general.

La afirmación del señor Juez en su sentencia de que el usurpador de los cheques "se hizo pasar por Subgerente", demuestra que el Banco no comprobó su personería. Si el Banco hubiera exigido la exhibición del poder, tal situación no se hubiera presentado. Además el hecho de que se haya hecho pasar por Subgerente no significa nada, lo importante no es ser Subgerente, sino comprobar qué facultades tenía ese Subgerente.

Tampoco considero correcto que si el señor Juez en su sentencia encontró culpable a ambas partes, condene solamente a una; a la que consideró discrecionalmente que había cometido la culpa menos grave.

Veamos lo que al respecto opina Zacapa. "El Banco en todo caso debe comprobar la representación del libramiento por medio de apoderado.

Cuando el pago del cheque se verifica sin la debida observancia de los requisitos señalados anteriormente para producir la regularidad nos encontramos frente al pago irregular. En el estudio del pago irregular surge el problema del riesgo del mismo, a fin de determinar la persona que va a soportar la carga del daño que produzca dicho pago.

La cuestión práctica sobre la legitimidad del pago y sobre la responsabilidad del daño verificado, ha fatigado, desde ya tiempos, a la doctrina y a la jurisprudencia. El problema así planteado, consiste pues, en determinar si el daño producido por el pago irregular va a ser sufrido por el librador o por el librado. Opinamos porque el problema sea resuelto remitiéndolo a los principios generales de la culpa, y, de este modo, sostener que el riesgo de la irregularidad en el pago del cheque corre a cargo

del sujeto culpable (En este mismo sentido opina Mossa, quien afirma: Que el riesgo está a cargo con hechos propios o de las personas por las cuales se obliga a responder, ha originado la culpa). En el caso de haber habido culpa de ambas, corre a cargo de quien ha cometido la culpa con mayor gravedad" (8).

No parece justa la opinión de Mossa, lo correcto sería fijar la responsabilidad de acuerdo a la culpa de cada uno, y no que la culpa leve sea ignorada.

Obsérvese lo que dicen Bonfani y Garrone: "Concurrencia de responsabilidad. . . La cuestión es que, en cada caso, habrá que concretar, sobre meras pautas proporcionales por la ley si hay culpa exclusiva de una de las partes o concurrente. Asimismo, en este último supuesto, debe determinarse la proporción respectiva.

En otras palabras, que en el caso de concurso de culpas se aplicará el principio de proporcionalidad del daño. Habría de apreciarse cuál es la naturaleza del deber violado, si se trata o no de una obligación contractual" (9).

Analizando la naturaleza del deber violado por el Banco Central, fue la ley propiamente lo que se violó. En el caso de la beneficiaria de los cheques, la sentencia fundamenta su culpa en el descuido o negligencia, al depositar confianza en un simple empleado.

El señor Juez en su sentencia no demuestra que la culpa de la sociedad actora fuera mayor que la del Banco Central simplemente lo resuelve así haciendo uso de su discrecionalidad. En el fondo el señor Juez en su sentencia lo que quiere decir es que tanto la prohibición que tenía el Banco Central para negociar los cheques, como la violación en que incurrió el cajero del Banco Central al pagar sin identificar al tenedor de los cheques como personero representante de la sociedad beneficiaria, fueron desapareciendo al irse consolidando con el tiempo la "tácita ratificación" del poder del usurpador. Lo que ocurrió en dos años y dos meses que le tomó a la sociedad actora el darse cuenta de que el Banco Central le estaba pagando al usurpador en efectivo sus cheques certificados, nominativos, cruzados, no negociables.

Por lo tanto la supuesta culpa de la beneficiaria no disminuye en nada la responsabilidad en que incurrió el Banco Central al negociar cheques no negociables con el usurpador.

La culpa de la sociedad actora, si es que existió, resulta en realidad leve en relación con la del Banco Central que no identificó al tenedor de los cheques. Obsérvese al respecto lo que nos dice la doctrina: "La identificación consiste en demostrar o acreditar que el tenedor del cheque es realmente la persona que dice ser; la exigencia de tal identificación, transmisora de seguridad y garantía para el cheque, ha nacido con la naturaleza del título mismo, llegando a ser objeto de disposición legal. La ley establece que quien paga un título valor, debe verificar la identidad de la persona que presenta el título tenedor como último tenedor, así como la continuidad de los endosos" (10).

No existe pues duda alguna con respecto a que quien se presenta a cobrar un cheque, debe identificarse y es obligación ineludible del pagador su identificación, bajo pena de perder el valor de lo pagado.

A pesar de que no se está ante la presencia de cheques al portador, es interesante analizar el caso, ya que existen autores que inclusive estiman necesaria la identificación del tenedor, en el caso de cheques al portador.

"Efectivamente, cuando un cheque tiene endoso pleno, no se duda sobre la necesidad de exigir la identidad del último endosatario que ha de ser la persona que legítimamente lo presente al cobro; pero cuando el último endoso se realiza en blanco, surge la discusión. Al respecto tres soluciones se han tratado de dar, tales son las siguientes: a) Quienes con Messineo, Vivante, Valery, Salandra y otros, sostienen que no es necesaria la identificación; b) Quienes con Belaffio y Supino afirman que tal identificación debe ser exigida; c) Finalmente Mossa opina que, en general en los títulos valores con endoso en blanco no es necesario la identificación" (11).

Por lo expuesto nos damos cuenta de que aun en cheques al portador, autores como Bolaffio y Supino, consideran que el pagador debe identificar al tenedor al pagar un cheque.

(8) J. Francisco Zacapa, "El derecho del cheque, México, D.F., pág. 126 y siguiente.

(9) Mario Alberto Bonfani - José Alberto Garrone, El Cheque, Abeludo Perrot, Buenos Aires, 1971, pág. 196.

(10) J. Francisco Zacapa, obra citada.

(11) Boletín del Instituto de Derecho de México, D.F., número correspondiente a enero-abril de 1948, "pagos de cheque" No. 1 pág. 41.

En relación a los argumentos expuestos, hay autores que se refieren a ello, mediante un cuadro sinóptico de los pagos regulares e irregulares que es el siguiente:

REGULAR: Se ha comprobado.

- 1) Una firma auténtica.
- 2) Emisión regular del cheque con todos los requisitos legales.
- 3) Identificación de la persona que cobre el cheque.
- 4) Existencia regular del cheque "Condiciones de validez jurídica".

IRREGULAR CON CULPA DEL LIBRADO:

- 1) Falta de autenticidad de la firma.
- 2) No se ha comprobado la emisión regular.
- 3) No se ha identificado la persona que cobró el cheque.
- 4) No se ha comprobado la existencia regular del cheque.

Afirmamos anteriormente que había autores que incluso en el caso de cheques al portador, exigían al librado la identificación del tenedor al pagar un cheque, dijimos al respecto que David Supino profesor de la Universidad de Pisa participaba de esa opinión, veamos lo que dicho autor dice: "El pago debe hacerse al legítimo poseedor, o bien a un mandatario suyo. . . Si el que pide este pago es, como sucede las más de las veces, un endosatario, más bien que el mismo tenedor, deberá demostrar que es el poseedor legítimo". El deudor tiene el derecho y la obligación de cerciorarse de la identidad del poseedor" (12), ese mismo sentido opina Bartolomé Guillén e igual en su obra *Derecho Bancario* página 78, quien dice: "La letra debe pagarse a su legítimo poseedor". (Ver cita 29).

Ruperto Navarro Zamora, dice: Sección cuarta "A quién debe hacerse el pago para que el pagador quede sin responsabilidad es necesario además

que se pague a persona legítima, si no quiere exponerse a pagar dos veces" (13).

El mismo autor dice:

"Son pues, personas legítimas para recibir el importe de la letra, el propietario de ella, o el acreedor verdadero, si tiene la libre disposición de sus bienes, y si no la tiene su legítimo representante" (14).

Es interesante analizar este último argumento, pues en el caso que nos ocupa, figuraba en los cheques como beneficiaria una persona jurídica. Seguidamente Navarro Zamorano dice:

"Para asegurarse el pagador de si el que le presenta la letra es persona legítima para cobrarla, tiene el derecho de exigirle al portador de la letra, que le acredite su cualidad, sino aparece en ella, y que identifique su persona por medio de documento o sujetos que respondan de ser la misma a cuyo favor está el título para cobrar" (15).

En este caso el argumento para la letra, es el mismo que para el cheque.

Guillermo Cabanellas argumenta también que el pagador al pagar un cheque, debe reconocer la identidad del que cobra (16).

Agustín Vicente y Gella (17), establece que el pagador al pagar un título, debe identificar debidamente al tenedor del mismo.

Balsa Antelo y Bullucci (18), en relación con el pago por parte del girado de un cheque a persona distinta del beneficiario, consideran que el mal pagador debe cargar con las consecuencias y pagar de nuevo, si ha mediado culpa de su parte en el pago.

El mismo autor citado, comentando la legislación y jurisprudencia francesa, dice: "El deber del banquero, no se limita a verificar, como lo hizo, solamente la firma (la firma del librador), sino que debe tomar las precauciones elementales contra un hecho ilícito" (19).

Nada más claro que la jurisprudencia francesa referida.

(12) David Supino, "Derecho Mercantil", Madrid, La España Moderna, Cuesta de Santo Domingo 16, pág. 382.

(13) Ruperto Navarro Zamorano, "Tratado general sobre las letras de cambio, libranzas, pagarés", Madrid, Boix Editor, pág. 114.

(14) Ruperto Navarro Zamorano, pág. 237 obra citada.

(15) Ruperto Navarro Zamorano, pág. 238 obra citada.

(16) Guillermo Cabanellas, "Diccionario de Derecho Usual, Tomo 1, Bibliografía Omega, Buenos Aires, 1968, pág. 573.

(17) Agustín Vicente y Gella, "Introducción del Derecho Mercantil, Tomo 1, Bibliografía Omega-Buenos Aires, págs. 229, 248 y 250.

(18) Balsa Antello y Bellucci, "Técnica Jurídica del Cheque", Roque de Palma, editor, Buenos Aires, 1961, págs. 94 y 95.

(19) Balsa Antello y Bellucci, pág. 124, obra citada.

El Banco Central en el caso que nos ocupa únicamente se limitó a exigir, según su propio dicho, la cédula de identidad de la persona física de quien se presentó a cambiar los cheques girados a la orden de una persona jurídica. Seguidamente el autor dice: "La única forma de cheque en que se aplica sin distinción el principio de la presentación por el poseedor y su pago por el Banco, es el documento al portador" (20). El mismo autor dice: "la jurisprudencia ha decidido, aplicando principios generales, que el Banco que pagó un cheque a persona que no acreditó su título legítimo no puede oponer ese pago a la acción del legítimo beneficiario de aquel" (21). El mismo autor citado dice: "Incorre en responsabilidad del Banco que paga un cheque que le es remesado por un tercero a la orden de aquel, sin haber exigido justificación a la legitimidad del cheque" (22).

Dice Joaquín Garrigues: "Solo quien posee el título está en condiciones de ejercitar el derecho. Pero el poseedor necesita legitimarse" (23).

El mismo autor dice: "Para que el pago del cheque surta efecto, en las relaciones del librado con el librador, es preciso que se pague a persona legítima para recibir el pago" (24).

Comenta Garrigues que: "El cheque al portador es el preferido por los Bancos, en razón a que en él no existe para ellos ningún deber de examen de la legitimación del titular" (25). Afirmamos anteriormente que Supino opina que aun en esos casos de cheques al portador, debe el Banco identificar el tenedor. Garrigues no opina así, lo cual quedó demostrado con lo transcrito sin embargo es indudable su criterio en el sentido de que el Banco necesariamente debe identificar al tenedor del cheque nominativo.

Joaquín Rodríguez Rodríguez, dice: "El cheque como título valor debe ser presentado por su tenedor legítimo o su representante autorizado" (26).

Raúl Cervantes Ahumada, dice: "No puede asegurarse que el endoso en blanco, convierta el título a la orden en título al portador, porque el endoso, según dijimos, tiene por principal función la legitimadora, es decir, la de legitimar al endosatario. Por tanto, aquel que se presenta a cobrar un título endosado en blanco, deberá llenarlo e identificarlo para poder cobrarlo" (27). Lo anterior a efecto de hacer notar como el endoso en blanco, no exime al Banco de responsabilidad de identificar el tenedor a la hora del pago.

El problema práctico que presenta la legitimidad del pago y la responsabilidad del daño ocasionado, ha sido objeto de examen por parte de la doctrina y la jurisprudencia, conforme lo expusimos, sin embargo las convenciones sobre títulos valores y sobre cheques que ha habido, no han regulado en forma expresa la materia, dejando en esa forma a la legislación de cada país, la regulación de la cuestión. Así lo dispuso la Convención de Ginebra de 1931 y la Conferencia de la Haya en 1912 tras largo cambio de ideas según comenta Balsa Antello y Bellucci (28), llegó a la conclusión de que el punto incumbe puramente a la legislación interna de los estados concurrentes. El Código de Comercio de España, en relación con la letra de cambio, cuyas regulaciones son aplicables también al cheque, en el artículo 490 dice: "El que paga una letra de cambio antes de que haya vencido no quedará libre de satisfacer su importe, si resultare no haber pagado a persona legítima". El artículo 492 dice: "El portador de la letra que solicita su pago, está obligado a acreditar al pagador la entidad personal". . . Con relación a las transcripciones relativas a la letra de cambio, es necesario advertir que en términos generales, las disposiciones legales que regulan la letra de cambio son aplicables al cheque también, ya que: "El cheque en esencia es una letra de cambio" (29).

La Ley de Cheques de la República de Ecua-

(20) Balsa Antello y Bellucci, pág. 129, obra citada.

(21) Ibid, pág. 130.

(22) Ibid, pág. 253.

(23) Joaquín Rodríguez Rodríguez, "Curso de Derecho Mercantil", Tomo Uno, Cuarta Edición, Imprenta Silverio Aguirre Torre, Madrid en el capítulo valores.

(24) Joaquín Garrigues, pág. 755, obra citada.

(25) Mismo autor, obra citada, pág. 755.

(26) Joaquín Rodríguez Rodríguez, "Derecho Bancario", Segunda Edición, Editorial Porrúa.

(27) Raul Cervantes Ahumada, "Títulos y Operaciones de Crédito", 5ta. Edición, Editorial Herrero S.A., México D.F., 1966, pág. 36.

(28) Obra citada, pág. 127.

(29) Ver en este sentido la Declaración de la Cámara de Pares de Londres.

dor, dice: "El poseedor de un cheque se considerará poseedor legítimo si justificare su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aun cuando el último fuere en blanco" (30). Según esta legislación, como se observa, el endoso en blanco no hace presumir que el tenedor es el dueño legítimo del cheque, sino que debe justificar su derecho (31).

Es interesante analizar la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México, que literalmente dice: "El que pague no está obligado a cerciorarse de la autenticidad de los endosos ni tiene la facultad de exigir que ésta se le compruebe, pero sí debe verificar la identidad de la persona que presente el título como último tenedor y la continuidad de los endosos" (32).

El artículo 705 de nuestro Código de Comercio, regula claramente el caso que nos ocupa.

Al decir: "El que paga una obligación constante en un título a la orden, debe verificar la identidad de la persona que presenta el título como último tenedor".

Cuando existe cadena de endosos al tenedor se le considera poseedor legítimo.

José Alberto Garrone, afirma que: "El portador legítimo formalmente se reputa propietario del título por presunción legal "iuris tantum" (33). Los cheques en cuestión no tenían cadena de endosos, ni se convirtieron en títulos al portador por el hecho de haber sido firmados al dorso por persona que no ostentaba la representación de la compañía. Como bien lo explica Cervantes Ahumada en la obra citada, el endoso en blanco no convierte el cheque nominativo en cheque al portador; y quien se presenta a cambiar un cheque debe identificarse.

Nuestro Código de Comercio en los artículos 680 y 681, establece que únicamente el representante legal de una empresa puede firmar en su nombre títulos valores.

Es necesario referirse aquí al poder, como instrumento donde se hace constar el mandato. El artículo 1251 del Código Civil regula el caso.

Al respecto el tratadista Eduardo Pallarés dice: "La representación no tendrá más límites que los que expresamente le haya fijado el representante en el instrumento o declaración respectivos" (34). A pesar de que no estamos ante el caso de sucesión de endosos interesa aquí destacar principalmente la representación necesaria para poder endosar un cheque y a quién debe éste pagarse. Con respecto al primer punto dice Eduardo Pallarés: "Sólo puede endosar el legítimo propietario del título con capacidad bastante para enajenar, o sus representantes legales con facultades bastantes para obligarlo cambiariamente (35). Con respecto al segundo punto de a quién debe pagarse el cheque, es indudable que debe pagarse a su legítimo tenedor y para ello, conforme expresamente lo dice Eduardo Pallarés, "La persona que haga el pago debe identificar al cobrador (36). Cuando el beneficiario de un cheque es una persona jurídica, el pagador debe exigir a la persona que se presenta a cambiar el cheque, la exhibición de su poder, de su personería legal. Al respecto nuestro Código Civil en su artículo 766 literalmente dice: "El pago debe ser hecho al mismo acreedor o a quien legítimamente represente sus derechos". Contra esta disposición expresa y otras en el mismo sentido de nuestro Código de Comercio como el artículo 235, inciso "D" que dice: "En el Registro Mercantil se inscribirán las escrituras en que conste el nombramiento, modificación o revocación de los poderes conferidos a los gerentes, administradores, y representantes legales de sociedades comerciales, nacionales o extranjeras", no caben excepciones.

Al pagar el Banco Central los cheques referidos a persona no identificada, incurrió en culpa grave. Obsérvese que al pagar el Banco girado los cheques se extinguió la acción cambiaria, por lo que la acción que se presentó a los tribunales de justicia fue una acción causal.

Al respecto opina Joaquín Rodríguez: "El pago de cheques extingue todas las acciones derivadas del título de crédito y el propio cheque" (37).

Bartolomé Guillén e igual dice: "El contrato

(30) Artículo 17.

(31) Ver cita 27.

(32) Artículo 39.

(33) José Alberto Garrone, "El Cheque", Abeludo Perrot, Buenos Aires, 1971 pág. 133.

(34) Eduardo Pallarés, "Títulos de Crédito en General, Letra de Cambio, Cheque y Pagaré", Ediciones Bota, México, 1952, página 71.

(35) Eduardo Pallarés, obra citada, página 120.

(36) Eduardo Pallarés, obra citada, página 221.

(37) Joaquín Rodríguez Rodríguez, "Derecho Bancario", obra citada, pág. 253.

de cambio se extingue mediante el pago de la cambial. . . y dicha letra perdiendo su valor desaparece de la circulación quedando convertida en simple documento de justificación de pago" (38).

Cabe advertir aquí que además de la acción causal, también existe la acción de enriquecimiento, la cual es susceptible de ejercitarse una vez extinguida la acción cambiaria. "Cuando el tenedor de un cheque no tiene ya las acciones cambiarias por prescripción o caducidad de las mismas, ni tampoco la causal, por haber desaparecido o porque nunca llegó a existir, se concede al tenedor del cheque una acción de enriquecimiento " (39).

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:

Ambas partes apelaron de la sentencia de primera instancia ante el Tribunal Superior Contencioso Administrativo, quien en su sentencia resolvió:

I. Este Tribunal acoge las consideraciones del señor Juez a quo sobre los documentos presentados después de la demanda y su contestación la tacha de testigos y hechos probados. II. A juicio de este Tribunal no existen hechos de importancia que alegados por las partes deban considerarse como no probados. III. Comparte este Tribunal también las consideraciones del Juez de Primera Instancia en cuanto a la excepción de caducidad y sobre la capacidad del Banco Central para negociar divisas extranjeras. IV. En cuanto al fondo del negocio este Tribunal comparte las conclusiones a que llega el señor Juez, pero por diferentes razones, ya que al tenor de la doctrina del artículo 812 del Código de Comercio la entidad demandada, el Banco Central, habría tenido acción contra la aquí actora si esos cheques no hubieran sido pagados por los girados, de donde se desprende en forma nítida que si tal es la situación de la persona a cuyo nombre aparezca hecho el giro cuando su negligencia o descuido ha contribuido a que un cheque haya sido endosado por personas sin poder o autorización para hacerlo, menos aun podrá reclamar contra quien lo adquirió de buena fe. V. Que el Tribunal se inclina a conformar también la exoneración en costas recurridas por estimarse, al igual que el Juez a quo, que hubo materia bastante para litigar dada la naturaleza de las cuestiones deba-

tidas, artículos: 59, inciso 2, y 98, inciso c), y 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 1027 a la 30 del Código de Procedimientos Civiles".

RECURSO DE CASACION:

Contra el Fallo del Tribunal se interpuso recurso de casación alegando violación del artículo 705 del Código de Comercio que literalmente dice: "El que paga una obligación constante en un título a la orden, no está obligado a cerciorarse de la autenticidad de los endosos, ni tiene facultad de exigir que ésta se le compruebe; pero sí debe verificar la identidad de la persona que presenta el título como último tenedor, y la relación de continuidad de los endosos". Violación del artículo 826 del Código de Comercio que literalmente dice: "Cuando el cheque contuviere la palabra banco en el anverso, entre dos rayas paralelas, el banco contra quien esté girado no podrá pagarlo sino a otro banco. Si a la palabra: banco se le hubiere agregado el nombre particular de un establecimiento de ese género, el pago deberá hacerse sólo a ese determinado banco. Cualquier portador del cheque puede cruzarlo". Violación del artículo 827 del Código de Comercio que literalmente dice: "El Banco que pagare un cheque en contravención de lo dicho en el artículo anterior, será responsable ante el verdadero dueño del cheque, por cualquier pérdida que éste sufra por motivo del pago hecho".

Violación del artículo tercero del Código de Comercio que literalmente dice: "Para que la costumbre sea aplicable y supla el silencio de la ley, es necesario que haya sido admitida de modo general y por un largo tiempo, todo a juicio de los tribunales. El que invoque una costumbre debe probar su existencia, para lo cual toda clase de prueba es admisible". Violación del artículo 235 inciso d) del Código de Comercio que literalmente dice: "En el Registro Mercantil se inscribirán: Las escrituras en que conste el nombramiento, modificación o revocación de los poderes conferidos a los gerentes, administradores, y representantes legales de sociedades comerciales, nacionales o extranjeras". Artículo 680 del Código de Comercio que literalmente dice: "El título valor puede estar firmado personalmente por el obligado o por su apo-

(38) Bartolomé Guillén e Igual, "La letra de cambio", Editorial Bosch, Barcelona, pág. 75.

(39) Joaquín Rodríguez Rodríguez, "Derecho Bancario", obra citada, pág. 263.

derado o representantes. Tratándose de sociedades, los administradores o los gerentes se reputan autorizados para suscribir títulos valores a nombre de ellas". Artículo 1251 del Código Civil, que literalmente dice: "El contrato de mandato puede celebrarse entre presentes y ausentes, por escritura pública o privada y aun de palabra, pero no se admitirá en juicio la prueba de testigos, sino en conformidad con las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes exijan documento público. El instrumento en que se hace constar el mandato se llama poder. Los poderes generales o generalísimos deben otorgarse en escritura pública e inscribirse en la sección correspondiente del Registro de la Propiedad, y no producen efectos respecto de tercero sino desde la fecha de su inscripción".

Violación del artículo 1045 del Código Civil que literalmente dice: "todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios". Como seguidamente se observará, la Sala de Casación al igual que el Tribunal, fundamenta su fallo en la doctrina del artículo 812 del Código de Comercio, pero por razones diferentes, como éste lo dijera en su sentencia respecto a las conclusiones a que llegó el señor Juez en la suya.

SENTENCIA DE LA SALA DE CASACION

En su sentencia la Sala de Casación dice en el considerando II, "El artículo 826 del Código de Comercio dispone que cuando el cheque contuviera la palabra "Banco" en el anverso, entre dos rayas paralelas, la entidad contra la que está girado no podrá pagarlo sino a otro banco. En el caso, los cheques estaban girados contra diversos bancos extranjeros; el banco demandado los adquirió mediante endoso y los cobró a los girados, los cuales, conforme a ese artículo 826, estuvieron en posibilidad de pagarlos sin incurrir en infracción de tal texto, pues fueron pagados a un Banco. El procedimiento usado en los casos en estudio para el giro, envío y pago, es usual en el comercio internacional y no viola la ley que se señala. Si al cruzar los che-

ques se hubiera designado una institución específica la situación sería diferente".

Cabe observar al respecto, que la ley no se violó cuando el girado pagó, sino cuando el Banco Central negoció los cheques cruzados pagándolos en dinero efectivo en su ventanilla a persona física que no identificó como representante de la sociedad beneficiaria.

"El cheque cruzado no puede pagarse en la ventanilla del Banco" (40). Señala la Sala que si los cheques hubieran indicado alguna institución específica el caso hubiera sido distinto. La responsabilidad del Banco Central no es menor por el hecho de no haberse indicado institución específica entre líneas. Tal circunstancia no convierte los cheques cruzados nominativos en al portador, ni faculta al banco para pagarlos en dinero efectivo en la ventanilla.

¿Qué perseguía el Banco Central al negociar cheques de ese tipo?

No podemos suponer que el Banco Central negocia sólo por negociar. No se trata de un banco comercial. Y aun cuando se tratara de un banco de ese tipo, el único propósito que persigue un banco al adquirir un cheque cruzado es el de prestar el servicio de presentador.

Estamos ante la presencia de cheques, no de letras de cambio, que como dice Juan José González Bustamante: "El cheque se expide con una finalidad de pago en tanto la letra sólo persigue una finalidad de negociación" (41).

No se trata de que el Banco Central no pueda negociar, se trata de que un cajero no está facultado para ello. Y que la finalidad en todo caso de la negociación es la de mediar como presentador de los cheques cruzados.

Se ha asimilado la posición del tenedor de un cheque cruzado a la del que tiene una capacidad de obrar limitada. Tiene la plena titularidad, pero para proceder al cobro deberá usar el conducto, y por consiguiente, la cooperación jurídica, de una institución de crédito. Esta al proceder al cobro, no adquiere en ningún momento la propiedad del cheque cruzado, sino que simplemente se comporta como un representante del titular (42).

Dice Henry Cabrillac "otro peligro del cheque

(40) Juan Pique Vidam, "Todo sobre el cheque bancario", Editorial de Vecchi S.A., pág. 74.

A. Martínez Cerezo, en su Diccionario de Banca, Ediciones Pirámide S.A. Madrid, dice: "puesto que el cheque cruzado no puede cobrarse en efectivo, sino que tiene precisamente que contabilizarse en una cuenta".

(41) Juan José González Bustamante, "El Cheque", pág. 29.

(42) Joaquín Rodríguez, obra citada.

es el riesgo de la pérdida o del robo. Un cheque perdido o robado puede ser utilizado por un tercero que se hará pasar por el beneficiario, falseando la identidad de ésta o realizando un endoso apócrifo en el título. Para remediar este peligro la práctica, inicialmente y seguidamente la legislación, han consagrado el procedimiento de cruzar el cheque" (43).

En el caso que nos ocupa, de nada sirvió el cruzamiento de los cheques, ya que el cajero del Banco Central los pagó en dinero efectivo al usurpador en la ventanilla.

El argumento de la Sala de que la única implicación que tiene el cheque cruzado es que sólo puede ser cobrado por un banco y que el Banco Central pudo cobrarlo válidamente, es eludir el problema legal planteado. No se discute este punto. Lo que se alega es que el propio Banco Central no podía negociar un cheque cruzado certificado ni pagarlo en efectivo en la ventanilla, decisión que tomó el cajero discrecionalmente sin consultar previamente con quien tenía esta facultad en el Banco.

Veamos lo que dice el tratadista Ripert, al referirse al cheque cruzado: "Esta forma de cheque presenta una doble utilidad; en primer lugar, evita el riesgo de pérdida o robo, pues quien lo haya encontrado o robado no podrá presentarse personalmente para cobrarlo y no encontrará banquero que lo presente, por eso esos cheques se envían por carta ordinaria sin la precaución de certificarla.

Además como el cheque debe ser remitido a un banquero, no será pagado en dinero sino que se acreditará en cuenta del cliente" (44).

El caso que nos ocupa el tenedor no titular de los cheques los cobró en la ventanilla, sin depositarlos en cuenta corriente.

El mismo autor citado Cabrillac, dice: "Según el artículo 38 párrafo 3, el banco no admitirá un cheque cruzado al pago más que de persona que esté cualificada para tal presentación, es decir, como hemos visto otro banco, el encargado de cheques postales, uno de sus clientes o una de las personas enumeradas en el artículo 3. Con esta disposición se obliga al banco presentador a comprobar la identidad de quien se lo entrega y evitar de esta

suerte que el banco presente al pago un cheque cruzado por cuenta de un ladrón o de un tenedor de mala fe. Es indistinto el título por el que el banco recibe el cheque cruzado: abono en cuenta corriente, compra del efecto o mandato de cobro. El banco Presentador puede pagar a su cliente el importe del cheque cruzado antes o después de su cobro. En efecto la obligación de no pagar un cheque cruzado más que a un banco sólo vincula al librado; el banco presentador, no obstante, al pagarlo adoptará iguales precauciones que cuando abona un cheque ordinario, pues de lo contrario la finalidad del cruzamiento se frustraría. De donde, si el conocimiento del cliente es superficial, se limitará a acreditar en la cuenta del beneficiario el importe del cheque mediante un asiento de contabilidad, pero no realizará el pago efectivo" (45).

Obsérvese como el Banco Central de Costa Rica al pagar los cheques cruzados no negociables no tomó ninguna de las precauciones que señala el autor citado en los párrafos transcritos.

El Banco Central no pudo haber adquirido los cheques cruzados no negociables más que con el propósito de ayudarle a la sociedad beneficiaria a cobrarle los cheques al girado.

Al pagarlos no identificó al tenedor como legítimo representante de la sociedad beneficiaria de los cheques.

Los pagó en dinero efectivo en la ventanilla del banco, cuando los cheques cruzados no negociables, como ha quedado demostrado, sólo son susceptibles de ser depositados en cuenta corriente del beneficiario.

De haberlos negociado, los negoció mal, pues un cajero de banco no está facultado para adquirir cheques en que el banco que representa no sea el girado.

Quien tiene en sus manos un cheque cruzado no puede recurrir para su cobro a la ventanilla del banco, por razón del cruzamiento. Debe en consecuencia valerse de otro banco que actuando como presentador le preste el servicio. Si ese fue el servicio que prestó el Banco Central a la beneficiaria de los cheques, debió haber depositado el monto de los mismos en cuenta corriente, y nunca pagarlos en la ventanilla en dinero efectivo.

Con relación a los cheques cruzados no nego-

(43) Henry Cabrillac, "El cheque y la transferencia", Biblioteca Jurídica Autores Españoles y Extranjeros, Reus S.A., 1969, pág. 14.

(44) Derecho Comercial, tomo III, pág. 270.

(45) Henry Cabrillac, obra citada, pág. 144.

ciables opinan: Bonfani y José Alberto Garrone: "En consecuencia es procedente referirse a los conceptos de jurisprudencias británicas en la materia, como la autorizada opinión de Chalmers quien al describir la forma y efectos del cheque cruzado 'No negociable' en Inglaterra señala que es siempre transferible pero limitado en su negociabilidad; se encuentra colocado a nivel de un título vencido.

Un portador legítimo puede siempre transferirlo y el endosatario tiene el derecho de exigir el pago, pero cuando el título del endosante es defectuoso acusando algún vicio, el endosatario que haya pagado queda despojado de su protección ordinaria acordada al legítimo portador de un cheque" (46).

En el caso que nos ocupa al negociar el Banco Central con el usurpador cheques cruzados, no negociables, certificados, nominativos, y pagarlos en efectivo sin identificar a la beneficiaria le causó a ésta un daño, ya que con su actitud impidió que el cruzamiento y no negociabilidad de los cheques tuviera efectividad. Al pagar los cheques en la ventanilla del Banco impidió que los cheques fueran depositados en la cuenta corriente de la beneficiaria, que era el propósito perseguido.

Los mismos autores Bonfani y Garrone seguidamente afirman: "Supongamos que un cheque al portador y cruzado, no negociable fuera robado. El ladrón obtiene el pago de un comerciante y éste hace efectivo el pago por intermedio de un banco. . . el comerciante está obligado a reembolsar el importe del cheque al verdadero propietario" (46). Obsérvese como el Banco Central al negociar los cheques actuó como un comerciante. La Sala lo reconoce al decir que el Banco Central no pagó, sino que negoció. Sea que no actuó ejerciendo las funciones propias de un Banco Central que no son precisamente las de negociar cheques. En otro párrafo los mismos autores dicen: "El cruzamiento es una garantía contra un posible cobro por titulares no legitimados" (46). Quiere ello decir que al negociar el Banco Central los cheques cruzados no negociables, dejó sin protección a la sociedad beneficiaria de los cheques. El hecho de que el Banco Central hubiera podido cobrar del girado el monto de los cheques no lo exonera de responsabilidad. Más bien agrava la situación pues para poder cobrarle al girado se valió su condición de banco,

pero cuando tuvo que responder por haber pagado en efectivo los cheques, no asumió su responsabilidad de banquero.

En el considerando III se dice que: "El artículo 5 de la Ley Orgánica del Banco Central no fue interpretado erróneamente, tanto porque en el inciso 8 se faculta a la institución para la realización de las operaciones activas y pasivas que pueda efectuar conforme a esa ley, entre las que se incluye la adquisición de títulos valores".

Es cierto que el Banco Central puede adquirir títulos valores. Pero ese no es el punto. Se trata de que no es función primordial del Banco Central el negociar títulos valores y por lo tanto debe tomar mayores precauciones para llevar a cabo esas negociaciones.

La única intervención válida que pudo haber tenido el Banco Central con los cheques cruzados no negociables fue la de prestarle un servicio a la beneficiaria de los mismos como presentador.

En el considerando VI dice: el pago de esos cheques se fue produciendo a través de un lapso de más de dos años. Quiere decir que en este considerando VI acepta la Sala que hubo pago, lo que niega seguidamente.

Afirma la Sala que no hubo pago, como se dijo, que lo que sucedió fue que el Banco negoció los cheques. ¿Puede un cajero del banco negociar en su nombre cheques no negociables? ¿Tiene un cajero del Banco Central facultades para negociar títulos valores? Definitivamente no.

Esas son funciones de otros personeros de la institución, no de un cajero cuya función es contar billetes.

Los cheques que el Banco Central pagó al usurpador no tienen el visto bueno de ningún personero del Banco con poder suficiente para aceptar su negociación.

Seguidamente en el considerando IX de su sentencia, la Sala dice:

"Con aplicar la doctrina del artículo 812 del Código de Comercio, no está aceptando la sentencia que el Banco resulta beneficiándose con su propio dolo, porque no ha tenido por cierto que al recibir y pagar los cheques actuara con malicia. La simple circunstancia de que hubiera sólo un endoso y no una relación de ellos, no impedía la aplicación de la doctrina del artículo 812, como antes se dijo, ni obligaba por esa simple razón, a aplicar el

artículo 705 del mismo Código, como se pretende. La sentencia recurrida no expresa que existiera una tácita ratificación de todo lo actuado ni que hubo un poder tácito para defraudar, y no ha incurrido en violación del artículo 3 del Código de Comercio”.

La Sala de Casación afirma que el pago de los cheques se fue produciendo a través de un lapso de más de dos años “tiempo durante el cual la compañía accionante no reaccionó ni protestó”. Quiere decir que el primer cheque que el Banco pagó al usurpador fue mal pagado, ya que la negligencia o descuido vino después, con el transcurso del tiempo.

Con base en la supuesta negligencia de la beneficiaria de los cheques se justifica la aplicación del artículo 812, pero aun en este caso el Banco fue el causante con su actitud ilegal de impedir que la beneficiaria de los cheques se pudiera dar cuenta de que éstos estaban siendo sustraídos. El que primero incurrió en negligencia y descuido en todo caso fue el Banco Central al pagar el primer cheque. En ese momento no se podía hablar de que el transcurso del tiempo había consolidado el poder del usurpador. En materia comercial no se admite la costumbre contra el texto expreso de la ley. Por esa razón la Sala no acepta la existencia de un poder tácito; pero el alegar que la negligencia de la beneficiaria de los cheques consistió en dejar pasar más de dos años sin protestar, significa el reconocimiento de un poder tácito, aunque lo niegue la letra de la sentencia.

Si no hubo una “tácita ratificación de todo lo actuado” como dice la Sala, ¿qué consecuencia jurídica tendría para la beneficiaria de los cheques, el haber dejado pasar más de dos años sin protestar por el pago que el Banco le estaba haciendo al usurpador de los cheques? Su negligencia trajo como consecuencia la consolidación del poder del usurpador para defraudar. Sea que la Sala acepta en materia comercial la existencia de poderes que no están inscritos en el Registro Mercantil.

Por otra parte dice la sentencia de la Sala:

“Es necesario decir que el Banco no pagó la obligación, simplemente compró y descontó los cheques, de manera que su situación no puede exa-

minarse de conformidad con el citado artículo 705, pues esas reglas sólo rigen para el que paga que en el caso es el Banco girado, mientras que la situación del Banco Central es la del que recibe o descuenta un cheque, por lo que debe insistirse en que “el banco no pagó”, sino que compró un crédito en moneda extranjera”. Esto significa que a su juicio el artículo 705 del Código de Comercio se refiere sólo al girado. Excluir donde la ley no excluye es antijurídico.

Joaquín Rodríguez dice: “Un cheque puede ser objeto de una compraventa, entre endosante y endosatario, trasmite y adquirente del cheque, debe darse una relación causal, en el caso de la que exista entre el girado y el tomador puede ser doanddi, crecendi, vel solvendi causa. Es decir, la emisión de un cheque y la firma puesta en él, ya sea en concepto de endoso o de aval, suponen la existencia de un negocio jurídico que es el que se llama relación causal o subyacente. De este negocio se derivan acciones” (47).

Este negocio jurídico que menciona Rodríguez en el párrafo transcrito, según la Sala de Casación se llevó a cabo entre el Banco actuando en su nombre el cajero y la beneficiaria de los cheques actuando en su nombre el usurpador, a quien se los pagaron en dinero efectivo en la ventanilla.

Por su parte el propio Banco Central al contestar la demanda no se refiere a ningún negocio jurídico, únicamente dice que el Banco pagó bien los cheques al identificar al tenedor de los mismos con su cédula de identidad. Lo mismo aseguró al dar por agotada la vía administrativa, en el párrafo quinto de la carta correspondiente.

“Resulta interesante analizar el significado de la leyenda: “no negociable” contenida en un cheque. Al respecto Cervantes Ahumada dice: “Cheques no negociables son los que no pueden ser endosados por el tenedor (48).

Malagarriga por otra parte señala que el cheque certificado no negociable al ser endosado sólo trasmite al endosatario “los derechos que tenía el endosante” (49).

Joaquín Rodríguez al respecto dice: “Hablamos de cheques no negociables, equiparando esta expresión a la de no endosables. Es decir son che-

(47) Joaquín Rodríguez, *Derecho Bancario*, pág. 253.

(48) Cervantes Ahumada, obra citada, págs. 146 y 147.

(49) Malagarriga, obra citada, pág. 819.

ques no negociables, aquellos que no pueden transmitirse por endoso y que sólo pueden ser cedidos". (Ver cita 47).

En este mismo sentido se expresa Muñoz (50).

Debemos tener presente que los cheques considerados: no a la orden, para poder ser transmitidos debe cumplirse con las exigencias del derecho común, sea: a) acto escrito, b) notificación al deudor de lo cedido, c) entrega del documento.

En el caso que nos ocupa, quien cedió los cheques al Banco Central no transmitió derecho alguno al cesionario ya que fue el usurpador de los mismos quien actuó sin poder alguno en nombre de la beneficiaria.

El Banco Central no se dio cuenta de ello, porque quien actuó en su nombre sin facultades para ello fue un cajero. De tal forma que quien negoció no fue el Banco Central, fue su cajero. Y si luego el Banco cobró del girado los cheques incumplió su obligación de depositar en cuenta corriente de la beneficiaria del producto, ya que un cheque cruzado no puede ser pagado en efectivo, sino depositado en cuenta corriente, como quedó explicado.

El artículo 812 del Código de Comercio al facultar al tenedor de un cheque de buena fe para cobrárselo al beneficiario, de no habérselo podido cobrar al girado, no se refiere al tenedor culpable del negocio en virtud del cual adquirió el cheque.

Obsérvese que la sentencia tuvo por demostrado que el Banco Central incurrió en culpa al no identificar al tenedor de los cheques.

La supuesta culpa en que incurrió la beneficiaria de los cheques no convalida el negocio jurídico nulo. En todo caso, como quedó demostrado, ninguno de los actos que realizó la beneficiaria de los cheques implica realmente culpa ni configuran un poder a favor del usurpador. El único poder válido en materia comercial es el otorgado en escritura pública e inscrito en el Registro Mercantil.

En el caso que nos ocupa no solamente se encontraba viciado de nulidad el negocio jurídico, por razón de la incapacidad para negociar que tenía el tenedor de los cheques, sino porque el Banco Central sólo pudo haber actuado como presentador de los cheques, no como simple negociante.

Aun cuando fuera considerado el Banco Central una institución engendradora de derecho, el caso que nos ocupa no podría ser contemplado bajo la Teoría de la Institución, en su concepción original de Hauriou. La Teoría es muy exigente con la idea del ente a realizar, no admite actuaciones fuera de ella, mucho menos culpables, y cuando así se comporta, sus partidarios no le conceden razón, ni derecho.

BIBLIOGRAFIA

ASCARELLI
ASQUINI
BALSA
BELLUCCI
BELAFFIO
BERGSON
BONFANI
CABANELLAS
CABRILLAC
CAPITANT
CERVANTES AHUMADA
DUGUIT
GARRONE
GARRIGUES

GUILLÉN E IGUAL
GONZALEZ BUSTAMANTE
HAURIOU
KEYNES
MARTEN
MALAGARRIGA
MARTINEZ CEREZO
MESSINEO
MORIN
MOSSA
MUÑOZ
NAVARRO ZAMORANO
ORTEGA Y GASSET
PALLARES

PLATON
PIQUE VIDAN
PEREZ BOTIJA
RENARD
RIPERT
RODRIGUEZ RODRIGUEZ
SATANOWSKY
SALANDRA
TOULEMON
VALERY
VICENTE Y GELLA
VIVANTE
ZACAPA