



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

283
128

FACULTAD DE DERECHO

**“ EFECTOS JURIDICOS DE LA PROVISION
EN EL CHEQUE ”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

Simón Flores Vicencio

EXICO, D. F.

1983



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Í N D I C E

Pág.

CAPITULO	I.	REFERENCIAS HISTORICAS		
	a)	Antecedentes históricos del cheque	1
	b)	Antecedentes históricos de la provisión en los Títulos de Crédito	6
	c)	Referencias históricas y legislativas	12
CAPITULO	II.	EL CHEQUE EN GENERAL		
	a)	La creación del cheque y sus requisitos	18
	b)	De la circulación del cheque	29
	c)	De la presentación	32
	d)	Libramiento del cheque	38
CAPITULO	III.	MODALIDADES DEL CHEQUE		
	a)	Cheque cruzado	41
	b)	Cheque para abono en cuenta	45
	c)	Cheque de viajero	48
	d)	Cheque de caja	54
	e)	Cheque certificado	56
	f)	Cheque no negociable	63
	g)	Cheque con provisión garantizada	...	70

CAPITULO IV.	ANALISIS JURIDICO DE LA PROVISION DE FONDOS EN LOS CHEQUES		
a)	Naturaleza y efectos	73
b)	Presupuestos y Conse-- cuencias Jurídicas	83
c)	En el proyecto de títu los-valores para Améri ca Latina	96
d)	En el proyecto para el nuevo Código de Comercio....		99
e)	En la Legislación compa rada	104
f)	Jurisprudencia mexicana	111
	CONCLUSIONES	116
	BIBLIOGRAFIA	118

CAPITULO I

REFERENCIAS HISTORICAS

- a) Antecedentes históricos del cheque
- b) Antecedentes históricos de la provisión en los títulos de crédito
- c) Referencias históricas y legislativas

REFERENCIAS HISTÓRICAS

a) ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CHEQUE

Considerando la importancia que tiene el -- cheque como instrumento de pago, es necesario -- realizar un estudio relativo a la provisión, que debe existir en el momento de su expedición ante una institución de crédito; pero antes se analizarán los antecedentes históricos que ha tenido en la vida bancaria.

Es conveniente precisar, que fue en la actividad bancaria donde por primera vez se emplea-- ron los pagos de documentos.

"La banca aparece en Babilonia desde el siglo VI antes de Cristo; pero los datos más am-- plios y precisos sobre ella, provienen de Grecia y de Egipto. En Grecia, donde, según algunos, - debe haber sido conocida la moneda desde el siglo VII antes de Cristo, fueron los templos los primeros en realizar verdaderas operaciones de - banca, valiéndose bien del propio patrimonio -- constituido por las ofrendas de los fieles, bien de los depósitos que la fe en administración religiosa, representada por el consejo de los an-- fictions. También se dedicaron a las operaciones de banca las personas privadas, que recibieron los nombres de "kolibistas" y de "trapezi-- tas", esto es cambistas y banqueros". 1/

Como se aprecia, la moneda se conoció en -- Grecia, tomando en cuenta que el banco apareció

1/ Greco Paolo, Curso de Derecho Bancario, traducción - de Raúl Cervantes Ahumada, Edición Jus, Colección de Estudios Jurídicos, México 1945, págs. 57 y 58

en Babilonia, no obstante que la actividad bancaria se realizó en la misma Grecia a través de -- las limosnas que la iglesia obtenía.

"En Roma la banca tenía funciones diferentes e importantes, hasta los últimos días de la República, aunque carecía de una codificación; -- ello se debe a la expansión del comercio romano, la creciente circulación monetaria, la formación y el movimiento de capitales y sobre todo, la relación y la influencia que tenía con Grecia y -- Egipto, donde ya de tiempo atrás el comercio bancario prosperaba. Los banqueros romanos eran -- llamados "Nummularii", "mensularii" y "argenta--rii", entre cuyas funciones no se puede establecer una clara diferencia, porque los primeros se ocupaban sólo de operaciones de cambio monetario, y los segundos de operaciones de crédito". 2/

Los banqueros romanos como se ha hecho notar anteriormente, tenían diferentes funciones y nombres; algunos se ocupaban sólo de operaciones de cambio monetario y los depósitos regulares, los préstamos y aún los descuentos, las recaudaciones, los pagos y las cuentas de giro en interés de sus clientes.

Paolo Greco nos remite al antecedente más remoto de los depósitos, que se encuentra en "el período babilónico y en las leyes de Hammurabi, primera ley escrita en el año 2000 antes de Cristo, se realizaban depósitos regulares. Trazos de depósitos irregulares se encuentran en documentos de época más posterior y reflejan también el caso de sumas confiadas a los banqueros, para poder disponer de ellas en ocasiones de pago por cuenta de los depositantes, tiene una característica con

2/ Greco Paolo, ob. cit. págs. 59 y 60

los modernos depósitos en cuenta corriente. En el derecho romano el depósito tiene su gran desenvolvimiento, se admitía como una figura autónoma, consistente en simple retención con fines de custodia y con obligación de restitución a petición del depositante. Distinguieron entre depósito regular e irregular; el primero corresponde a los depósitos bancarios en sobre o caja cerrada o custodia "pecunia absignata", "insacculo clauso pecunia", "ni sacculo signato deposita".

3/

En los " 'depositi irregolari' según Ulpiano mencionado por Paolo Greco, estos depósitos tenían funciones variadas y complejas de los banqueros romanos, así el depósito verdadero en dinero era de carácter gratuito, ya que el pacto de interés no agrega ni quita nada a la operación para la ejecución de mandatos por parte del "nummularius". En el caso de los "nummulari", - los distingue de la siguiente manera: a) depositas pecunias haberes, que es el verdadero y propio depósito de dinero, según su originario carácter gratuito; b) pecunia excercita apud nummularios, es el depósito productivo de intereses; c) pecunia excercita cumnummularios, depósito en participación social; d) pecunia excercita per nummularios, que es el depósito como -- provisión para la ejecución de mandatos por parte del "nummularius"; probablemente para la realización de pagos por cuenta del cliente". 4/

A través de estas operaciones de depósito, los bancos crearon principios y criterios de administración muy rígidos, como el de recibir dinero que tuviera el valor en plata y oro; además,

3/ Greco Paolo, ob. cit. pág. 67

4/ Greco Paolo, ob. cit. pág. 67

estos dineros depositados no debían ser emplea-- dos por el banco, puesto que no pagaban intere-- ses.

"La institución bancaria aparece por prime-- ra vez en Europa, principalmente fue en Venecia, donde se fundó el banco más antiguo que se cono-- ce en el siglo XII, y fue donde también por prime-- ra vez se expidieron los cheques, más tarde se difundió en toda Europa. En esa época los ban-- cos entregaban a sus clientes un comprobante, -- certificando la cantidad depositada, facultando al depositante disponer por él mismo o por otros del dinero depositado en la institución de crédi-- to". 5/

En líneas anteriores, apuntamos que los ban-- cos no podían disponer del dinero depositado, to-- da vez que no pagaban intereses, principalmente en los Bancos de Amsterdam. "En el siglo XVI, - los cheques en los diferentes países que lo ha-- bían conocido se les daba el nombre de distintas maneras, en Mesina se le llamaba Polizze di Tavo-- la, en Génova biglietti cartulado y en Venecia - se le llamaba contadi di banco". 6/

A fines del mismo siglo, el Banco de San Am-- brosio, de Milán, permitía retirar las cantida-- des depositadas en él por medio de órdenes de pa-- go llamadas cedula di cartulario, considerados - ya como cheques". 7/

El mismo Joaquín Garrigues, nos dice que: -

5/ Muñoz Luis, Derecho Mercantil, Tomo III, Edición Pri-- mera, México 1974, pág. 297

6/ Muñoz Luis, ob. cit. pág. 297

7/ Garrigues Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Edi-- ción VII, Editorial Porrúa, México, pág. 930

La palabra moderna "cheque" descubre en su etimología el origen inglés de un documento que, efectivamente, ha tenido en Inglaterra un desarrollo incomparable. Desde el siglo XIII, los Reyes ingleses solían expedir mandatos de pago contra su tesorería. Por eso se llamaban estos documentos Billa de scaccario o exchequer bill. De aquí la denominación de check o cheque". 8/

Como escriben Balsa y Belencci, autores citados por Luis Muñoz que: "A partir del siglo -- XVII comienzan a circular en Inglaterra los gold smith's notes o las cash notes, especies de certificados emitidos por las autoridades del gremio de orífices londinenses, en constancia del ingreso de valores en los depósitos sindicales. Acentuóse el uso de esos recaudos a partir de la confiscación dispuesta por Carlos I, en 1640, de los metales preciosos que en lingotes o acuñados, tenía en depósito la Casa de Moneda de Londres. Los goldsmith's notes reembolsables al portador y a la vista difundieron en gran escala, debido principalmente a que su uso alejaba la inseguridad para el desplazamiento del metálico, causado por las turbulencias políticas que suscitaron la muerte de aquel monarca y el advenimiento de la República". 9/

A este país se le ha conocido como la tierra del cheque, por lo que es necesario anticiparnos que fue donde se difundió e inclusive se reglamentó desde el año de 1852 y que años después en 1882 se convirtió en ley, con el nombre de bills ob exchange aut, dato que más adelante lo tomaremos muy en cuenta en la legislación del cheque.

8/ Garrigues Joaquín, ob. cit. pág. 930

9/ Muñoz Luis, ob. cit. pág. 298

Es de importancia enumerar algunos otros -- países, que también tuvieron la necesidad de legislar el cheque, como Francia, Alemania, Italia, España, etc.; por el momento sólo se mencionará, porque conforme se vaya desarrollando el tema, - se hablará de cada uno de ellos con mayor amplitud dentro de sus legislaciones.

Para concluir esta exposición histórica, es de importancia analizar siquiera en forma breve los antecedentes que ha tenido nuestro país.

Al respecto, Joaquín Rodríguez Rodríguez - nos dice que: "En México, el cheque aparece a mediados del siglo pasado y fue regulado en el Código de Comercio de 1884; ya antes se había cononcido en la práctica, durante el desarrollo de - las operaciones del Banco de Londres y México".

10/

Los antecedentes históricos expuestos anteriormente del uso de los depósitos en las instituciones bancarias, trajo como consecuencia al origen del cheque que hasta en nuestros días sigue siendo un medio eficaz para disponer del dinero depositado en el banco.

b) ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PROVISION EN LOS TITULOS DE CREDITO

Partiendo de que la provisión de fondos en los títulos de crédito, es uno de los puntos polémicos más enconados y que además no existe en la legislación ningún precepto que defina de una

10/ Rodríguez Rodríguez Joaquín, Derecho Bancario, 2a. - Edición, Editorial Porrúa, México 1964, pág. 91

manera terminante lo que es la provisión de fondos; es necesario remitirnos a un análisis somero de lo que es un título de crédito o título valor, como le llaman algunos estudiosos, a reserva de que más adelante analizaremos la provisión en el cheque.

Empezaremos diciendo, que existen diferentes conceptos de lo que es un título valor.

La doctrina italiana, es la que ha elaborado una tesis más amplia sobre los títulos valores, hasta tener una perfecta determinación al definirse en la Ley de Títulos y Ordenes de Crédito, diciendo que son: "Los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna". 11/

La mayor parte de los autores, han coincidido no sólo en la definición, sino también en la interpretación que se ha dado en las diversas legislaciones al título de crédito o títulos valor; César Vivante, citado por Francisco López de Goicoechea, dice que es "el documento necesario para ejercitar el derecho literal autónomo en el contenido". 12/

Las definiciones dadas anteriormente tienen una similitud, variando únicamente con la palabra "autónomo", que a nuestro entender el tenedor del título puede ejercer su derecho sin que para ello sea necesaria la intervención de algu-

11/ López de Goicoechea Francisco, Letra de Cambio, 5a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1980, pág. 9

12/ César Vivante, autor citado por Francisco López de Goicoechea, Letra de Cambio, Biblioteca Jurídica, - Editorial Costa-Amic. México, pág. 10

no de los firmantes del documento, que en primer término deberá hacerlo ante el girado para su pago, y en segundo término ante el librador, en caso del no pago. A nuestro juicio la definición de Vivante es la más adecuada, por las razones expuestas anteriormente.

Para la mejor circulación de estos títulos, se clasifican de la siguiente manera: 13/

a) Títulos nominativos.- Que son los que tienen una circulación restringida, porque designan a una persona como títulos, y que para ser transmitidos, necesitan el endoso del título y la cooperación del obligado en el título, el que deberá llevar un registro de los títulos emitidos.

b) Títulos a la orden.- Son aquellos que, estando expedidos a favor de determinada persona, se transmite por medio del endoso y de la entrega misma del documento.

c) Títulos al portador.- Son los que se transmiten cambiariamente por la sola transmisión. Cabe aclarar que en nuestra legislación sólo clasifica una circulación bipartita, y la doctrina lo clasifica como lo hemos expuesto anteriormente. Este último expuesto es el que tiene mayor semejanza con el dinero, y más idónea para su circulación, puesto que con el solo hecho de su entrega se cede la propiedad del título.

"La doctrina italiana clasifica a los títu-

13/ Cervantes Ahumada Raúl, Títulos y Operaciones de Crédito, Novena Edición, Edit. Herrero, S.A. México 1976, págs. 19 y 28

los de crédito en títulos civiles y mercantiles, títulos en serie o individuales, títulos completos e incompletos". 14/

Veamos pues, que los títulos valores se pueden clasificar de distintas formas, entre nosotros como ya anotamos se clasifican en dos formas, y se pueden emitir de acuerdo a la necesidad del girador.

Ahora bien, en todo título valor que se expida debe tener una provisión disponible, puesto que en el momento de la presentación ante el librado exista el importe de la misma, mediante un depósito.

Paolo Greco, ya apuntaba que: "En el Derecho Romano, el contrato de depósito tiene un notable desenvolvimiento cuyo origen se remonta a la "fiducia cum amico". En un primer tiempo, no concibiéndose la posibilidad de transferir la posesión o detención de una cosa sin el contemporáneo traspaso del dominio, se acostumbraba transmitir al depositario la propiedad fiduciaria". - 15/

Es de suponerse que los depósitos realizados en la institución bancaria, tiene como finalidad, destinarlos como medio de pago en la presentación de un título de crédito, no se trata de cualquier crédito, que existe en el momento de la emisión o pueda existir al tiempo de pago, sino que al expedirse el cheque, presupone la preexistencia de una relación de provisión, que pasa en dominio del tenedor.

14/ López de Goicoechea Francisco, ob. cit. pág. 11

15/ Greco Paolo, ob. cit. págs. 66 y 67

"La doctrina clásica, se refiere a una provisión real y efectiva consistente en una provisión de fondos, de una provisión presente, consistente en la deuda del librador, y de la provisión imaginaria, cuando el librado autoriza el giro al librador". 16/

Lo que importa en la provisión y su existencia, es que también existe el crédito del librador contra el librado, bien porque dicho crédito existe en el momento de expedirse el documento o porque pueda existir en el lapso que media entre el acto de la expedición y el de la aceptación.

La aceptación, se hace como consecuencia de que el librado se considera deudor del librador. Hay autores que afirman, que el crédito puede no existir en el momento de la aceptación, siendo suficiente que se cumpla la obligación antes del vencimiento del documento; porque se supone que el librado ha recibido el importe de la suma.

"La provisión no supone, por tanto, necesariamente la existencia material del dinero en poder del librado por entrega efectiva por el librador. Es un derecho de crédito simplemente, un derecho que faculta al librador para exigir del librado la restitución o la disposición de las sumas acreditadas en su cuenta de cheque". 17/

Dice Joaquín Rodríguez Rodríguez que: "La persona que ha obtenido un crédito de un banco, no ha hecho entrega de cantidad alguna al mismo,

16/ López de Goicoechea Francisco, ob. cit. pág. 195
17/ De Pina Vara Rafael, Teoría y Práctica del Cheque, Edición 10a. Editorial Labor Mexicana, México 1960, pág. 121

sino que, por razón del crédito que se le concede, se convierte en acreedora de la institución acreditante; es decir, obtiene en contra de ésta un derecho de crédito. No tiene, por tanto unos fondos en poder material del acreditante, tiene sencillamente el derecho de crédito, derivado de la apertura de crédito que se le hizo". 18/

"En el sistema francés, el cheque presupone la existencia anterior de provisión exigible y disponible; además, la simple emisión del cheque produce la transferencia de la propiedad de la provisión, esto es emitido el título valor, la propiedad de la provisión se transfiere inmediatamente al tomador del cheque". 19/

Navarrini, autor citado por Felipe de J. Tena, dice que: "El tenedor del título debe tener en cuenta los fondos disponibles que existen en poder del librado, así como la obligación del librador y de los endosantes, si la hay, no la adquisición de un nuevo obligado". 20/

Lo anterior se desprende que cuando un cheque es expedido, la provisión debe de estar disponible en dinero y el librado de pagar el título en el momento de su cobro; sin embargo, el tenedor para su misma seguridad puede pedir la certificación del documento, comprobando con ello la existencia de provisión. La certificación del título, lo veremos más adelante con mayor amplitud.

En sí, la misión del cheque consiste en sus

18/ Rodríguez Rodríguez Joaquín, ob. cit. pág. 117

19/ Muñoz Luis, ob. cit. pág. 299

20/ Tena de J. Felipe, Derecho Mercantil Mexicano, 10a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1980, pág. 551

tituir el pago en metálico o en billetes de banco, haciendo las veces de dinero efectivo.

Por lo que entendemos que de acuerdo con -- nuestra legislación, la emisión regular de un -- cheque presupone la previa provisión de fondos -- en poder del librado. Podemos adelantarnos di-- ciendo, que al emitir un cheque sin provisión y en el momento de presentación es pagado por el -- librado, no tiene relevancia jurídica, porque so -- lamente en caso de falta de pago se incurre en -- sanciones bien puede ser, por fraude, indemniza -- ción por daños y perjuicios, etc.

c) REFERENCIAS HISTORICAS Y LEGISLATIVAS

Tomando en cuenta los antecedentes históri -- cos expuestos anteriormente, podemos agregar que los cheques desde la Edad Antigua, en que fueron conocidos, no tenían ninguna regulación, porque únicamente este documento fue conocido y emplea -- do en Grecia y en Roma.

Rodríguez Rodríguez ha criticado los esfuer -- zos de aquellos autores que pretenden encontrar el origen del cheque en Grecia y en Roma, dicen -- do que: "Los fragmentos de obras que se citan al efecto sólo ponen en relieve la práctica, que de -- bió ser tan antigua como el hombre, de depósitos efectuados en personas de confianza a las que -- por carta, se ordenaban ciertas entregas. En to -- dos los casos, falta la cláusula a la orden, tí -- pica del cheque de manera que dichos anteceden -- tes no tienen la menor realidad, ya que el che -- que es inseparable del desarrollo de la misma".

21/

21/ Rodríguez Rodríguez Joaquín, ob. cit. pág. 89

Goldschmith, autor citado por Rafael de Pina Vara, sostiene que "a fines del año 1300, ya circulaban certificados o fes de depósito en lugar de dinero, emitidos por los bancos italianos y algunos autores ven en tales documentos, un antecedente del cheque moderno". 22/

Lo anterior, en ningún momento se podría -- considerar como precursor del cheque moderno, la razón es que eran expedidos por un banco y no -- por el librador.

DE SEMO, otro autor citado por Rafael de Pina Vara, dice que: "El uso del cheque arraigó en Europa, principalmente en Italia, en los siglos XVI y XVII, época en los que se encuentran documentos similares a los modernos cheques. Al desarrollarse cada vez más la actividad bancaria, sobre todo las operaciones de depósito, se vio que era útil para el cliente, que deseaba disponer total o parcialmente de las sumas depositadas, el empleo de órdenes o mandatos de pago para ese fin. Estos documentos, eran entregados directamente al banquero depositario, quien ponía a disposición del tercero la suma indicada en ellos; y que posteriormente, adquirieron el carácter de verdaderos títulos de crédito, que el depositante entregaba a un tercero, facultándolo así para retirar del banquero depositario el importe del documento". 23/

En efecto, el cheque para que sea un título debe ser emitido por el cliente, a cargo de la institución de crédito.

22/ Goldschmith, autor citado por De Pina Vara Rafael, ob. cit. pág. 53

23/ DE SEMO, autor citado por De Pina Vara Rafael, ob. cit. págs. 54 y 55

Referente a su legislación del cheque es relativo; fue hasta la segunda mitad del siglo XIX, cuando surge la necesidad de legislar este título de crédito.

Anteriormente dijimos que "Inglaterra, lo - reglamenta por primera vez en el año de 1852, - convirtiéndose en ley desde el año de 1882, y conocido con la denominación de Bills of Exchange Act". 24/

"En Francia se promulgó una ley sobre cheques de fecha 23 de mayo de 1865, teniendo posteriormente varias reformas. La ley francesa se apartó decididamente de la práctica inglesa, que siempre consideró al cheque como una modalidad de la letra de cambio, ya que para el legislador francés aquél es un título autónomo, que faculta al cliente de un Banco a retirar total o parcialmente los fondos disponibles en poder de la institución de crédito. Autorizó la emisión de cheques contra banqueros, comerciantes y no comerciantes; y en cuanto a la provisión, se apartaba totalmente del sistema británico". 25/

La legislación francesa ha sufrido varias modificaciones, "la ley de 1865 fue adicionada y modificada por las de 19 de febrero de 1874, 30 de diciembre de 1911 (que reguló el cheque cruzado), 26 de enero de 1917, 2 de agosto de 1917 (que estableció sanción penal a la emisión de cheques sin provisión) y 12 de agosto de 1926, principalmente.

La ley de 14 de junio de 1865, fue derogada por el decreto ley de 30 de octubre de 1935, que introdujo en Francia las disposiciones de la Ley

24/ Muñoz Luis, ob. cit. pág. 299

25/ Muñoz Luis, ob. cit. pág. 299

Uniforme en materia de cheque aprobado en Ginebra el 19 de marzo de 1931". 26/

"En la legislación germana, confiere al portador de buena fe amplia e incondicional protección. Su primera ley aparece el 11 de marzo de 1908.

La dogmática alemana en materia de títulos valores ha adquirido gran fuerza expansiva, a -- punto tal, que las convenciones de Ginebra de -- 1930 y 1931 fueron fuertemente influidas por -- ella, y por el consiguiente, las leyes uniformes que se promulgación". 27/

"En Suiza, regula el cheque a través del Código Federal de las Obligaciones de 1881; más -- tarde con la ley del 18 de diciembre de 1936, la legislación suiza adoptó la regulación uniforme de Ginebra". 28/

"La legislación italiana se encuentra en el Código de Comercio de 1883, se inspiró sobre todo en la doctrina germánica, tomando en cuenta -- que tomó diversos sistemas y normas francesas. -- Por Real decreto de 21 de diciembre de 1933, -- adoptó las disposiciones de la ley uniforme de -- cheques que, como es sabido, lleva fecha de 19 -- de marzo de 1931, y el assegno bancario llegó a ser un título formal pagadero a la vista". 29/

También la regulación del cheque "en España, tuvo gran influencia tomada gran parte de la legislación francesa, siendo recogidos en el Cód-

26/ De Pina Vara Rafael, ob. cit. pág. 61

27/ Muñoz Luis, ob. cit. pág. 300

28/ De Pina Vara Rafael, ob. cit. pág. 62

29/ Muñoz Luis, ob. cit. pág. 300

go de Comercio de 1885, que reglamentó la consagración legal de los mandatos de transferencia y de los "Talones" al portador que entrega el Banco Nacional o de España". 30/

Los talones, eran las órdenes de pago en -- cuenta corriente de los bancos o sociedades mercantiles, que eran conocidos como verdaderos cheques. Este código es considerado actualmente como anticuado, no aplicable, puesto que no recoge los antecedentes doctrinales ni tampoco la técnica del cheque, impidiendo de esta manera la inutilización de este medio de pago.

En nuestro país, como apuntamos anteriormente, fue regulado por primera vez en el Código de Comercio del 15 de abril de 1884, no obstante - que dentro de la práctica ya era conocido.

En el Código de 1889, únicamente reprodujo los artículos del Código de 1884 y sobre todo, - se ve claramente la influencia que ha tenido la legislación francesa y la italiana.

En la Conferencia de La Haya de 1912, se -- trató de unificar el derecho sobre los cheques, lográndose únicamente un acuerdo sobre "Resoluciones", para después plantearlo en el Proyecto del Comité de Expertos Jurídicos nombrados por - las Sociedades de las Naciones, sirviendo como - base para la discusión en la Conferencia Interna cional reunida en Ginebra en 1930. 31/

En esta Conferencia de La Haya de 1912, tie ne como fundamento dos motivos: el primero consiste en poner los cimientos de la unificación;

30/ De Pina Vara Rafael, ob. cit. pág. 63

31/ Garrigues Joaquín, ob. cit. pág. 931

el segundo independizar el cheque frente a la letra de cambio. Consideramos que estos dos títulos de crédito relativamente tenían una similitud.

Ahora bien, para concluir diremos que el -- cheque creó forma desde el siglo XVIII, en Inglaterra, ya como documento de pago, y de tal manera que se difundió en casi todo el mundo, llegando al grado en que cada uno de los países estableció un reglamento de este documento de pago.

CAPITULO II

EL CHEQUE EN GENERAL

- a) La creación del cheque y sus requisitos
- b) De la circulación del cheque
- c) De la presentación
- d) Libramiento del cheque

EL CHEQUE EN GENERAL

a) LA CREACION DEL CHEQUE Y SUS REQUISITOS

Tomando como base lo expuesto en el primer capítulo, sobre los depósitos bancarios realizados y que ha dado origen a los famosos bancos - desde la Edad Media; creemos conveniente analizar la creación del cheque, tomando en cuenta - los depósitos que se realizaban en aquella época. Estos depósitos actualmente son practicados por los banqueros, que presentan gran importancia, - sobre todo en los depósitos de cuenta corriente.

"En los depósitos de cuenta corriente, el - depositario se sirve del dinero o efectos comerciales, con tal de tener a disposición del depositante, en cualquier momento en que éste lo desee, el todo o parte de la cantidad depositada".

32/

En sí, la importancia del depósito trae como consecuencia la creación del cheque, expedido por el depositante contra el depositario que sirve para retirar del poder de éste los fondos de la propiedad de aquél, disponible en un banco.

"Como orden de pago dada por el librador al banco librado que posee los fondos, entraña la - promesa de pago de parte del librado frente al - tomador y a los sucesivos poseedores del título, y la acción de regreso relativa en caso de falta

32/ Benito Lorenzo, Bases del Derecho Mercantil, 2a. -- Edición, Editorial Espasa-Calpe, S.A. Bilbao, año 1929, pág. 170

de pago". 33/

En consecuencia, para la creación del cheque es necesaria la existencia del depósito, esto es, los fondos suficientes en una institución de crédito y que además exista un contrato de cheque.

El Maestro Cervantes Ahumada, dice que "para la creación normal de un cheque, se necesita la existencia del contrato de cheque y la existencia de fondos disponibles". 34/

En el contrato de cheque, como se ha apuntado ya anteriormente, los bancos reciben de sus clientes dinero que se obligan a devolver a la vista, en el momento que el cliente lo solicite y para ello utilizan este documento.

"Estos dineros que el banco recibe se les llama depósito, pero la realidad son préstamos que el cliente hace al banco, puesto que tal banco se apropia de los dineros depositados por los presuntos libradores de cheques. El banco se obliga a recibir dinero de su cuenta-habiente, a mantener el saldo de la cuenta y pagar los cheques que el cliente libre con cargo al saldo de cuenta". 35/

"En el contrato de cheque, la obligación es exclusivamente entre banco y librador. Tanto en el Código de Comercio de 1884, como en el de 1889, como en la Ley de Títulos y Operaciones de

33/ Salandra Vittorio, Curso de Derecho Mercantil, Traducción de Jorge Barrera Graf, Editorial Jus, México 1949, pág. 330

34/ Cervantes Ahumada Raúl, ob. cit. pág. 107

35/ Cervantes Ahumada Raúl, ob. cit. pág. 107

Crédito, para que un cheque sea girado válidamente precisa que el girado haya autorizado para -- ello al girador". 36/

Agrega Joaquín Rodríguez Rodríguez que: "No basta que una persona sea acreedor de un banco - para que pueda girar cheques a cargo de éste, si no que exista el contrato de cheques, mediante - un pacto accesorio adicional al contrato de depó - sito o al de apertura de crédito. Así mediante un banco, se autoriza girar cheques hasta por el importe del depósito y mediante la apertura de - crédito, se pacta que el acreditado podrá girar cheques a cargo del banco en que haya realizado la apertura, hasta por la cuantía que se fije". 37/

En nuestra Ley General de Títulos y Opera-- ciones de Crédito, en su artículo 175 dice: "El cheque sólo puede ser expedido a cargo de una -- institución de crédito. El documento que en forma de cheque se libre a cargo de otra persona, - no producirá efectos de título de crédito". En su parte final del mismo artículo nos da a enten - der la autorización dada, cuando dice: "La auto - rización se entenderá concedida por el hecho de que la institución de crédito proporcione al li - brador esqueletos especiales para la expedición de cheques, o le acredite la suma disponible en cuenta de depósito a la vista". 38/

Resumiendo, podemos decir que cuando un ban

36/ Rodríguez Rodríguez Joaquín, Curso de Derecho Mer-- cantil, Tomo I, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, - S.A. México 1960, pág. 369

37/ Rodríguez Rodríguez Joaquín, ob. cit. pág. 369

38/ Texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

co, entrega a un acreedor suyo un talonario de cheques o bien comunica a un cliente que lo acredita a la vista, en ese momento el banco ha autorizado al cliente el giro de cheques.

Algunos autores, como Rafael de Pina Vara, dice que: "Para la creación del cheque se necesitan tres presupuestos; primero, que el librado tenga la calidad bancaria requerida por la Ley; que existan fondos disponibles en poder del librado y que el librado haya autorizado al librador para expedir cheques a su cargo". 39/

Pensamos que en este caso la ley es clara, como lo manifiesta en el último párrafo del artículo de la ley mencionada; no es necesario hacer un tercer presupuesto.

Por otra parte, no basta con que exista un contrato de cheques y fondos disponibles para la creación del mismo documento; sino que para su plena validez como título de crédito en general, debe contener ciertos requisitos.

Para César Vivante 40/, "algunos de los requisitos poseen carácter esencial en el sentido de que si faltan algunos requisitos, el título no produce efectos jurídicos como tal".

En cambio, Carlos C. Malagarriga dice que: "Un cheque sin provisión de fondos no es propiamente un cheque". 41/

39/ De Pina Vara Rafael, ob. cit. pág. 109

40/ Vivante César, Derecho Comercial, traducción de Jorge Rodríguez Aimé, Editorial Ediar-Soc. Anom. Buenos Aires, pág. 235

41/ Malagarriga C. Carlos, Derecho Comercial, Editorial Espasa-Calpe, S.A. Argentina 1940, pág. 185

En consecuencia, un documento que no contenga las menciones y requisitos carecerá de calidad y por lo tanto, no producirá efectos de título de crédito. Pero en el caso de que falte la provisión de fondos, deja de ser también como --cheque.

"En la Ley Uniforme de Ginebra de 1931, establece en su artículo 2o. que "el título en el cual falte alguno de los requisitos formales, no vale como cheque, salvo en aquellos casos en que la propia ley sustituya mediante presuncionales los datos omitidos". 42/

Pasemos, pues, a examinar cada uno de los - requisitos que debe contener el cheque, para su plena validez.

I. La denominación de cheque.- Como primer requisito que debe de insertarse en el texto del título, puede ser expresado en el idioma en que está redactado.

"En la Conferencia de Ginebra la delegación italiana propuso que el texto francés "La denominación de cheque se le agregara la frase Ou Autre denominación équivalente". Esta propuesta tendía a conservar una denominación de valor universal (cheque), y porque había la posibilidad de - darle otra denominación usada en ciertos idiomas, para designar el cheque. Pero se objetó que tal propuesta atenuaba la fuerza del texto en forma peligrosa, siendo indispensable distinguir a primera vista, el cheque de otros títulos afines. - Se reconoció sin embargo, que podría ser necesario, en algunos estados, utilizar una denomina--

ción equivalente, además de la de cheque". 43/

"El nombre de cheque se le consideró como - nombre universal. En los errores ortográficos - sobre el cheque, en la Conferencia de Ginebra se resolvió de que tales errores no invalidarían el título". 44/

En nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 176, en su fracción primera establece, que: el cheque debe contener la mención de ser "cheque", inserta en el texto del documento". 45/

Es necesario mencionar la clase de documento que se expida, con la finalidad de poder distinguir de otro título de crédito.

Joaquín Rodríguez Rodríguez señala que: "la mención de "cheque" es necesaria, puesto que de esta manera se distingue a primera vista de cualquier otro documento". 46/

II. Lugar y la fecha en que se expide.- La designación del lugar en que el cheque se expide tiene gran importancia, por lo que toca en los - plazos de presentación ya que varían en su pago dependiendo del lugar, que bien pueda ser en el mismo lugar en que se expide o en otro lugar; -- también sirve para computar los plazos de prescripción; y por último, puede determinar la aplicación de las leyes extranjeras, cuando son expedidos fuera del país. Esto es, el plazo de pre-

43/ Vivante César, ob. cit. pág. 236

44/ Vivante César, ob. cit. pág. 236

45/ Texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

46/ Rodríguez Rodríguez Joaquín, ob. cit. pág. 370

sentación es necesario para que se tome en cuenta la caducidad del título, porque sólo serán -- apreciables, teniendo en cuenta el lugar de emisión del cheque.

Vittorio Salandra 47/, señala que: "el cheque podría ser postdatado, con el fin de dar -- tiempo al librador de formar una provisión todavía inexistente o bien, el de prorrogar el término de presentación".

La aceptación de un cheque postdatado, se considera que la naturaleza del mismo, quedaría transformada en un instrumento de crédito y no en un título de pago a la vista.

En nuestra legislación, conforme a lo dispuesto por el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito cuando: "el librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado, por causa imputable al propio librador, resarcirá al tenedor los daños y perjuicios que -- con ello le ocasione. En ningún caso la indemnización será menor del veinte por ciento del valor del cheque". 48/

Como se aprecia, nuestra legislación no considera nulo el título postdatado, sino que infracciona por los daños y perjuicios al tenedor del cheque por el no pago del mismo.

La fecha de expedición, también tiene gran trascendencia, puesto que sirve para comprobar -- si el librador era capaz en el momento de la expedición; señala el inicio del plazo para su pa-

47/ Salandra Vittorio, ob. cit. pág. 334

48/ Texto del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

go; determina, el plazo para la revocación y de prescripción; así también, en el que el librador pueda incurrir penalmente al expedirlo sin fondos.

Joaquín Garrigues señala que: "la fecha es un requisito puramente formal. Expresa sólo la voluntad del librador de que se considere el che que fechado el día que aparece en el documento, desde esa fecha habrá que contar los plazos de - presentación, los cuales podrán ser acordados o ampliados". 49/

La fecha de expedición debe ser real, es de cir, que corresponda efectivamente a aquella en la que el cheque ha sido expedido.

Rafael de Pina Vara admite "el empleo de ex presiones con las que, sin indicar el día, mes y año en que se expide el cheque, se hace a una re ferencia precisa, ejemplo: Día de Reyes de 1981, Año Nuevo 1982, etc.". 50/

En la práctica suele suceder que se expiden cheques postdatados, con ello pierde la calidad de cheque puesto que amplía el plazo de presenta ción para su pago, y con ello cambia su función económica esencial de medio de pago, pasando a - ser un instrumento de crédito, como ya se había apuntado anteriormente.

III. La orden incondicional de pagar una - suma determinada en dinero.- Este requisito es - la parte medular del cheque. El término incondi cional, es que no puede sujetarse a condición al guna ni a contra prestación por parte del girado;

49/ Garrigues Joaquín, ob. cit. pág. 941

50/ De Pina Vara Rafael, ob. cit. pág. 143

la orden de pago debe ser determinado en una suma de dinero, en ningún momento podrá ordenarse la entrega de cierta mercancía.

"En Italia se utilizaron ciertos documentos donde se ordenaba el pago en determinada cantidad de productos agrícolas, llamados 'ordine in derrate' ". 51/

Para nosotros, el cheque debe ser pagado en moneda nacional, sin descartar de que se puede dar la orden de giro en moneda extranjera; en este caso, el librado debe pagar el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que se haga en el momento de su cobro y pago.

IV. Nombre del librado.- Como ya se dijo, el librado debe siempre ser una institución de crédito y autorizada para operar con cuenta de cheques.

En el capítulo anterior, indicamos que se realizaban depósitos en casas comerciales, no consideradas como instituciones de crédito.

La persona del librado se califica en el cheque por una serie de condiciones, que constituyen el lado más característico de la disciplina formal del título.

El librado, no se obliga en ninguna forma con el beneficiario o tenedor legítimo y no tiene responsabilidad cuando el cheque tenga o no fondos disponibles; es decir, no es obligado con el beneficiario directamente. A pesar de que el cheque, siempre se libera contra una institución de crédito.

"El banco que recibe un cheque girado contra éste mismo, debe pagarlo de inmediato, puesto que se trata de un documento pagadero a su presentación y en el que, si consta un plazo o cualquier otra condición, se tendrá por no escrito". 52/

La obligación que el librado tiene con el librador es, el de pagar el cheque, ya que el librado es el destinatario de la orden de pago contenida en el cheque; en razón de que tiene en su poder fondos previos del librador.

La falta de designación del librado, produce la nulidad del documento como cheque y de acuerdo con nuestra legislación sólo tiene carácter de librado los bancos de depósito, las Sociedades Financieras, las Uniones de Crédito y aquellas Instituciones Nacionales de Crédito autorizadas por sus respectivas leyes para serlo.

Por otro lado debe existir un solo librador en el cheque, para que no se produzca confusión en su pago. Existe en la práctica sucursales del banco matriz, en donde el tenedor puede presentar el cheque para su cobro en cualquiera de éstas; en este caso no existe pluralidad de librados, sino que es uno solo.

En nuestra Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, no exige que se indique el domicilio del librado, puesto que como apuntamos anteriormente, en cualquiera de las sucursales puede ser presentado para su pago, basta con que se designe el lugar de su pago.

V. El lugar del pago.- Este requisito pue-

de ser el del lugar indicado en el título.

Francisco Messineo 53/, indica que: "el lugar de pago puede ser del lugar, eventualmente - indicado junto al nombre del girado; y si se indican varios lugares junto al nombre del girado, el cheque es pagadero en el lugar indicado en -- primer término; a falta de éstas, el cheque es - pagadero en el lugar en que ha sido emitido; y - si en él no existe un establecimiento del girado, se considera en el lugar del establecimiento -- principal de él".

Lo anterior, nuestra ley cambia el lugar, - por domicilio del librado, dándonos a entender - que en cualquier domicilio de cualquier sucursal puede ser pagado un cheque.

VI. Firma del librador.- Primeramente diremos que el librador es la persona (física o mo-- ral) que da la orden de pago incondicional, ex-- presada en el cheque. El librador es el creador del cheque y quien contrae obligación y responde solidariamente al tenedor para el pago del título; pero para ello es necesario que en el cheque estampe su firma de propia mano.

El Código de Comercio Español, descarta este requisito; únicamente exige el nombre del librador, podemos agregar que algunos tenedores - suelen firmar con el nombre, sin que sea necesario poner su rúbrica en el cheque.

Ahora bien, concluyendo el mismo diremos -

53/ Messineo Francisco, Manual de Derecho Civil y Comercial, traducción de Santiago Sentis Melendo, Tomo - VI, Ediciones Jurídicas Europa-Americana, Buenos - Aires, pág. 399

que para la creación del cheque, es necesario -- que exista un depósito dentro de una institución de crédito, puesto que es la única forma en que se puede pagar un cheque al tenedor del mismo; -- siendo para ello necesario que contenga todos -- los requisitos que se requieren por ley, y que -- además sea expedido por un banco, de otra manera no se considerará como cheque. Consideramos, -- que uno de los requisitos de gran importancia es la firma del librador, de tal manera que el girado o banco pueda pagar un cheque, debe de cerciorarse en la firma del girador o cliente y con -- ello prever la falsificación de la firma.

b) DE LA CIRCULACION DEL CHEQUE

Se ha mencionado que el cheque es un instrumento esencial de pago, a su sola presentación, por lo que se deduce que su circulación es limitada, a la comparación de la letra de cambio, o del pagaré.

Paolo Greco 54/ señala que: "El régimen de circulación se imprime por el girador en el acto de la emisión, y podrá ser variado por sucesivos titulares, pero con efectos limitados a la propia persona, para retornar después al régimen ordinario". El mismo autor agrega que "los modos normales de circulación del cheque son a la orden y al portador".

Para que el cheque pueda circular a la orden, basta con que sea emitido a favor de una de terminada persona como tomador y sea endosado, -- bien puede ser en forma ordinario o traslativo;

54/ Greco Paolo, ob. cit. pág. 247

la circulación al portador puede presentarse de tres maneras: a) sin determinación del tomador, pero con la indicación al portador; b) determinación del portador y con la cláusula al portador; por último, c) no se indica el tomador y sin cláusula al portador.

Es pues, en la circulación del cheque existen dos formas, nominativos y al portador, ambas son a la orden. La finalidad del cheque es el pago, que únicamente puede circular en casos circunstanciales.

Al respecto, Felipe de J. Tena nos dice: -- "El libramiento de un cheque no tiene más finalidad que, en sí misma, es del todo ajeno a la idea de circulación. Podrá suceder de hecho que, mientras el tomador del documento lo presenta al banco librado para hacerlo efectivo, lo endosa o entregue a otra persona, ésta a otra, y así sucesivamente hasta presentarse por la última al librado. El título ha circulado en ese caso, pero no se emitió con ese fin, ni es eso lo que emerge de su naturaleza; la circulación del título ha sido una circunstancia accidental, adventicia, incapaz de afectar su naturaleza". 55/

Siendo pues, que la ley de circulación del cheque la determina el librador puede ser modificado por los tenedores sucesivos, no así un cheque al portador que no puede cambiarse a nominativo ni transmitirse por endoso, es decir, que los cheques al portador se transmiten por la simple entrega del documento; los nominativos por endoso.

Luis Muñoz 56/, apunta que: "La tradición de un cheque al portador transmite un pleno dominio, el portador puede ejercer todos los derechos derivados del título, es decir, lo legitima como dueño, sin perjuicio de su responsabilidad frente al transmitente del documento".

En cambio en los cheques nominativos, es necesario distinguir si la transmisión por endoso se hizo en propiedad con todos los requisitos legales, o en blanco, esto es, con la sola firma del endosante. En esta forma, el endosante transmite el dominio del cheque, y el endosatario ejerce todos los derechos derivados del título.

En el artículo 25 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dice: "Los Títulos nominativos se entenderán siempre extendidos a la orden, salvo inserción en su texto, o en el de un endoso, de las cláusulas "no a la orden" o "no negociable". Las cláusulas dichas podrán ser inscritas en el documento por cualquier tenedor y surtirán sus efectos desde la fecha de su inserción. El título que contenga las cláusulas de referencia sólo será transmisible en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria". 57/

Lo anterior podemos agregar que nuestra Ley, no acepta la clasificación tripartita tradicional como: cheque a favor de persona determinada, cheque a la orden y al portador, porque tanto cheque a favor de persona determinada como cheque a la orden, los considera como cheques nominativos.

56/ Muñoz Luis, ob. cit. pág. 307

57/ Texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ya en nuestra Ley General de Títulos de -- 1882, decía que: "El pago de los cheques al portador quedara acreditado por el hecho de tenerlo el librado en su poder, y lo mismo el de los que se liberen simultáneamente en favor de persona - determinada o al portador". 58/

En efecto, para la circulación de un cheque, es necesario que se estipule la forma en que circulará, bien puede ser a la orden o al portador.

c) DE LA PRESENTACION

La presentación del cheque para su cobro, - es un requisito indispensable para la conserva--ción de las acciones cambiarias en contra del librador, de los endosantes y de sus respectivos - avalistas. Además, permite impedir la caducidad de las acciones cambiarias mencionadas anterior--mente; la presentación oportuna al cobro integra uno de los elementos indispensables para la per--secución del delito de falta de pago del cheque. Así mismo, permite que el librador pueda revocar el cheque.

"El tenedor, tiene el derecho de exigir el pago del cheque a la vista. Pero al propio tiempo, tiene el deber de realizar la presentación - para el pago dentro de los plazos establecidos - legalmente, bajo la pena, en el caso de faltar a dicha obligación, de quedar sujeto a determina--das consecuencias jurídicas". 59/

58/ Texto de la Ley de Títulos de 1882, artículo 560
59/ De Pina Vara Rafael, Elementos del Derecho Mercan--til, 2a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México -- 1964, pág. 377

En cambio, Mario Garciadiego dice que: "El problema que pueda surgir, es cuando se presente para su pago un cheque expedido el mismo día y es devuelto por fondos insuficientes del librador". 60/

Para la presentación del cheque, existen -- plazos especiales, dependiendo desde luego el lugar de su expedición y de su pago.

Nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 181 dice: "Los cheques deberán presentarse para su pago: 61/

I. Dentro de los quince días naturales que sigan al de su fecha, si fueren pagaderos en el mismo lugar de su expedición;

II. Dentro de un mes, si fueren expedidos y pagaderos en diversos lugares del territorio nacional;

III. Dentro de tres meses, si fueren expedidos en el extranjero y pagaderos en el territorio nacional;

IV. Dentro de tres meses, si fueren expedidos dentro del territorio nacional para ser pagaderos en el extranjero, siempre que no fijen -- otro plazo las leyes del lugar de presentación".

La razón por la cual se exige la presentación del cheque para su pago dentro de los plazos breves que legalmente se señalan, es como se

60/ Bauche Garciadiego Mario, Operaciones Bancarias, -
Editorial Porrúa, S.A. México 1967, pág. 124
61/ Texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de
Crédito, Artículo 181

a dicho, que el cheque no es un documento destinado a la circulación, sino a su pago inmediato. Por otro lado, sería injusto que el librador manuviera la provisión indefinidamente en poder del librado y que únicamente estuviera a disposición del tenedor.

En consecuencia, el tenedor del título para poder hacer valer sus derechos, es necesario hacer la presentación del documento en la dirección indicada en el mismo documento y en todo caso en el establecimiento principal; de otra manera transcurridos los plazos establecidos por la ley, caducan las acciones del tenedor.

Vittorio Salandra dice que: "La presentación debe ser hecha en el domicilio del librado, bien en una cámara de compensación, si el banquero librado usa de los servicios de éste. En este caso, es necesaria la legitimación, que se da mediante una serie de endosos, si el cheque es a la orden; por la sola posesión si es el portador; si el último endoso es en blanco, basta la posesión". 62/

Con respecto de quien deba hacer la presentación, Rafael de Pina Vara nos dice que: "La representación debe hacerla el tenedor, su apoderado o representante legal". 63/

El tenedor legítimo del cheque al portador, es el que la posee, por lo que el banco no tiene por qué indagar la legitimidad de la posesión; si el cheque es nominativo, el primer tomador es el tenedor legítimo, es decir, la persona cuyo nombre figura en el texto del documento; indica-

2/ Salandra Vittorio, ob. cit. pág. 338

3/ De Pina Vara Rafael, ob. cit. pág. 377

da por el librador. También es tenedor legítimo el endosatario legitimado por el endoso o por una serie de endosos. En tanto, siendo el cheque un título de pago, la cantidad de dinero que se entrega en pago del mismo, extingue la obligación incorporada al título.

En nuestra legislación de la materia, en el artículo 179, dispone que: El cheque puede ser nominativo o al portador.

"El cheque que no indique a favor de quién se expide, así como el emitido a favor de persona determinada y que, además contenga la cláusula al portador, se reputará "al portador".

"El cheque nominativo puede ser expedido a favor de un tercero, del mismo librador o del librado". 64/

En consecuencia, la presentación de un cheque al portador, puede hacerlo el mismo tenedor u otra persona; en cambio, en los nominativos no siempre es el tenedor el que puede hacer la presentación para su pago, a excepción de que se autorice legalmente a la persona.

Por lo tanto, a la presentación del cheque para su pago, debe hacerse por la totalidad del importe que figure en el texto del documento, en ningún momento se le puede obligar al tenedor a recibir un pago parcial. Además, el pago del cheque debe hacerse en la moneda en que se constituyó el depósito o se abrió el crédito, o su equivalente según el lugar.

64/ Texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

La institución de crédito queda exenta de responsabilidad, cuando un cheque no es pagado, porque esté girado por moneda distinta; puede aceptarlo siempre y cuando se cargue al tipo oficial de cambio del día en que el pago se verificó.

En cuanto al cómputo de los plazos para la presentación del cheque, diremos que todos se cuentan a partir del día siguiente de la fecha del documento.

Al respecto, Vittorio Salandra señala que: Los términos legales de presentación, corren desde la fecha en que se libra, son de ocho días en el caso de que el cheque sea pagadero en el mismo lugar de emisión, si lo es en una comunidad diversa dentro del reino, el término es de quince días. En el caso de que sea pagadero fuera de Italia, pero en un territorio sujeto a la soberanía italiana en el Mediterráneo (Libia Dodecaneso), el término es de treinta días. Si es pagadero fuera del Mediterráneo (Africa Oriental), sesenta días. Para los cheques bancarios internacionales, el término es de veinte días, si el Estado en el que ha tenido lugar la emisión y aquel en que el cheque debe ser presentado están en el mismo Continente, y sesenta días si lo están en Continentes diversos". 65/

Como apreciamos, la legislación italiana señalada por Salandra, tiene algo en común con la nuestra; entre nosotros los plazos de presentación son de quince, treinta y noventa días, dependiendo del lugar de expedición y de pago.

También Joaquín Garrigues nos dice que: --

"Los plazos de presentación del cheque se cuentan a partir de la fecha de emisión que figure en el documento". 66/

Tomando en cuenta que a la presentación del título debe existir provisión de fondos, es necesario adelantarnos un poco sobre la sanción que se le debe de imponer al librador del cheque, en caso del no pago.

En la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 193, sanciona al librado por el no pago del título, que dice: "El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado por causa imputable al propio librador, resarcirá al tenedor los daños y perjuicios que con ello se le ocasione. En ningún caso la indemnización será menor del veinte por ciento del valor del cheque". 67/

En el primer párrafo del artículo mencionado, nos da a entender que cuando el librado no paga un cheque habiendo provisión suficiente, en estos casos tendrá que resarcir al tenedor de los daños y perjuicios que le haya ocasionado, habiéndose presentado en tiempo para su pago. Más adelante nos ocuparemos de la pena de fraude que puede sufrir el librador, si el cheque no es pagado por no tener fondos disponibles al expedirlo.

66/ Garrigues Joaquín, ob. cit. pág. 961

67/ Texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo 193.

d) LIBRAMIENTO DEL CHEQUE

El libramiento del cheque consiste, en que el librado paga un cheque por orden del librador, porque tiene y existen los fondos suficientes en su poder.

Pueden existir delito de libramiento de cheques sin fondos, cuando se libra un cheque y éste no tiene provisión o teniéndolos, ha dispuesto de ellos.

En el párrafo segundo del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala el delito de fraude, cuando dice: "El librador sufrirá, además, la pena de fraude, si el cheque no es pagado por no tener el librador fondos disponibles al expedirlo, por haber dispuesto de los fondos que tuviera antes de que transcurra el plazo de presentación o por no tener autorización para expedir a cargo del librado".

Lo anterior no podemos identificar el delito de fraude con un ilícito de naturaleza patrimonial, esto es el no pago no causa lesión al patrimonio, sino que únicamente perjudica a los futuros tomadores, en caso de que el cheque llegue a circular, puesto que siendo el propio documento una orden incondicional de pago, no tiene que tener más circulación. Lo que trata y dice el artículo 193, es que tiende a proteger, la confianza que el documento debe inspirar en el público con relación a toda clase de transacción y la seguridad de su circulación.

Juan José González Bustamante 68/, hace --

68/ González Bustamante Juan José, El Cheque, 3a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1974, pág. 114

una clasificación del delito de libramiento de - cheques en orden a la conducta de acuerdo con el artículo 193 de la Ley en cita, en sus tres hipótesis:

"El cheque puede no ser pagadero: a) por no tener el librador fondos disponibles al expedirlo; en estos casos se está en presencia de un delito doble, porque existe una acción y una omisión, el no procurar la provisión necesaria para su pago dentro del plazo legal de presentación, esto es, al librar el cheque, carece de provisión disponible, pero se hace la provisión oportunamente y el cheque se paga, la acción consiste en el momento de librar y la omisión se carece de provisión disponible".

"En la segunda hipótesis se está en una doble acción: la primera, es con el libramiento -- del cheque, y la segunda, cuando se retiran los fondos de la cuenta, ocasionan el impago del cheque en el momento de presentación, dentro del -- plazo legal".

"Por último, la tercera hipótesis, al referir el impago del cheque a la falta de autorización para expedir cheques a cargo del librado, - crea un delito de acción en el cual la conducta se agota en el puro acto de librar. Por ello es un delito unisubsistente".

Referente a la segunda hipótesis, expuesta anteriormente, cabe mencionar el artículo 185 de nuestra Ley de Títulos, cuando expresa que: "Mientras no haya transcurrido los plazos que establece el artículo 181, el librador no puede revocar el cheque ni oponerse a su pago. La oposición o revocación que hiciere contra de lo dispuesto en este artículo, no producirá efectos respecto del librado, sino después de que transcurra el plazo

de presentación". 69/

Lo anterior se da a entender que el no pago del cheque, es a consecuencia del retiro de provisión que ha realizado el librador antes de que transcurra el término legal de presentación; la negación de pagar es lo que determina el delito.

El artículo 190 de la Ley en cita dice que: "El cheque presentado en tiempo y no pagado por el librado, debe protestarse a más tardar el segundo día hábil que siga al plazo de su presentación, en la misma forma que la letra de cambio a la vista".

Esto es, la institución bancaria asienta la razón del no pago del cheque, precisando la fecha en que fue presentado y rechazado, así como la razón del rechazo o motivo por el cual no se cubrió su importe y con ello surtirá efectos de protesto, sobre todo cuando es presentado en Cámara de Compensación, y la anotación por dicha Cámara es de que fue presentado en tiempo y no pagado.

69/ Texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

CAPITULO III

MODALIDADES DEL CHEQUE

- a) Cheque cruzado
- b) Cheque para abono en cuenta
- c) Cheque de viajero
- d) Cheque de caja
- e) Cheque certificado
- f) Cheque no negociable
- g) Cheque con provisión garantizada

MODALIDADES DEL CHEQUE

a) CHEQUE CRUZADO

Hemos dicho que el cheque fue creado a través de los depósitos; el banco de San Ambrosio de Milán, Génova y el banco de Bonolia, usaron órdenes de pago considerando ya como verdaderos cheques. Pero fue en Inglaterra, donde se le dio el nombre de cheque a estas órdenes de pago, ya con una reglamentación.

También la costumbre de cruzar los cheques surgió en este país, para evitar con este medio que los emitidos al portador pudieran sustraerse del correo; siendo forzoso el tener que presentarlos para su cobro por la persona en ellos indicada y de esta manera se dificultaba su sustracción.

Al respecto, Lorenzo Benito 70/ dice que: "La costumbre inglesa autorizó el cruzamiento de los cheques al portador poniendo, en lugar de un nombre determinado, las palabras y Compañía; palabras cuyo valor y alcance no son otros que el de que el tal cheque ha de ser pagado a alguno de los banqueros sindicados en las plazas comerciales de mayor importancia al efecto, entre otros, de facilitar las operaciones de los Clearing Houses o Cámaras de Compensación".

"Legalmente fue reconocido el cheque cruzado en 1856, dictándose el ordenamiento jurídico

70/ Benito Lorenzo, Manual de Derecho Mercantil, Tomo II, Tercera Edición, Editorial Victoriano Suárez, Madrid, España 1924, pág. 752

pertinente. Posteriormente las normas sobre cheque cruzado se consagra en las legislaciones de diversos países. En Francia se legisló en 1911".
71/

"En Argentina, la Comisión Parlamentaria -- que examinó el proyecto y que se convirtió en el Código de Comercio, dijo que el cruzamiento es -- una invención tan sencilla como ingeniosa que, -- con dos simples rayas trazadas transversalmente sobre el cheque le da una absoluta seguridad, garantizando al librador, al tenedor y a los banqueros contra robos, pérdidas o abusos de confianza". 72/

El cheque cruzado adquirió gran desarrollo, sobre todo en España, se dispuso que su pago por compensación se hiciera sin tener que pagar impuesto de timbre, esto trajo como consecuencia -- la creación de las casas de Compensación, funcionando por primera vez en Madrid, Barcelona y Bilbao.

Es pues, el cheque cruzado, el cheque que -- el librador o tenedor, cruzan con dos líneas paralelas trazadas en el anverso y que sólo puede ser cobrado por una institución de crédito; el -- primer tenedor puede efectuar su cruce en forma legal o usando la frase corriente cruzado.

Arturo Puente y Flores y Octavio Calvo Marruquín, dicen: "El cruzamiento de un cheque puede ser general o especial; es general cuando entre las líneas paralelas no aparece el nombre de la institución que debe cobrarlo, y es especial, si entre las líneas se consigna el nombre de una

71/ Muñoz Luis, ob. cit. pág. 309

72/ Muñoz Luis, ob. cit. pág. 309

institución determinada". 73/

El cruzamiento general puede transformarse en cruzamiento especial, anotando entre las líneas el nombre de una institución de crédito, pero el especial no puede cambiarse en general.

Los efectos que produce el cruzamiento de un cheque general, es que sólo puede ser presentado ante la institución de crédito cuyo nombre se consigna entre las líneas paralelas, o bien, la que la misma institución hubiere endosado a otro banco el cheque para su cobro.

La finalidad del cruzamiento del cheque, dice Rafael de Pina Vara es: "La de evitar el peligro de que el mismo pueda ser cobrado por un tenedor ilegítimo. Esta finalidad se logra mediante la intervención de un banco, para el cobro del título y obligando al librado a pagarlo solamente a otra institución de crédito". 74/

La institución de crédito, que presenta para su pago el cheque cruzado lo ha recibido endosado de una persona a la que conoce, de un cliente en suma, que le ha transmitido el documento únicamente para negociarlo le ha encargado su cobro. La Ley prohíbe borrar el cruzamiento y el nombre de la institución que en él aparezca. El librado que paga un cheque cruzado en contravención a las reglas, es responsable del pago irregularmente, porque una vez que el cheque ha sido cruzado no puede cancelarse el cruzamiento, ni -

73/ Puente y Flores Arturo y Calvo Marroquín Octavio, - Derecho Mercantil, 22a. Edición, Editorial Banca y Comercio, S.A. México, págs. 222 y 223

74/ De Pina Vara Rafael, Elementos del Derecho Mercantil Mexicano, pág. 385

una vez que se indique el nombre de un banco como ya se dijo, no puede borrarse, ni sustituirse por ningún otro.

El Maestro Raúl Cervantes Ahumada dice que: "El cruzamiento tiene por objeto dificultar el cobro del documento o tenedores ilegítimos, pues como consecuencia del cruzamiento, el cheque sólo podrá ser cobrado por una institución de crédito, a quien deberá endosarse para los efectos del cobro". 75/

Nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al respecto dice: "El cheque que el librador o el tenedor crucen con dos líneas paralelas trazadas en el anverso, sólo podrá ser cobrado por una institución de crédito".

"Si entre las líneas del cruzamiento de un cheque no aparece el nombre de la institución -- que debe cobrarlo, el cruzamiento es general, y especial, si entre las líneas se consigna el nombre de una institución determinada. En este último caso, el cheque sólo podrá ser pagado a la institución especialmente designada o a la que ésta hubiere endosado el cheque para su cobro".

"El cruzamiento general puede transformarse en cruzamiento especial; pero el segundo no puede transformarse en el primero. Tampoco pueden borrarse el cruzamiento de un cheque ni el nombre de la institución en él designada. Los cambios o supresiones que se hicieren contra lo dispuesto en este artículo, se tendrán como no efectuados".

"El librado que pague un cheque cruzado en

términos distintos de los que este artículo señala, es responsable del pago irregularmente". 767

La ley en cita como se puede apreciar, no menciona en qué delito incurrirá el librador o tenedor de un cheque que haya borrado el cruzamiento o de institución en él designada, únicamente se refiere a la seguridad del cheque para su cobro, esto es, el que sólo puede ser cobrado ante el banco que ha autorizado al librador en tener cuenta de cheques y con ello se impida hacer un pago del tenedor ilegítimo.

b) CHEQUE PARA ABONO EN CUENTA

Cuando en el cheque se inserta la cláusula "para abono en cuenta", escrita en sentido transverso sobre la cara anterior del título, por el librado o por un endosante, el cheque debe ser abonado, es decir, regulado por medio de una anotación contable, que bien puede ser, "abono en cuenta", "giro en cuenta" y no pagado al contado. Por tanto, el abono en cuenta sólo puede hacerse en la práctica a favor de los clientes del banco librado.

Esta modalidad del cheque, como el cheque cruzado, no elimina del todo el peligro de la circulación irregular. Su ventaja principal, es triba en la facilidad de corregir una escritura contable errónea con una escritura en sentido anverso.

767 Texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Artículo 197

Felipe de J. Tena 77/, dice que: "Tanto el librador como el tenedor pueden prohibir que el cheque sea pagado en efectivo, insertando en él la cláusula "para abono en cuenta" u otra equivalente. Dicha cláusula supone la preexistencia de relaciones contables entre las partes".

En ocasiones el librador o bien el portador de un cheque puede prohibir que se le pague en dinero, por lo que puede insertar en el anverso del documento la mención transversal "para cargar en cuenta" u otro equivalente.

"La doctrina, a estos cheques les llama de compensación, en contraposición a los cruzados - en general y en especial, que se llaman cheques de pago". 78/

Francisco Messineo 79/ dice: "El cheque a acreditar (cheque para computar, o cheque de vi-
re-ment), el cual no puede ser pagado en efectivo, sino solamente acreditado, por su importe, a favor del tomador, o de un endosatario suyo, en --
cuanto éste tenga una cuenta en un banco".

En sí, el cheque para abono en cuenta es --
aquel en que el librador o el tenedor prohíben -
su pago en efectivo, con la expresión "para abo-
no en cuenta".

El librado únicamente podrá hacer el pago, abonando el importe del cheque a la cuenta que -
lleve o bien, abra a favor del tenedor.

Con la inserción "para abono en cuenta", el

77/ De J. Tena Felipe, ob. cit. pág. 556

78/ Muñoz Luis, ob. cit. pág. 310

79/ Messineo Francisco, ob. cit. pág. 408

cheque se convierte en no negociable. Cabe aclarar, que aunque la Ley no lo diga, estos cheques deben ser siempre nominativos.

"La finalidad que se persigue con esta forma especial de cheque, es la de obtener una garantía de que su importe no será pagado en efectivo a ningún tenedor, sino forzosamente deberá cubrirse mediante un abono en su cuenta bancaria, lo que indudablemente dificulta la posibilidad del cobro por tenedores ilegítimos". 80/

El interés del tenedor o de quienes tengan el documento convertirlo en cheque para abono en cuenta, es con la finalidad de que se abone a la cuenta de determinada persona.

Sobre este inciso que nos ocupa, el artículo 198 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone que: "El librador o tenedor puede prohibir que un cheque sea pagado en efectivo, mediante la inserción en el documento, de la expresión "para abono en cuenta". En este caso, el librado sólo podrá hacer el pago abonando el importe del cheque en la cuenta que lleve o abra en favor del tenedor. El cheque no es negociable a partir de la inserción de la cláusula no puede ser borrada". "El librado que pague en otra forma, es responsable del pago irregularmente hecho". 81/

Tampoco dice, qué sanción pueda tener el librado que pague en otra forma establecida por la ley, sino de que el cheque no se pague en efectivo, es decir, se abone en la cuenta del tenedor

80/ De Pina Vara Rafael, ob. cit. pág. 386

81/ Texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Artículo 198

o del mismo librador.

c) CHEQUE DE VIAJERO

Estos cheques son los que expiden las instituciones de crédito a su propio cargo, y son pagaderos por su establecimiento principal, por las sucursales o los corresponsales que tengan en la República o en el extranjero.

Esta modalidad del cheque según la doctrina italiana, "nació en Italia con el nombre de --- "assegno circolare" (cheque circular)". 82/

Messineo dice que: "El cheque turístico proviene de la práctica de Norteamérica, allí, el mismo se denomina Traveller's Chek". 83/

En Italia los cheques de viajero podían ser girados por bancos o agencias de viaje, autorizados por el Instituto Nacional de Cambios, para uso de personas residentes en el extranjero que se dirijan a Italia. Tal cheque es pagadero sólo en el banco italiano y exento del timbre.

"El cheque turístico pone en práctica un medio de legitimación singularmente ingenioso, -- puesto que el estampar por una primera firma, en presencia del emitente, garantiza la autenticidad de ella, de manera que no es difícil el control sobre la identidad de quien pone la segunda firma, en el momento de la presentación, efectuado mediante la confrontación con la firma de parangón (la primera). 84/

82/ Bauche Garciadiego Mario, ob. cit. pág. 110

83/ Messineo Francisco, ob. cit. pág. 408

84/ Messineo Francisco, ob. cit. pág. 409

Es de suponerse, que después de estampar la segunda firma el cheque turístico sea endosable. Pero su utilidad es escasa, porque es más fácil entrega la suma a aquél que debería ser el endosatario, que endosar el título; pero esto es ya a criterio del tenedor del cheque.

El deudor corre el peligro de pagar un cheque de viajero a un indebido poseedor al imitar la primera firma, por lo que para prevenir tal engaño, es necesario exigir la identificación de quien pretenda cobrar el cheque.

Al respecto, Vittorio Salandra dice que es un cheque turista, y sobre el control de la firma del tenedor: "Es un cheque por el cual el librador, que es un banco que hace servicios para viajeros para que se dirijan al extranjero, lo gira sobre otro banco del país a donde el viajero se dirige, hace estampar una firma por el tomador en el acto de emisión, de modo que quien lo reciba pueda controlar si la firma al momento de pago o del endoso es idéntico a la puesta al momento de la emisión". 85/

Francisco Messineo 86/, dice que: "Para calificarlo se empleó el término "cheque", sobre todo para no chocar contra la prohibición, implícita en las normas del texto unificado sobre los institutos de emisión, las cuales concediendo el privilegio a los tres institutos indicados, no consentían que se emitieran por otros bancos, títulos con el nombre de vales; y, también para beneficiarse con el trato fiscal de favor que la legislación tributaria hace a los cheques bancarios. Se agregó la locución "circular", para -

85/ Salandra Vittorio, ob. cit. pág. 345

86/ Messineo Francisco, ob. cit. pág. 423

permitir que tal cheque fuese pagadero en cualquier filial del banco emitente.

Como consecuencia de la denominación del -- presente título de crédito, surgieron reacciones tanto del fisco como de los institutos antes indicados. Al respecto, Messineo afirma que: "En la jurisprudencia y en la doctrina, las opiniones se manifestaron discordes sobre la legitimidad del nuevo título, que se presentaba como atípico, y sobre la posibilidad de su creación, -- agregándose a los títulos bancarios típicos. Con esto dio lugar al real decreto del 7 de octubre de 1923, dirigido a sistematizar la materia". - 87/

Existe cierta distinción de este cheque que el mismo Messineo dice que: "El cheque circular se distingue del cheque bancario, ya que reproduce la estructura del "pagaré" cambiario; en tanto el cheque bancario reproduce la estructura de la "letra de cambio"; el cheque bancario es librado por un cliente del banco y contiene una orden de pago; mientras que el cheque circular es emitido por un banco y contiene una promesa de - pago". 88/

En Francia se le conoce como "cheque de voyage" y en Inglaterra y los Estados Unidos de -- Norteamérica como ya se dijo "Traveller's Chek".

En nuestro país, se le denomina "cheque de viajero" siguiendo la traducción inglesa y francesa, y no "cheque circular" que se emplea en -- Italia.

87/ Messineo Francisco, ob. cit. pág. 423

88/ Messineo Francisco, ob. cit. pág. 425

Octavio A. Hernández, autor citado por Mario Bauche Garciadiego 89/, nos dice que el cheque de viajero coincide en una sola persona el librador y el librado. Para este autor, el cheque de viajero lo clasifica de la forma siguiente:

- a) El librador gira el cheque a su propio cargo.
- b) Existen pluralidades de lugares en los que el cheque puede ser presentado para su cobro.
- c) El cheque de viajero es siempre nominativo.
- d) Se expide por cantidades fijas y cerradas.
- e) Es negociable.
- f) La sucursal, agencia o corresponsal que paga el cheque de viajero, debe comprobar la autenticidad de la firma del tomador del cheque. Esta comprobación se hace generalmente, cotejando las firmas de las que se habla en el siguiente punto.
- g) En el texto del cheque de viajero la firma del tenedor figura dos veces. La primera vez el tomador estampa su firma en el momento en el que recibe el cheque del banco; en la segunda, el tomador estampa su firma en el momento en el que endosa el cheque o en el que lo presenta para que le sea pagado.

- h) No tiene plazo de vencimiento o de presentación y su prescripción es de un año.

En consecuencia, el cheque de viajero debe ser siempre a la orden y en caso del no pago por el girado, se aplicará una sanción. Al respecto, el Maestro Cervantes Ahumada dice: "El librador deberá entregar al tomador una lista de todas las sucursales o corresponsalías donde el cheque puede ser cobrado, y si al presentarse el documento no es pagado inmediatamente, el librador deberá reintegrar al tenedor el importe del cheque, más la pena mínima del veinte por ciento". Agrega el mismo autor, que: "Los bancos mexicanos han abandonado la práctica de expedir sus cheques de viajero y que únicamente sirven como agentes de los bancos norteamericanos, para la emisión de tales títulos".

Continúa diciendo que: "Estos cheques de viajero que los bancos norteamericanos emiten, son considerados como dinero en efectivo por los comerciantes, industriales, etc. en todo el mundo, facilitando de esta manera al viajero no llevar grandes sumas de dinero en efectivo". 90/

Podemos agregar, que estos cheques son los que expiden las instituciones de crédito a su propio cargo y son pagaderos por su establecimiento principal, por las sucursales o los corresponsales que tengan en la República o en el extranjero.

Nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en los artículos 202 a 207 caracteriza el cheque de viajero en la siguiente for-

ma: 91/

a) Es expedido por el librador a su propio cargo. Puede ser puesto en circulación por el librador o por sus sucursales o corresponsales autorizados.

b) Es pagadero por el librador-librado en su establecimiento principal o por los corresponsales o sucursales que tenga en la República o en el Extranjero.

c) Debe ser nominativo.

d) La práctica ha establecido su emisión por denominaciones fijas.

e) No se establece plazo para su presentación al cobro, es decir, el tenedor puede presentarlo en cualquier tiempo, mientras no transcurra el plazo de prescripción que es de un año.

f) Como fórmula eficaz de seguridad en el cobro, impuesta contra los peligros de robo y extravío, se ha establecido el sistema de la doble firma. En el momento en que el cheque de viajero es entregado al tomador, éste debe firmarlo y el que haya puesto el cheque en circulación deberá certificar dicha firma. Al realizarse el pago del cheque, el que lo realice debe verificar la autenticidad de la firma del tomador, cotejándola con la firma que aparezca ya en el cheque.

g) La falta de pago inmediato dará derecho al tenedor para exigir al librador la devolución del importe de un veinte por ciento del valor

91/ Texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículos 202 a 207

del cheque.

Concluyendo, podemos decir que el cheque de viajero facilita a los comerciantes y a los no - comerciantes a disponer el dinero necesario de - acuerdo al lugar en que se encuentre, previendo de esta manera llevar cantidades grandes de dinero en efectivo, pero siempre y cuando sean pagados en el establecimiento o sucursal autorizada, sin ello sería imposible disponer o cambiar un - cheque de viajero; no sucede lo mismo con las demás promesas de cheques de este mismo capítulo.

d) EL CHEQUE DE CAJA

Los cheques que las instituciones de crédito expiden a cargo de sus propias dependencias, se llaman cheques de caja.

Estos cheques deben ser nominativos y no negociables, se expiden para pagar sueldos de empleados de la institución y toda clase de obligaciones, cuando no se quiere hacer el pago en -- efectivo.

Este cheque tiene una relación con los cheques de viajero, puesto que ambos el banco libra un cheque a cargo de sus dependencias. Presenta también una similitud con el pagaré; al efecto, nos dice Felipe de J. Tena que: "el cheque de caja es un cheque librado por la institución a cargo de sí misma, de tal suerte que pueden expedir lo aún las que no tienen dependencias; se pregunta dicho autor, ¿en qué difiere entonces el cheque de caja, del pagaré emitido a la vista por - un banco? substancialmente, en nada, por lo que bien cabría, en buena lógica, suprimir esta clase de documentos, que serán los que se quiera, -

menos órdenes de pago, asignaciones, cheques". -
92/

Lo anterior se presentó cierta discusión, - el autor mencionado dice que: "La Conferencia In ternacional para la unificación del derecho en - materia de letras de cambio, pagarés y cheques, en la que no pudo señalarse una razón intrínseca que justificara esta posición legislativa".

La solución que se dio no fue aceptada por todos los Estados. El mismo autor agrega que: - "El texto de la Ley Uniforme prohíbe, en principio, el cheque librado a cargo del librador, por que se trata entonces, no de un mandato de pagar, dado a un tercero, sino de una obligación suscri ta por el girador mismo". 93/

Lo anterior trata de explicar que el cheque de caja únicamente debe ser emitido de librador a librador, aun cuando tuviese varios establecimientos. Pero, es incorrecto, no puede ser emitido a cargo del mismo librador, sino que deben ser girados de un departamento a otro del mismo banco.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dice que: "sólo las instituciones de cré dito pueden expedir cheques de caja a cargo de - sus propias dependencias. Para su validez, es- tos cheques deberán ser nominativos y no negocia bles". 94/

Como vemos, la Ley de Títulos no nos aclara

92/ De J. Tena Felipe, ob. cit. pág. 558

93/ De J. Tena Felipe, ob. cit. pág. 558

94/ Texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo 200

qué son los cheques de caja. Esta modalidad de cheque, únicamente puede ser expedido por un banco, sin que pueda ser otorgado por un tenedor -- particular, sino tendrá que ser cargado a la propia dependencia.

e) CHEQUE CERTIFICADO

Diremos que el cheque certificado, es aquel que ha sido firmado por el librado, declarando -- con ello que existe en su poder fondos bastantes para pagarlo.

El librado está obligado a hacer la certificación, cuando lo solicite el librador antes de la emisión del cheque.

Joaquín Rodríguez Rodríguez, al respecto -- nos dice: "El cheque certificado es aquel que ha sido firmado por el girado, que así queda obligado cambiaria y directamente a su pago. En virtud de la certificación, el girado viene a sustituir al librador como principal obligado cambiario". 95/

Esta definición es perfectamente y adecuada a nuestra legislación, el cheque certificado -- transforma al banco girado en único responsable del mismo y por lo tanto, libera al librador del documento.

En el derecho extranjero, la certificación del cheque era muy conocida; especialmente en -- los Estados Unidos y en los países de derecho -- germánico.

"El cheque certificado es una creación jurídica norteamericana. La primera ley que lo reglamentó fue la "Negotiable instrument law", para el Estado de Nueva York, el 19 de mayo de 1897". 96/

Antes de recibir la consagración legislativa, la certificación del cheque surgió como una costumbre sui generis utilizada por los banqueros y comerciantes de Nueva York.

Las disposiciones y la práctica bancaria de los Estados Unidos han sido las que han influido en la conformación de nuestro derecho.

"En Alemania y Austria el cheque certificado era ya conocido, pero no tenía una aplicación mayor, en ambos países, solamente el Banco Nacional podía certificar cheques. La certificación consistía en la obligación cambiaria del Banco de pagar el cheque, y la obligación subsistía, durante el transcurso del plazo de presentación. En Dinamarca, Holanda y Francia admitían en la práctica bancaria el cheque visado, que consistía en la anotación puesta por el Banco en el cheque, para indicar que en aquel momento, existía la provisión y el Banco reconocía haber autorizado al girador para librar cheques a su cargo, sin que el girado se obligara a pagar el cheque". 97/

El delegado estadounidense Conant, en la segunda Conferencia de La Haya de 1912, expuso la naturaleza y el mecanismo práctico del cheque certificado, dijo que: "Es el librado por el cliente de un banco en la forma ordinaria, obje-

96/ Muñoz Luis, ob. cit. pág. 311

97/ Rodríguez Rodríguez Joaquín, ob. cit. pág. 232

to de anotación suscrita por el establecimiento, en la que se indica que el librador dispone de -provisión suficiente para responder del pago del importe del título-valor, de suerte que la ins--cripción o certificación que se efectúa, previa consulta si existen fondos disponibles en la ---cuenta del librador, certifica ese valor, y supo--ne un compromiso del banco de retener el importe certificado durante un lapso, dentro del cual el beneficiario está seguro de cobrar el cheque con--tra su presentación". 98/

Por otro lado, Joaquín Rodríguez Rodríguez dice que: "Los países nórdicos, propusieron la -admisión del cheque certificado en la Ley Unifor--me pero fue rechazado, puesto que los problemas que se suscitaban en los cheques certificados no podían ser resueltos en el texto de la Ley Uni--forme y que además, la mayoría de los delegados se mostraron contrarios". 99/

Es tal que en la Ley Uniforme de Ginebra de 1931, prohíbe la aceptación del cheque y reputa no escrita esta cláusula cuando figura en un do--cumento de esta índole. Sin embargo, se admitió la reserva contenida en el anexo segundo numeral seis que faculta a los países signatarios: "Admi--tir que el girado suscriba en el cheque una men--ción de certificación de conformidad, visto bue--no es otra declaración equivalente, con tal que esta declaración no tenga el efecto de una acep--tación, y de regular los efectos jurídicos de la misma". 100/

98/ Muñoz Luis, ob. cit. pág. 311

99/ Rodríguez Rodríguez Joaquín, ob. cit. pág. 233

100/ Echeverría Leunda Jorge, Cheque Certificado, Cruza--dos, no Negociables, Biblioteca de Publicaciones -- Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias So--ciales de la Universidad de la República, Montevi--deo 1959, pág. 21

En principio, la Ley Uniforme de Ginebra de 1931, prohibía la existencia del cheque certificado y que hasta después cuando se aceptó la certificación del cheque.

Se ha dicho que la certificación del cheque nace como una costumbre de los banqueros norteamericanos, las legislaciones que han adoptado la certificación le han dado efectos diferentes, - por lo que es difícil que sea admitida universalmente, porque lo que es verdadero es un derecho positivo, es lo contrario en otro.

Puede suceder que pierda la condición de -- instrumento de pago que tiene el cheque, porque quien tiene un cheque certificado y saber que -- existe un banco que está obligado a pagarlo en - el momento de su presentación, el cheque se ha - convertido en medio de pago.

Las circunstancias expuestas, nos obligan a clasificar las distintas legislaciones sobre la modalidad del cheque que nos ocupa.

Existen algunas legislaciones en las que la certificación agrega un nuevo obligado al cheque, pero no modifica en nada dentro de las obligaciones, que todo librador y endosantes tienen frente al tenedor del título. Esto es, aumenta el - número de personas obligadas sin que libre a ninguna de ellas.

"Las legislaciones del Estado de Nueva York, Costa Rica, Colombia y el ante-proyecto del Código de Comercio para el Uruguay de 1947, consideran que un cheque certificado obliga exclusivamente al banco que lo ha certificado y que desde ese momento quedan librados el librador y los endosantes. Sería absurdo que un cheque certificado no se pagara y se hiciera responsable por do-

ble ocasión al girador". 101/

Algunos autores, sostienen que el cheque no puede ser objeto de aceptación, y que el banco - que certifique un cheque no se obliga directamente al pago, sino que sólo garantiza que no pagará ningún cheque con anterioridad al que ha certificado.

Otra de las legislaciones es la inglesa, - que no tiene ninguna disposición respecto a la - certificación de los cheques; lo consideran como una letra de cambio a la vista, librada contra - un banco.

Por lo mismo, son pocos usuales en virtud - de los Bank Charters Acts, que protegen el privilegio de emisión. Jorge Echeverría Leunda 102/, dice que: "Para utilizar esos cheques, es necesario abrir dos cuentas al cliente: una cuenta ordinaria y una cuenta certified cheks. Esto es, cuando el cliente ha girado un cheque sobre una cuenta ordinaria, el mismo lo hace certificar -- por el Banco y en ese momento se acredita a la - cuenta certified cheks. Si la certificación emana del portador tiene un efecto más amplio ya -- desde ese momento, se libera al librador y endosantes".

En el Derecho Argentino tampoco tiene disposición al respecto, únicamente considera que la certificación del cheque equivale a su aceptación.

Se discute si se puede certificar o pagar - un cheque en forma parcial. En la conferencia -

101/ Echeverría Leunda Jorge, ob. cit. pág. 44

102/ Echeverría Leunda Jorge, ob. cit. pág. 46

de La Haya, se estableció que "el tenedor puede rehusarse a aceptar un pago parcial". En la Conferencia de Ginebra de 1931 en cambio, expresó - que el portador no puede rehusar un pago parcial.

En la legislación nuestra es todo lo contrario, porque dice que el tenedor no está obligado a aceptar pagos parciales, ni extenderse en cheque al portador.

Es el caso que cuando el cheque es certificado por el girado, se hace responsable del no - pago del título. Al respecto, Arturo Puente y Flores y Octavio Calvo Marroquín, dicen: "El cheque ordinario, el librador no tiene ninguna obligación frente al tenedor; pero si certifica el - cheque, queda obligado al pago como el aceptante en la letra". 103/

La certificación del cheque es una declaración del banco librado, y suelen emplearse diversas fórmulas, como las siguientes: "aceptado", - "certificado", "visto", etc., manifestando que - tiene fondos para pagar el cheque.

"La ley uniforme y la ley italiana dan a la certificación el solo efecto de que el girado no permite el retiro de los fondos, durante la época de presentación; pero no dan al girado la calidad de aceptante". 104/

En cambio, en nuestra legislación el girado se obliga como aceptante, y deberá pagar el cheque a su presentación sin que oponga excepción - alguna, toda vez que aparece su firma en el docu

103/ Puente y Flores Arturo y Calvo Marroquín Octavio, - ob. cit. pág. 223

104/ Cervantes Ahumada Raúl, ob. cit. pág. 119

mento. Se dijo anteriormente que el girado es responsable del no pago del título, pero la responsabilidad es solidaria junto con el librador, aún cuando haya sido certificado.

La certificación deberá hacerse antes de que el cheque se emita, y una vez certificado no es negociable. Hemos dicho que la certificación ha de ser total y como acto cambiario es incondicional.

Sólo pueden certificarse los cheques nominativos cuando no sean de caja o de viajero; como se dijo anteriormente de estos cheques ya analizados, el banco los expide a su propio cargo, en tanto no es necesario que sean certificados.

Ahora bien, el importe de los cheques certificados se cargará en la cuenta del librador, y se abonará en la cuenta especial de cheques certificados del banco.

Pero si este librado ha dispuesto de los fondos, se exige que se abone en la cuenta especial de cheques certificados del banco.

El tenedor del cheque puede exigir al librador y sus avalistas en forma directa; el librador puede ser cobrado el importe del cheque, los intereses de moras y gastos realizados por el cobro forzoso, por lo que no será menos del veinte por ciento del valor total del cheque. Para ello es necesario y esto ya lo manifestamos en el capítulo anterior, que para exigir el pago es necesario que el tenedor demuestre haber presentado el cheque oportunamente y que además, lo ha ya protestado si no se pagó.

En caso contrario, si el librador y sus avalistas prueban que en la presentación del título

existía provisión de fondos en este caso quedan sin responsabilidad del no pago.

En nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no dice en qué plazo prescribe para su cancelación, únicamente expresa en su párrafo último, que "el librado puede revocar el cheque certificado, siempre que lo devuelva al librado para su cancelación". 105/

Las acciones contra el librado que certifique un cheque, prescribe en seis meses a partir de la fecha en que concluya el plazo de presentación, en estos casos sólo beneficia al librador.

En la certificación de un cheque, como ya se dijo, se beneficia al tenedor del mismo, pues to que se asegura con ello, de que el cheque contiene provisión de fondos suficientes para su pago en el momento de su presentación. Esto es, en la certificación de cheque existe una seguridad en la existencia de fondos en el Banco.

f) CHEQUE NO NEGOCIABLE

Es una cláusula que se inserta en el cuerpo del cheque. En el inciso de cheques cruzados, se estableció por primera vez el valor de la cláusula "no negociable". Es decir, que no bastaba que un cheque fuese cruzado por el tenedor, podía verse despojado de sus legítimos derechos, cuando el documento robado o perdido, llegaba a poder de un tenedor de buena fe, quien percibía su importe, no bastaba cruzar el cheque, sino -

105/ Texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo 199

que era necesario agregar la cláusula "no negociable", a reserva de que más adelante confirmaremos que no es necesario cruzar el cheque, basta con que se agregue la expresión "no negociable".

Conviene destacar la diferencia conceptual que existe entre esta cláusula y algunas que gramaticalmente podrían ser similares, pero que desde el punto de vista jurídico tienen un significado diferente, ya que modifican la transferibilidad del cheque, como las siguientes:

La cláusula "no a la orden", fue regulada en la ley de Ginebra de 1931, en su artículo 14, dice que: "El cheque estipulado pagadero a favor de una determinada persona designada con o sin cláusula expresa "a la orden" es transferible por vía de endoso. El cheque estipulado pagadero a favor de una persona designada "no a la orden" o una cláusula equivalente sólo es transferible en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria". 106/

El artículo anterior es claro, en el sentido de que la cláusula "no a la orden", no sólo obliga a cumplir con las formas de la cesión de créditos para la transferencia del título, sino que también tiene sus efectos. Estos efectos es de que cuando en el cheque figure el nombre del beneficiario se transmite por endoso, aún cuando el documento no esté redactado "a la orden"; la misma norma, puede ser derogada también, en caso de que expresamente conste en el documento la mención "no a la orden" o alguna otra similar. En este caso, tampoco está prohibida la transferencia del cheque.

Otra de las cláusulas que podría ser similar a los cheques "no negociables" es la cláusula "no transferible", esta cláusula es típica en el derecho italiano.

En el artículo 43 del decreto-ley del 21 de diciembre de 1933 de Italia, dice que: "El cheque emitido con la cláusula "no transferible" no puede ser pagado más que al tenedor o, a petición de éste, ser acreditado en su cuenta corriente.

Con esta cláusula el documento sólo puede ser girado a un banquero para su cobro, como dice Francisco Messineo que: "El cheque con cláusula "no transferible", el cual no puede ser transferido sino a un banco y solamente con finalidad de cobro; el endoso hecho a otra persona, o anteriormente hecho por el banco, se tiene por no es crito". 107/

Con esta expresión se le da una seguridad al cheque, apunta Jorge Echeverría Leunda que: "Esta cláusula constituye el instrumento jurídico de mayor eficacia para impedir que el cheque pueda ser cobrado por quien no es el legítimo po seedor, pero a la vez tiene el inconveniente de desnaturalizar uno de los elementos fundamentales de los títulos cambiarios, que es precisamente su fácil transmisibilidad". 108/

"La cláusula "no transferible" puede ser pu puesta por el mismo librador o por un endosante, el pago o el abono en cuenta sólo puede ser he cho a favor del tomador y de los endosatarios de signados; tal cheque sólo puede endosarse a un -

107/ Messineo Francisco, ob. cit. pág. 408

108/ Echeverría Leunda Jorge, ob. cit. pág. 184

banquero encargado de su cobro; los demás endosos que existieran serían nulos; tampoco esta cláusula puede ser cancelada. Quien paga un cheque de tal naturaleza a persona diversa, está sujeto a pagar por segunda vez; por tanto, esta cláusula quita al cheque la calidad de título de crédito circulante y lo hace un título de legitimación". 109/

Hemos hecho un somero análisis de las distintas expresiones que puedan insertarse al cheque, pero es necesario analizar los antecedentes que ha tenido la modalidad del cheque que nos ocupa.

Diremos pues, que el cheque "no negociable" surgió en el derecho inglés, porque es donde se han estudiado con más precisión sus efectos jurídicos.

Por otra parte, ha sido contemplada en pocas legislaciones "en Francia en la Ley del 30 de diciembre de 1911, adoptó esta cláusula, pero la Comisión Parlamentaria la rechazó porque podía confundirse por los clientes que llegaran a utilizarlo y además, por no tener una seguridad en aplicarlo en la práctica. En la Ley Inglesa de 1876 y más tarde en la Ley de 1882, fue que crearon y organizaron la cláusula "no negociable". 110/

Esta cláusula impuesta en un cheque, impide que el último tenedor pueda hacer valer su buena fe, en caso de que alguno de los tenedores anteriores lo haya obtenido en forma ilícita, es decir, que con esta cláusula se garantiza el dere

109/ Salandra Vittorio, ob. cit. págs. 344 y 345

110/ Echeverría Leunda Jorge, ob. cit. pág. 186

cho del legítimo tenedor.

Además, en la inserción de la cláusula "no negociable", está implícita la limitación en la práctica de la circulación del cheque, por el temor que tendrá la mayoría de las personas en recibirlo.

Se debe tener en cuenta, que las excepciones que pueden hacerse valer frente al beneficiario de un cheque con esta cláusula, no son las personas que pudiera tener un librador respecto al tomador y a los siguientes tenedores, sino únicamente las derivadas del título mismo y de su transmisión, cuando la misma fuera irregular por causa de falsedad o de fraude en alguno de los endosos.

Se discute si es posible insertar la cláusula "no negociable" en un cheque común, es decir, aquél que no esté cruzado.

Sheldon, autor citado por Echeverría Leunda, menciona que "la expresión "no negociable", no tiene significado jurídico en un cheque no cruzado, y tampoco transforma en tal a un documento que no tenga las líneas paralelas transversales".
111/

Un banco puede pagar directamente al tenedor de un cheque cuando no figure el cruzamiento, y únicamente figure la cláusula "no negociable", es decir, no necesariamente se tiene que realizar el cruzamiento para poder insertar la expresión "no negociable".

111/ Sheldon, autor citado por Echeverría Leunda Jorge, ob. cit. pág. 188

Se duda sobre la parte en que debe colocarse la cláusula "no negociable". Tanto la ley inglesa como la argentina, no especifican dónde deban colocarse. La primera dice que puede colocarse en cualquier parte del anverso.

En nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, tampoco menciona en qué parte debe insertarse dicha cláusula.

Se discute también acerca de quién deberá insertar esta cláusula. En la práctica la puede insertar tanto el librador, como el tenedor, por que desde el momento que la misma no se suscribe con la firma de quien la impone, será difícil establecer que fue impuesta por quien no tenía derecho. Todo cheque con la cláusula "no negociable", tiene el carácter de irrevocable.

Raúl Cervantes Ahumada expresa que: "Los -- cheques no negociables son aquellos que no pueden ser endosados por el tenedor. Agrega el mismo autor, la no negociabilidad que proviene de la ley, como en los cheques para abono en cuenta o certificados, o de la inserción, en el documento, de la cláusula respectiva". 112/

En cambio, el artículo 201 de nuestra ley expresa: "Los cheques no negociables porque se haya insertado en ellos la cláusula respectiva, o porque la ley les dé este carácter, sólo podrán ser endosados a una institución de crédito para su cobro". 113/

Todos los cheques no negociables pueden en-

112/ Cervantes Ahumada Raúl, ob. cit. pág. 120

113/ Texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

dosarse por una sola vez, a una institución de crédito a efecto de que se cobre. Sobre esto, Roberto L. Mantilla Molina nos dice: "Un título no sea negociable, significa solamente que no puede ser transmitido por medio de endosos; pero puede transmitirse por medio de otro negocio jurídico, el cual deberá revestir la forma de la cesión ordinaria y sólo producirá los efectos de ésta". 114/

El artículo 179 en su párrafo tercero de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que: "el cheque expedido o endosado a favor del librado no será negociable".

No son negociables aquellos cheques en los que ya sea el girador o el girado hayan hecho consignar la cláusula "no negociable", necesariamente tendrá que hacerlo el banco.

Los artículos 23 y 25 de nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dicen: "El cheque no negociable es el expedido a favor de una persona determinada, cuyo nombre aparece en el texto mismo del documento y que no puede ser transmitido por endoso, sino, solamente en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria". 115/

A nuestro parecer, el cheque "no negociable" es similar a un cheque cruzado, puesto que los dos, son endosados a una institución para su cobro sin que pueda ser expedido a favor del girado, esto es, a voluntad de un endosante.

114/ Mantilla Molina L. Roberto, Títulos de Crédito Cambiarios, Editorial Porrúa, S.A. México 1977, pág. 81

115/ Texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

g) CHEQUE CON PROVISION GARANTIZADA

Antes de analizar esta modalidad del cheque, es necesario apuntar los antecedentes que tuvo, principalmente en Inglaterra, en donde un banco para garantizar la provisión en el cheque, entregaba talonarios contra depósitos y que en los esqueletos del talonario, el banco anotaba la suma por la que debería ser librado un cheque, de manera que el tomador del cheque podía tener la seguridad de que existía provisión ante el girado.

Esta clase de cheques fue conocida en Italia, en donde se le dio el nombre de cheques con provisión garantizada o "V a d e m é c u m".

En el Proyecto del Nuevo Código de Comercio recoge esta modalidad del cheque, y establece -- que: "El banco entrega a su cuentahabiente esqueletos de cheques con provisión garantizada, en los cuales conste la fecha en que el banco lo entrega y con caracteres impresos, la cuantía máxima por la que un cheque pueda ser librado. Estos cheques con provisión garantizada no podrán ser al portador, ya que, la entrega de los machotes producirá efectos de certificación, y que la garantía de la provisión se extinguirá si los cheques se expiden después de tres meses de entregados los machotes, o si no se presentan para su cobro dentro del plazo de su presentación". 116/

En nuestra legislación actual no encontramos esta modalidad del cheque. Para nosotros el librador tiene fondos disponibles o provisión en

116/ Texto del Proyecto para el Nuevo Código de Comercio, citado por Cervantes Ahumada, Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Herrero, S.A., Novena Edición, México 1976, pág. 122

poder del librado, si depositó en éste una canti
dad de dinero.

Este depósito de dinero autoriza al banco -
depositorio a disponer de éste como propio, de -
manera que el depositante sólo tiene un derecho
de crédito contra el banco para obtener la rest
tución de una cantidad igual de dinero.

También hay provisión, si el banco abre un
crédito al librador y lo autoriza para girar che
ques por una cuantía determinada.

Además, el crédito como provisión autoriza-
da al librador por el librado debe ser disponi--
ble y anterior al giro, es decir, se puede exi
gir el pago exacto e inmediato.

En estos casos, el banco es responsable de
la existencia de la provisión en el momento en -
que el girador quiera disponer de la misma, me--
diante cheques.

De acuerdo con el artículo 175 de la Ley Ge
neral de Títulos y Operaciones de Crédito, en su
último párrafo establece, que: "La autorización
del librado se presumirá concedida por el hecho
de que proporcione al librador esqueletos espe-
ciales para la expedición de cheques, o le acrede
dite la suma disponible en cuenta de depósito a
la vista".

En cambio, en el artículo 269 de la misma -
ley citada, dispone también que: "Los depósitos
en dinero, constituidos a la vista en institucio
nes de crédito, se entenderán entregados en cuen
tas de cheques, salvo convenio en contrario".

En sí, el cheque con provisión garantizada,
es una de las formas en que el tenedor puede ase
ase

gurar el pago del cheque. Tiene una similitud - con el cheque certificado, el girado garantiza - la existencia de fondos mediante una certifica- - ción y con ello la seguridad que se le da al te- - nedor del título en su pago.

Concluyendo, diremos que el cheque con pro- - visión garantizada, se da la seguridad de la --- existencia de fondos mediante la expedición de - talonarios con la cantidad especificada, de tal manera que en el momento de expedir un cheque -- únicamente se expedirá por la cantidad anotada - en el talonario y con ello surte efectos de cer- - tificación.

CAPITULO IV

ANALISIS JURIDICO DE LA PROVISION DE FONDOS EN LOS CHEQUES

- a) Naturaleza y efectos
- b) Presupuestos y consecuencias jurídicas
- c) En el proyecto de títulos-valores para América Latina
- d) En el proyecto para el nuevo Código de Comercio
- e) En la legislación comparada
- f) Jurisprudencia mexicana

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROVISIÓN DE FONDOS EN LOS CHEQUES

a) NATURALEZA Y EFECTOS

Para la mejor comprensión y de un modo más claro del tema que nos proponemos tratar ahora, es necesario establecer el tipo de relaciones jurídicas que se establecen en la emisión de un cheque, es necesario distinguir las relaciones que existen entre el librador y el librado, entre el librador y el tenedor, entre el librado y el tenedor.

Entre el librador y el librado, la relación que debe existir es la de provisión. En otras palabras, para que una persona pueda ser girador de un cheque a cargo de un banco, es necesario que sea acreedor de dicha institución.

El librador al suscribir el cheque y girarlo a cargo de la institución de crédito de la que es acreedor, no hace más que exigir de ésta el pago de lo que se le debe, que puede ser porque el librador depositó en el banco previamente una cantidad de dinero, el banco abrió un crédito al librador, de esta manera se convirtió en deudor del mismo por el importe del crédito concedido.

Vittorio Salandra 117/ al respecto, nos dice: "El banco librado está obligado a hacer el pago, pero lo está frente al librador en virtud de la relación de provisión, no frente al poseedor del título, el cual no es cesionario del de-

recho hacia el banco, sólo siendo acreedor. En tanto no existe ninguna acción directa que se -- pueda hacer valer".

En cambio, Messineo dice: "El girado está - obligado a pagar sí y en cuanto tenga fondos a - disposición del librador; pero si paga, aún en - defecto de fondos (porque tenga confianza en que el librador responderá después los fondos) paga válidamente, y entre tanto, al abrir un crédito al librador, le debita el importe del cheque". - 118/

Pasemos a analizar la relación que existe - entre el librador y el tenedor, que consiste directamente en la emisión del cheque, consistente en la promesa que hace el librador hacia el tenedor de que le será liquidado el importe consignado en el cheque. De manera que el primero de éstos, hace una declaración unilateral de voluntad, que bien puede ejemplificarse aquel quien hace una oferta de mercancía al público.

Lo anterior no existe mayor relevancia, -- puesto que como se dijo, existe solamente la declaración por parte del librador. Remontándonos a la relación del girado con el tenedor, no existe la promesa de pagar por parte del girado; a -- esto, Joaquín Rodríguez nos dice: "Entre el girado y el tenedor no existe ninguna relación jurídica. El girado no está obligado frente al tenedor del documento a pagarlo; el tenedor carece -- de acción para dirigirse en contra del banco y -- sólo tiene la posibilidad de reclamar contra el girador, sin perjuicio de que éste, a su vez, -- pueda reclamar en contra del banco incumpla la -- obligación de pagar cheques, que había contraído

frente al girador". 119/

Sabemos bien, que el cheque es un documento que nació a la vista jurídica, como el auténtico productor de la actividad y desarrollo bancario. Por lo que es conveniente analizar las diferentes teorías que han surgido por los tratadistas. Considerando al cheque para algunos como un mandato, algunos otros como cesión, otros como delegación, etc., cada una de ellas tiene una función diferente, como veremos en seguida, al tratar de explicarlas.

I. TEORIA DEL MANDATO

Considerando la relación que presenta a la emisión de este documento, surgen dos relaciones jurídicas que empieza de la persona del librador; la relación de librador y tomador implica un mandato, surge un mandato de pago. Anteriormente, apuntamos que la relación entre librador-librado es la de provisión y no de mandato.

Hemos apuntado que Francia fue el primer país que reglamenta el cheque, lo definió como un documento de mandato de pago, el librador puede retirar en su propio beneficio o en beneficio de un tercero, parte de los fondos disponibles en su cuenta.

En sí, el mandato está contenido en la emisión del cheque, el librador ordena al mandatario para que pague un cheque al tenedor, puesto que el librador tiene provisión de fondos de parte de su mandante, y que está obligado a pagarlo

por la suma consignada en el documento.

Esta teoría es insuficiente para explicar - la naturaleza jurídica del cheque, porque no cumple con todas las características del cheque y - además, el cheque no puede ser un mandato, porque al extenderse el cheque se considera un documento de pago y que el banco tiene en su poder - provisión suficiente para pagarlo, de lo contrario no se pagará.

II. TEORIA DE LA CESION

En la teoría de la cesión, el librador cede su provisión al librado o bien, la cesión de crédito.

Opina Joaquín Garrigues, que: "Esta teoría tiende prácticamente a reforzar la posición del tomador del cheque considerándole como cesionario de un crédito y, por tanto, como titular de una acción directa contra el librado. Pero es difícil sostener con el apoyo del Derecho positivo la idea de una cesión de crédito hecha a favor del tomador del cheque. En la fórmula legal no menciona que se autorice la cesión de crédito, además no existe ningún texto positivo que conceda en ninguna legislación al tenedor del cheque un derecho propio contra el librado, cosa que -- ocurriría, si el tomador fuese cesionario de un crédito del librador contra el librado". 120/

En nuestro derecho no acepta esta teoría, - ya que la cesión debe ser en forma expresa, además el tenedor del cheque no tiene ninguna acción contra el librado.

Concluyendo, diremos que la provisión no -- puede cederse, ya que es propiedad del banco.

III. TEORIA DE LA DELEGACION

Esta teoría es sostenida por Thaller y Percerou, lo definen como "el acto jurídico en que una persona suplica a otra que acepte como deudor a un tercero que consiente en comprometerse con respecto a ella". 121/

Afirman dichos autores, que "el endoso no es una cesión de crédito sino una delegación. De acuerdo con la letra de cambio, constituye una invitación dirigida por el girador al girado para pagar, sea en el mismo lugar o en lugar diferente, a la orden del tenedor del documento, una suma precisa y un vencimiento determinado. Esta es una asignación de pago; en cambio, en la delegación el girador se reconoce deudor del tomador y le entrega una orden de delegación a cargo del girado; el tomador puede conservar el título hasta su vencimiento y recuperarlo personalmente, pero puede deshacer o rehacer la operación que el girador hubiese consignado. De beneficiario de una delegación puede convertirse en simple de legado". 122/

Los partidarios de esta teoría, rechazan la teoría del mandato y de la cesión de crédito. - Aducen que un endoso no puede ser una cesión de crédito sino una delegación, en donde el tomador del cheque recibe una orden de delegación por -- parte del librador a cargo del librado.

121/ Thaller y Percerou, autores citados por González -- Bustamante Juan José, ob. cit. pág. 14

122/ Thaller y Percerou, ob. cit. pág. 15

Se ha dicho, que el cheque siendo un documento de pago, el tenedor en ningún momento puede exigir al librado en el pago del documento, a pesar de que es el propietario del dinero, si -- cuando se presenta no existe provisión.

Es decir, la delegación en estos casos no - existe, puesto que el librador es quien responde del no pago de un cheque.

IV. TEORIA DE LA ESTIPULACION

La Teoría de la Estipulación a favor de ter ce ro, tiene como finalidad en que el librador y el librado celebran un contrato con una estipula ción, que permite al tenedor del cheque obtener el pago de manos del librado. Es decir, en esta teoría pretende explicar que el librado se obliga a pagar a los terceros que indique el librador en sus cheques.

Con toda claridad, se ve que dicha teoría - tampoco es de aceptarse, puesto que el librado - al hacer entrega a su cliente un talonario de -- cheques, no quiera decir que se compromete direc tamente con los futuros poseedores de los che---ques, ni mucho menos se sobre entienda que quiera asumir la deuda del librador ante los tenedores.

En estos casos, el librado sólo presta un - servicio de caja, que de acuerdo con la provi---sión existente del librador, podrá pagar al tene dor del cheque y como se aprecia, éste tiene re lacion únicamente con el librador y no con el li brado, como ya dijimos anteriormente.

V. TEORIA DE LA GESTION DE NEGOCIOS

González Bustamante Juan José habla sobre la teoría de la Gestión de Negocios, diciendo: - "Se pretende que aquel que estipula en favor de otro, sin haber recibido mandato, es un gestor de negocios porque lo que hace es por cuenta de un tercero, si la operación que aquél habría podido hacer en calidad de mandatario, hubiera antes otorgado el poder". 123/

Lo anterior, entendemos que existen dos propietarios de los fondos existentes: el primero sería el librador y por el otro el portador del título que en última instancia se convierte en el único propietario de la provisión.

El Código Civil del Distrito Federal en su artículo 1896, habla sobre la gestión de negocios: "El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio". 124/

Esta teoría en ningún momento encuadra bien con la verdadera naturaleza del cheque, más bien la gestión de negocios es de carácter civil y no mercantil, puesto que el gestor responde de todos los casos fortuitos, daños que ocasione en el negocio.

VI. TEORIA DE LA ASIGNACION

Otra de las teorías es la asignación, jurí-

123/ González Bustamante Juan José, ob. cit. pág. 18

124/ Texto del Código Civil del Distrito Federal, Art. - 1896

dicamente esta teoría es un acto por el cual una persona llamada asignante da instrucciones a -- otra denominada asignada, para que pague a un -- tercero, llamado asignatario.

Para el mejor entendimiento de esta teoría, es necesario distinguir en la relación que existe entre los tres sujetos que en ella participan; cuáles son los efectos que tiene en la esfera de relaciones, cuáles son sus caracteres dentro del negocio jurídico.

Al respecto, González Bustamante opina que: "La relación del asignante con el asignado no -- siempre han de representar un crédito ni un débito, ni estar siempre precedidos en relación con la emisión de la asignación. De manera que pueda no existir una deuda del asignado, pero surgirá al tiempo del pago; la asignación puede fundarse aun cuando falte la provisión. Puede ser también que las relaciones del asignatario, a -- quien el asignante por haberle permitido rescatar una suma de dinero, puede decidirlo al efectuar un préstamo, una donación o bien, a que suministre los medios necesarios para la ejecución de un encargo". 125/

Agrega González Bustamante, que: "Las relaciones del asignante con el asignado y el asignatario pueden ser diversas en su naturaleza. En ningún momento se puede hacer surgir una obligación a cargo de alguno de los tres sujetos; esto es, el asignado no se obliga hacia el asignatario ni tampoco hacia el asignante, ni mucho menos está obligado por el solo hecho de la asignación a pagar a un tercero".

La obligación del asignante surge de un modo necesario, por el simple hecho de haber emitido la asignación. Su deuda existirá o no, según la naturaleza jurídica de la relación que lo vincula con el asignatario.

Para caracterizar esta teoría como negocio jurídico, dice Palo Greco: "debe esclarecerse si se trata de un tipo autónomo de negocio o de una especie reductible a otros tipos; si es un negocio unilateral o plurilateral y si es un negocio abstracto o causal". 126/

En el primer caso ha sido muy controvertido, muchos simpatizan con la idea de la asignación o de reducirse a un doble mandato consistente en - que el asignado pague y reciba al asignatario; - otros afirman que existe en el cheque una cesión de crédito entre el asignante y el asignatario; y otros han considerado a la asignación como un contrato a favor de tercero, es decir, entre -- asignante y asignado, y del asignatario.

En la asignación como negocio unilateral bi lateral, dice Greco: "No se puede desconocer que en la ejecución de la asignación se necesita la voluntad del asignado y del asignatario, que se presentan a pagar y a recibir el pago. En tal - que en un contrato entre asignante, asignado y - asignatario, no conduciría a nada; porque si se quisiese encontrar el perfeccionamiento de un -- pretendido contrato de asignación en los actos - con que el asignado paga y el asignatario recibe, se concluirá a que el contrato hace que la asignación termine".

Sigue diciendo el mismo autor, que: "La ---

asignación como negocio abstracto o causal, en el sentido de que en ella no aparece la causa de algunas de las relaciones subyacentes, en la --cual el asignado deberá pagar y el asignatario --la de recibir. En otras palabras, la asignación pertenece al número de aquellos negocios que tie--nen un contenido causal y variable como: tipos o modelos de actos jurídicos; diferentes tipos de relaciones, como la cesión de crédito, que puede servir a fines de venta, de donación o de pago; como la delegación, como el mismo contrato en fa--vor de tercero". 127/

Para concluir con este inciso que nos ocupa, diremos que la provisión está constituida por --una relación entre librador y librado, que debe preexistir a la emisión del título, y el efecto que surte cuando el segundo se obliga hacia el --primero, es el de tener disponibles sumas de di--nero.

Esto es, la provisión debe de subsistir des--de el momento de la emisión del título, un che--que no puede ser emitido si el librador no tiene fondos disponibles.

En consecuencia, el deudor puede responder en cualquier momento que sea presentado el títu--lo, para su pago, y en ningún momento puede ce--derse, mandarse, asignarse, etc., puesto que la provisión es propiedad del banco como también se apuntó ya anteriormente.

b) PRESUPUESTO Y CONSECUENCIAS JURIDICAS

Para el estudio del inciso que nos ocupa, - es necesario recordar que el cheque siendo un documento de orden de pago o pagadero a la vista - de acuerdo con el artículo 175 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito "sólo puede ser expedido por quien teniendo fondos disponibles en una institución de crédito, sea autorizada por éste para librar cheques a su cargo". 128/

Esto es, que para la creación del cheque es necesario: 1o. la existencia del contrato de -- cheque, y 2o. la existencia de fondos disponibles.

Para el mejor entendimiento, es conveniente analizar cada uno de estos presupuestos del cheque.

1o. LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE CHEQUE

Al respecto, Mario Garciadiego afirma que: "El contrato de cheque existe una discrepancia -- doctrinal respecto de la autorización que dan -- las instituciones de crédito a sus clientes para librar cheques en contra de sus cuentas. Unos la consideran como un contrato, otros como una -- simple convención, algunos como un pacto accesorio o adicional al contrato de depósito y otros como un acto de utilización de la disponibilidad de los fondos depositados". 129/

En cambio, Paolo Greco le llamó "convención

128/ Texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo 175

129/ Bauche Garciadiego Mario, ob. cit. pág. 99

a esta autorización, no lo considera como un contrato autónomo. Además que la existencia de la provisión de fondos no es suficiente para hacer legítima la emisión de los cheques". Continúa diciendo que "la Ley, ha establecido expresamente la condición de que el girador deba haber adquirido el derecho de disponer mediante cheques, de conformidad con una convención expresa y tácita; esto es, que debe haber sido autorizado por el girado para servirse de cheques". 130/

Al respecto, Messineo también habla de la convención que dice: "La posibilidad de emisión de cheque bancario presupone además, la existencia de una relación especial, que nace de convención análoga (contrato), que se llama convención (o contrato) de cheque (bancario); o de cláusula especial de otros contratos (ejemplo, contrato de giro de cuenta, o de cuenta de correspondencia)". 131/

Joaquín Rodríguez Rodríguez indica que: "No es suficiente, la existencia de un crédito líquido y exigible (disponible), previo el giro del cheque, sino que, precisa además la autorización para girar cheques. Esta autorización es la que en la doctrina se llama contrato de cheque. Agrega, que en la práctica se reduce, a una simple cláusula adicional accesoria a los contratos bancarios de depósito de dinero y a la apertura de crédito". 132/

Esto es, que a través de un depósito en un banco, se podrán girar cheques hasta por el im--

130/ Greco Paolo, ob. cit. pág. 231

131/ Messineo Francisco, ob. cit. pág. 396

132/ Rodríguez Rodríguez Joaquín, Derecho Bancario, pág. 120

porte del depósito; el librador podrá girar cheques a cargo del banco, hasta por la cantidad -- que se determine.

Muchas veces no es necesario que la institución de crédito autorice de un modo expreso, si un banco entrega a un acreedor esqueletos de cheques o bien, comunica a un cliente que le acredita un depósito a la vista, a partir de estos momentos el banco ha autorizado al cliente para el giro de cheques a su cargo.

El Maestro Cervantes Ahumada nos dice que: "El contrato de cheque es un presupuesto de la normalidad o regularidad, no de la esencia, del cheque. Puede una persona librar cheques sin haber celebrado el contrato respectivo con el banco; y como el cheque es un título abstracto, no importará para su existencia la ausencia de aquel contrato; el cheque será eficaz y el tenedor podrá ejercitar las acciones correspondientes contra los obligados, e incluso el librador sufrirá una sanción penal por el libramiento irregular del cheque". 133/

En consecuencia, la relación jurídica que existe entre el librador y librado, es que el -- primero queda facultado para emitir cheques a -- cargo del segundo, disponiendo de esta manera la provisión que está en poder del librado y sólo -- se puede efectuar mediante un contrato de depósito en dinero en cuenta de cheques.

En nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 269, establece que: "En los depósitos a la vista, en cuenta de cheques, el depositante tiene derecho a hacer --

libremente remesas en efectivo para abono de su cuenta y a disponer, total o parcialmente de la suma depositada, mediante cheques girados a cargo del depositario. Los depósitos en dinero, -- constituidos a la vista en instituciones de crédito, se entenderán entregados en cuenta de cheques, salvo convenio en contrario". 134/

Para que el depositante pueda hacer remesas conforme a este artículo, en títulos de crédito, se requerirá autorización del depositario, esto es, que tenga cuenta de cheques en la institución bancaria.

En el último párrafo del artículo 175 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, menciona que: "La autorización se entenderá concedida por el hecho de que la institución de crédito proporcione al librador esqueletos especiales para la expedición de cheques, o le acredite la suma disponible en cuenta de depósito a la -- vista". 135/

Lo anterior se resume, que el librador puede disponer por cantidades parciales, a través del cheque con el girado o banco, con el simple hecho de que éste proporcione al librador esqueletos de cheques, desde ese momento se considera que la autorización está concedida.

Rafael de Pina Vara dice que: "El origen de ese derecho de crédito causa esa obligación del librado, puede ser de muy distinta naturaleza. Normalmente nace de un depósito irregular de di-

134/ Texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

135/ Texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

nero a la vista, hecho por el cliente en el banco o de una concesión de crédito por parte del banco a favor de su cliente". 136/

Concluyendo, diremos que no necesariamente se necesita la celebración del contrato de cheque para que se autorice el pago del título, sino que con el simple hecho de que el banco entregue esqueletos al librador, ha autorizado a éste.

2o. LA EXISTENCIA DE FONDOS DISPONIBLES O PROVISIÓN

La existencia de fondos disponibles o provisión, es otro de los presupuestos del cheque y para su mejor comprensión es necesario estudiar la evolución del concepto de provisión, puesto que la provisión es uno de los puntos polémicos de mayor importancia en el derecho cambiario.

En principio, debemos preguntarnos ¿qué entendemos por provisión?

Al respecto, Joaquín Rodríguez Rodríguez nos dice qué debe entenderse por provisión, empieza diciendo que: "El concepto de provisión no fue desconocido en los primeros textos legales ni por los autores que los comentaron. Pero la palabra provisión se emplea en un sentido radicalmente distinto al que hoy se tiene de provisión. En esta época, por provisión se entiende la comisión percibida por el cambio, esto es, -- que el librador tenga en poder del librado, dinero con qué atender el pago del documento". 137/

136/ De Pina Vara Rafael, Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, pág. 368

137/ Rodríguez Rodríguez Joaquín, ob. cit. pág. 330

En síntesis, la provisión de que se habla, es un concepto que equivale a fondos remitidos o a remisión de fondos para atender el pago de un documento.

El mismo autor mencionado agrega: "En Francia, en virtud de una evolución doctrinal y jurisprudencial, se llegó a entender por provisión, unas veces la suma de dinero remitido por el librador al librado para entender al pago del título, otras veces las mercancías o valores enviados por el librador al librado y, finalmente, -- otras, el crédito del librador contra el librado. Este último concepto es el que se admite por la más moderna y autorizada doctrina". 138/

"En la doctrina española, se distinguen dos grandes corrientes. La más generalizada tiende a identificar el concepto de provisión con el -- crédito dinerario, nacido de diversos títulos o negocios, que ostenta el librador frente al librado. Por otro lado, una corriente menos compartida amplía el concepto de provisión incluyendo en él el simple envío de mercancías o efectos a título de depósito, comisión de venta, y otros, que funcionarán como "prenda" de garantía para el librado aceptante o pagador del título". 139/

Este último no podría considerarse como provisión de fondos, porque la provisión debe ser en dinero y no en prenda para el pago del cheque.

Paolo Greco dice que: "En el cheque debe existir una relación de provisión. No se trata

138/ Rodríguez Rodríguez Joaquín, ob. cit. pág. 331

139/ Vicent Chuliá Francisco, Libramiento de Letra de Cambio Provisión de Fondos y Deber de Aviso, Editorial Cosmos, Valencia, España, pág. 54

de cualquier crédito que exista en el momento de la emisión o pueda existir al tiempo de pago, ni de una suministración de fondos que para esta -- época el girador se reserve hacer al girado". --
140/

En cambio, Joaquín Garrigues apunta que: -
 "La provisión como requisito intrínseco del cheque, consiste en la suma de dinero que el librado tiene que pagar al librador en cuanto éste la reclame. Agrega, para que exista provisión lo fundamental es que el pago del cheque tenga una cobertura. La cobertura es causa de la provi--- sión y la provisión es la causa económica del -- cheque, por cuanto al emitir cheques se rescata la cobertura". 141/

En el derecho mercantil mexicano, la provisión es el derecho de crédito del librador contra el librado, que surge como consecuencia de un convenio que entre ellos existe para la aceptación y pago de un título.

Podemos decir pues, que la provisión es -- creada a través de un depósito que se hace al -- banco en cuenta de cheques, como dice Joaquín Rodríguez Rodríguez: "El depositante de dinero es un banco, en cuenta de cheques, entrega una cantidad en efectivo, que pasa a ser propiedad de la institución depositaria. No conserva, el depositante, unos fondos en poder del depositario; materialmente, las cantidades objeto del depósito, pasaron a la propiedad de la institución bancaria que las confunde jurídicamente con el resto de su patrimonio y que los invierte en los --

140/ Greco Paolo, ob. cit. pág. 228

141/ Garrigues Joaquín, ob. cit. pág. 946

términos que la ley permite". 142/

Como ya se ha dicho, el depositante sólo -- tiene un derecho de crédito en contra del dep^osi tario; tiene un crédito de restitución, pero un simple crédito.

El tener provisión no es, por lo tanto, un concepto material, sino jurídico; tener provi--- sión es que el girador se convierte en acreedor del librado. Algunos autores consideran a la -- provisión como una deuda de dinero que el libra-- do tiene contraída frente al librador.

Se ha apuntado anteriormente, que en nues-- tra Ley General de Títulos y Operaciones de Cré-- dito, expresa que el cheque sólo puede ser expedido por quien tenga fondos disponibles en una - institución de crédito.

Todas estas expresiones se refieren a la re-- lación de provisión que debe existir entre el lí brado y el librado, como presupuesto de la emi-- sión regular del cheque.

En conclusión, diremos que para el libra--- miento de un cheque, es necesaria la previa provisión en poder del librado; de manera que ésta es la naturaleza de medio o instrumento de pago propio del cheque; si se emite un cheque, es por que se cuenta con la provisión y por tal es paga-- do en el momento de la presentación.

Ahora bien, las consecuencias jurídicas que pudiera traer un cheque a la falta de provisión, es un punto de crítica con lo cual ha creado un caos.

Un cheque sin provisión, implica una contradicción desde el punto de vista económico y so-bre todo un engaño para el acreedor, que admite como forma de pago un documento que no tiene más valor que el que tenga la acción de regreso con-tra quien lo suscribió. De tal forma que el to-mador tiene dos clases de acciones: una acción -civil de indemnización y una acción penal.

Al respecto, Joaquín Garrigues nos dice que: "La emisión de un cheque sin tener provisión de fondos en el librado se califica jurídicamente - como un acto ilícito en la esfera civil, en cu-anto injustamente, es decir, contra el Derecho se lesiona la esfera jurídica de otro. De las circ-unstancias en que se haya producido la entrega del cheque, dependerá que el hecho se califique como hecho culposo contractual o extra-contrac---tual. Continúa diciendo, que en la legislación española, hasta el año de 1828, no contenía nin-guna disposición que sancionase la emisión de -cheque sin provisión de fondos. Sólo eran apli-cables las normas contenidas en el Código Penal, que sanciona el delito de la estafa. Se con-sidera que el librador al emitir un cheque sin pro-visión, engañaba al tomador, haciendo creer que el librado tenía provisión de fondos para aten-der el pago. 143/

Se discute si el delito existe desde el momento en que el cheque se entrega al tomador, o el delito se presenta hasta el momento en que el cheque queda impagado por falta de provisión.

En la Conferencia de La Haya de 1912 se pre-sentó un gran debate, acordándose no resolver so-bre esta cuestión; lo mismo sucedió en la Confe-

rencia de Ginebra de 1931, después de una amplia discusión, no llegó a resolverse nada, admitiendo que cada país decidiese.

Se discutió que la provisión debía ser previa, puesto que el cheque es un instrumento de pago; por razones morales; por motivos fiscales; ya que, no existiendo provisión en el momento del giro, se hacía uso de un crédito sujeto a tributación fiscal. Se hizo observar que lo importante era la existencia de la provisión en el momento del requerimiento de pago, desde ese momento, tenía trascendencia la provisión.

De acuerdo con nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el crédito tiene que ser anterior al giro puesto que como se ha apuntado, el cheque siempre debe ser a la vista, se deben de tener fondos disponibles.

El responsable del cheque como lo hemos dicho, en primer término es el librador, como apunta Joaquín Rodríguez Rodríguez: "El girador, y los endosantes y sus respectivos avalistas responden del pago del cheque, mientras que el girado en ningún momento tiene obligación cambiaria de pagar. La existencia o inexistencia de provisión, tanto a los efectos civiles, como a los penales sólo adquiere relevancia jurídica cuando el cheque es presentado al cobro". 144/

Con el propósito de reducir dentro de la práctica en la expedición de cheques sin fondos, y el resultado no es más que el desprestigio de este medio de pago, se estableció una sanción diferente penalmente, ya que jurídicamente el delito se centra en el sujeto activo y que sólo pue-

de serlo una persona física, que es el del librador, como se dijo ya anteriormente.

La Ley de Instituciones de Crédito 145/ ya establecía la sanción que debería de imponerse - al librador, prohibió "mantener cuenta de cheques a aquellas personas que en el curso de dos meses hayan girado tres o más de dichos documentos, que presentados en tiempo no hubiesen sido pagados por falta de fondos, se deba a causas imputables al librador. Los bancos de depósito y las Cámaras de Compensación deben dar a conocer a la Comisión Nacional Bancaria el nombre de las personas que incurran en la situación anterior, para el efecto de que dicho organismo lo dé a conocer a los bancos de depósito del país, los cuales en un período de cinco años no podrán abrirles cuenta de cheques".

En cambio, en nuestra ley vigente de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 193, estipula que: "El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado, por causa imputable al propio librador, resarcirá al tenedor los daños y perjuicios que con ello le ocasione.

En ningún caso la indemnización será menor del veinte por ciento del valor del cheque., El librador sufrirá, además la pena de fraude si el cheque no es pagado por no tener el librador fondos disponibles al expedirlos, por haber dispuesto de los fondos que tuviera antes de que transcurra el plazo de presentación, o por no tener autorización para expedir cheques a cargo del librado". 146/

145/ Texto del Artículo 17, Fracción XVII, Diario Oficial de la Federación 30 de Diciembre de 1954

146/ Texto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

De acuerdo con el Código Penal del Distrito Federal de 1931 en su artículo 386 fracción IV - tipificaba al delito de fraude, en el siguiente precepto: "Se impondrá multa de cincuenta a mil pesos y prisión de seis meses a seis años: al - que obtenga de otro una cantidad de dinero o --- cualquier otro lucro, otorgándole o endosándole a nombre propio o de otro, un documento nominativo, a la orden o al portador contra una persona supuesta o que el otorgante sabe que no ha de pagarle". 147/

En la reforma del mes de marzo de 1946, la fracción antes aludida, fue reproducida en la -- fracción tercera del artículo 387 del mismo Código Penal, y que actualmente es la vigente.

Alfredo Domínguez del Río 148/, al respecto nos dice que: "Cualitativamente, el acto de - librar un cheque sin autorización o sin previa - provisión de fondos, "no es equiparable" al delito genérico de fraude ni a ninguna de sus especies, y en cuanto a la cuantificación del delito de librar un cheque sin provisión de fondos adminiculándole falsamente la pena de fraude, en el tiempo o en el espacio, es a todas luces erróneo, y debe ser revisada sin demora".

De tal forma, quien libra un cheque en descubierta, sin ánimo de engañar al tomador y realizar un lucro, la fuerza lesiva de este comportamiento punible, debiera de ser una pena no calificada de fraude.

Juan José González Bustamante, nos dice al

147/ Texto del Código Penal de 1931 del Distrito Federal.

148/ Domínguez del Río Alfredo, La Tutela Penal del Cheque, Editorial Porrúa, S.A. México 1974, págs. 40 y 41

respecto, que: "La única razón para llamar fraude en la falta de provisión de un cheque, es analizando los Códigos Penales de 1871 y 1929, se debió llamar robo sin violencia, y actualmente, el daño en propiedad ajena, previsto por el artículo 399 del Código en vigor, se debe de llamar robo simple, ya que en ambos casos, para la aplicación de la pena, se remite a la correspondiente a las infracciones mencionadas en segundos términos". 149/

Agrega, que: "Si el artículo 193 hubiera -- prescrito que para los delitos que estableció se impusiera la pena del homicidio no llevaría el nombre las infracciones citadas. De tal manera que de acuerdo con los artículos 386 y 389 del Código Penal especifican el delito de fraude, pero esto cuando el artículo 193 dijera: "El librador sufrirá, además, de tres meses a siete años de prisión y multa de cincuenta mil pesos, de esta forma no se buscaría identidad entre el fraude y los otros delitos. Por estos motivos, carece absolutamente de sentido jurídico pretender que para que se tenga por demostrado el delito del artículo 193, sea necesario comprobar los elementos que lo tipifican".

Los debates llevados a cabo sobre el tema en desarrollo, ante la legislación mexicana lo veremos en los últimos incisos de este mismo capítulo, por el momento sólo diremos que la provisión en el cheque debe en todo momento ser disponible en caso contrario, la aplicación de la pena debe ser variado y no considerar tajantemente como delito de fraude.

Concluyendo de una manera concreta este inciso que nos ocupa, y en base a lo anterior, diremos que para la creación de un cheque es necesario en primer lugar que exista un contrato de cheque, esto es, el librador debe de ser autorizado a través de un banco (librado) para girar cheques y en segundo que existan fondos disponibles; de manera que al celebrarse el contrato de cheque entre el girador y el girado, es menester que se realice un depósito de dinero en efectivo ante éste último, de tal forma que este depósito debe de ser disponible en el momento de la presentación para el cobro de un cheque.

Ahora bien, el problema se presenta cuando el girador expide un cheque sin que existan fondos necesarios para pagarse, en estos casos será acreedor de una indemnización al tenedor del cheque, tomando en cuenta el valor contenido en dicho documento.

c) EN EL PROYECTO DE TITULOS VALORES PARA AMERICA LATINA

Antes de referirnos de la provisión de fondos en los cheques dentro del inciso que nos ocupa, es importante hacer un análisis sobre el desarrollo que tuvo este proyecto.

El parlamento Latinoamericano, con sede en Lima, Perú, solicitó el asesoramiento del Instituto para la Integración de América Latina, con el objeto de elaborar un proyecto de Ley Uniforme de Títulos-valores para todos los países integrantes de la Zona Latinoamericana de libre comercio.

Claro está, que con los antecedentes que se

tenían del proyecto de Centroamérica sirvió de base, como nos dice el Maestro Cervantes Ahumada: "Con el antecedente que se tenía del proyecto -- centroamericano, sirvió de base para la elaboración del proyecto para Latinoamérica. El proyecto fue examinado por destacados especialistas en la materia, provenientes de todos los países latinoamericanos y, con el patrocinio del Banco -- Central de la República Argentina se celebró, en su sede en Buenos Aires, del 13 al 15 de octubre de 1966". 150/

El Maestro Cervantes Ahumada agrega: "La estructura general del proyecto es novedosa y parte de la idea básica de que los títulos-valores constituyen una categoría de instrumentos jurídicos que pueden ser sometidos a un tratamiento de carácter general, antes de establecer la reglamentación particular de cada título. Este proyecto comprende varios títulos, el primero contempla los títulos-valores en general; el segundo se ocupa de las distintas especies de títulos valores, y el tercero trata de la acción y de -- los procedimientos cambiarios". 151/

Lo que nosotros nos interesa es el título -- segundo, puesto que trata sobre el cheque, se reconoció su básica función de instrumento de pago. Además, se propone la reglamentación de nuevos -- tipos de cheques utilizados en algunos países, -- como el cheque con provisión garantizada y el -- cheque con talón para recibo, el primero ya conocido por nosotros, puesto que ya fue tratado en las páginas anteriores.

La provisión es tan necesaria para el libra

150/ Cervantes Ahumada Raúl, ob. cit. pág. 173

151/ Cervantes Ahumada, ob. cit. pág. 174

do, de tal manera que si hay provisión se pagará el cheque, lo anterior el artículo 103 del Proyecto en cuestión dice: "El librador debe tener fondos disponibles en el banco librado y haber recibido de éste autorización para librar cheques a su cargo. La autorización se entenderá concedida por el hecho de que el banco entregue los formularios al librador. El cheque expedido en contravención a lo dispuesto en este artículo será irregular; pero producirá todos sus efectos contra los obligados en él". 152/

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; en estos casos se acepta el pago parcial.

El artículo 112 del mismo proyecto, se refiere a la indemnización que deberá hacer el librado al librador en caso de que se niegue a pagar un cheque habiendo provisión. La indemnización no será menor del veinte por ciento del importe del cheque, o del saldo disponible.

Habla también: "Cuando el cheque no hubiere sido presentado en tiempo, el librado deberá pagarlo si tiene fondos suficientes del librador, si el cheque no ha sido revocado y se presenta dentro de los seis meses que sigan a su fecha".

153/

Existe en este proyecto la claridad del manejo y las garantías que presta el cheque como -

152/ Cervantes Ahumada Raúl, ob. cit. pág. 187

153/ Texto del Proyecto de Ley de Títulos-valores para América Latina, citado por Cervantes Ahumada Raúl, ob. cit. págs. 188 y 189

título de crédito. Dentro de los cheques especiales crea el cheque con provisión garantizada y el cheque con talón para recibo; modalidades que en nuestra Ley de Títulos y Operaciones no las contiene.

Dicho proyecto contiene algunas disposiciones similares con nuestra Ley ya mencionada, sobre todo en la indemnización que deberá hacer el librado en caso del no pago del título. Lo que se pretende en este proyecto, es su aplicación general en la América Latina, protegiendo de esta manera el título dentro del Continente Americano.

d) EN EL PROYECTO PARA EL NUEVO CODIGO DE COMERCIO

La finalidad de este proyecto del Código de Comercio, es la de asegurar la circulación de los títulos de crédito, garantizando al tenedor de buena fe de ejercer su derecho en casos de contingencias o defectos que pudiesen originar en el nacimiento de los títulos. Así también, el de obtener mayor movilización de la riqueza a través de los títulos de crédito.

"Este proyecto fue revisado en el año de 1960 por la Comisión de Legislación y Revisión de Leyes de la Secretaría de Industria y Comercio. Los Maestros Mantilla Molina, Barrera Graf y Cervantes Ahumada, fueron los que elaboraron este proyecto del Código de Comercio para los Estados Unidos Mexicanos". 154/

Es necesario hacer algunas variantes contenidas en la Ley General de Títulos y en el Proyecto para el Nuevo Código de Comercio. En la Sección Tercera, que se refiere a las Acciones Cambiarias Derivadas del Cheque, contiene algunas disposiciones tendientes a corregir la equívoca redacción del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Transcribimos el artículo 578 del Proyecto para el Nuevo Código de Comercio, que dice: "El librador de un cheque presentado en tiempo y no pagado, resarcirá al tenedor de los daños y perjuicios que con ello le ocasione. En ningún caso la indemnización será menor del veinte por ciento del valor del cheque".

"Este artículo no se aplicará en caso de moratorio o quiebra del librado". 155/

Como se aprecia, el artículo anterior es claro y preciso, porque únicamente se aplica en caso del no pago del cheque por el librado, por lo que en ningún momento se aplicará en caso de quiebra o moratorio del librado. Como se ha dicho, el librado tiene la obligación de pagar el título, sobre todo cuando existe provisión por parte del librador.

Es necesario transcribir también, el artículo 579 del Proyecto del Código en cita, puesto que estos artículos son abrogatorios del artículo 193 de la Ley General de Títulos, el artículo de referencia establece una sanción penal para el librador en caso del no pago del título que -

155/ Texto en el Proyecto del Nuevo Código de Comercio - artículo 578, Cervantes Ahumada, ob. cit. pág. 394

dice: "La autoridad penal Federal sancionará con multa de cien a cinco mil pesos, o prisión hasta de seis meses, o ambas penas, a juicio del juez, a quien emita un cheque que el banco librado no pague dentro del plazo de presentación, por alguna de las siguientes causas:

I.- No haber autorizado el librado al librador para librar cheques a su cargo.

II.- No tener el librador saldo disponible - para el pago.

III.- Haber dispuesto el librador de los saldos disponibles después de librar el cheque y antes de que transcurra el plazo de presentación.

Si los actos a que este artículo se refiere fueren constitutivos de fraude, se aplicará la ley común". 156/

El artículo 193 de la Ley General de Títulos, no clasifica la pena que deba aplicarse al librador cuando expide un cheque y no es pagado por cualquiera de las tres causas anteriores. - Más adelante veremos que el artículo mencionado, se remite al Código Penal, para la aplicación de la pena.

Al respecto, Alfredo Domínguez del Río hace algunas observaciones, de la siguiente manera: - 157/

a) Basta con que el precepto en cierge co--

156/ Texto del Proyecto del Nuevo Código de Comercio, -- Art. 579, citado por Cervantes Ahumada Raúl, ob. -- cit. pág. 394

157/ Domínguez del Río Alfredo, ob. cit. pág. 78

rrija los nocivos errores atribuidos al artículo 193 de la Ley vigente, para que sea merecedor de los más antusiastas elogios.

b) La institución penal queda discretamente reducida a los justos límites de una mera contra vención, de los que jamás se debió haber salido. La rígida lotificación de las infracciones penales en delitos y faltas, sin términos medios, no deja cabida a ciertas sutilezas de valoración.

c) Como corrección de estilo, sugiere el -- mencionado autor, para evitar nuevos calvarios - en la senda de la aplicación de la fracción III del artículo 579, cuando ocurra el anhelado día de su entrada en vigencia, que se sustituye el - vago término "saldo", por el de "fondos".

d) El párrafo final del artículo en cita, - parece haber sido redactado muy de prisa, en pri mer lugar, porque debe exponerse con claridad - que los hechos han de ser constitutivos del deli to de fraude, en vista de que "fraude" a secas - es sinónimo de engaño; puede haber fraudes no ti pificados por la ley penal y entonces carecen - del relieve delictivo a que el artículo pretende.

Podemos apuntar que las penas establecidas en el artículo mencionado, notoriamente, son más leves que las impuestas al delito de fraude por la legislación ordinaria.

La aplicación penal, debe ser aplicado en - sus distinciones de cada delito como dice Jorge Barrera Graf: "La comisión convino en que la re gulación penal sobre el cheque debía estar inspi rada en dos principios generales: uno, la disti nción que debe hacerse entre los delitos específi cos de libramiento de cheques, y el delito de -- fraude, para atribuir la competencia de los pri-

meros exclusivamente a la justicia federal, y la del fraude, a los jueces locales; y otro, la reglamentación de los delitos de libramiento de -- cheques, los cuales debían sancionarse independientemente de toda idea de fraude". 158/

El multicitado proyecto sanciona también a quienes exigen de sus deudores la emisión de cheques, a sabiendas de la falta de fondos en la -- institución librada, el artículo 580 dice: "A -- quien obtenga mediante exigencia que se le entre -- guen uno o más cheques para fines de garantía, -- con conocimiento de que el librador carece de -- fondos disponibles suficientes para su pago, se le sancionará en la forma establecida en el artículo anterior".

Es bien claro que en estos casos, el tene-- dor del título es cómplice en el delito de fraude a sabiendas de que se carece de provisión suficiente y porque además propicie la existencia del delito, la sanción será con multa de cien a cinco mil pesos, o prisión hasta de 6 meses, o -- ambas penas, de acuerdo con el artículo 579 del proyecto en cita.

El delito que se presenta se tipifica como delito específico, el recibir cheques en garantía cuando el beneficiario conozca o se dé cuenta que el librador carece de fondos disponibles, el que no sean suficientes para realizar el pago. Lo anterior se presenta en la práctica, principalmente entre los usureros y prestamistas.

Para el caso, es aplicable el artículo 13 -- fracción II del Código Penal, que dice: "Son res

ponsables de los delitos":

I.- Los que inducen o compelen a otro a cometerlos". 159/

En estos casos, la complicidad existe, en el momento de que el tenedor a sabiendas de la falta de provisión recibe el cheque.

Todo lo anterior se aprecia que el proyecto crea una modalidad práctica muy útil, pone un -- hasta aquí al caos producido por la equívoca redacción del artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito aún vigente en -- nuestro país.

e) EN LA LEGISLACION COMPARADA

Para el estudio del inciso que nos ocupa, iremos haciendo comparaciones y críticas que en nuestra se concibe, ante las demás legislaciones de los diferentes países hermanos de Latinoamérica y algunos países Europeos. Consideramos pertinente hacer, a rasgos generales, un análisis -- de sus Códigos de Comercio de cada uno de los -- países que analicemos y en algunos la aplicabilidad de la pena sobre el delito de fraude en el -- cheque.

Empezaremos analizando la legislación que ha tenido Argentina sobre la provisión de fondos en el cheque, pero desde el punto de vista penal cuando se carece de provisión en poder del librado.

159/ Texto del Código Penal para el Distrito Federal, Artículo 13

El Código Penal para la República Argentina, analiza como elementos constitutivos del delito formal de pago con cheque sin provisión de fondos, de la manera siguiente:

- 1a. Dar en pago o entregar.
- 2a. Cheques o giros.
- 3a. Carencia de provisión de fondos o de autorización expresa para girar en descubierto.
- 4a. Ausencia de las características propias del delito de estafa.
- 5a. No abono de su importe dentro de las 24 horas siguientes al protesto, en moneda nacional de curso legal.

La doctrina que inspiró la descomposición dogmática del artículo anterior, es un delito formal. De esta manera no se asigna el impago del cheque la jerarquía de elemento constitutivo de la infracción, porque está implícito en la carencia de provisión de fondos o de autorización expresa para girar en descubierto". 160/

Otro de los aspectos que contiene la Ley Argentina, es el relativo a la separación que hace del delito de pagar con cheques sin provisión de fondos y el delito de estafa.

Cabe elogiar a la legislación argentina, -- puesto que brinda oportunidad al pagador de cubrir el importe del cheque no pagado y protesta-

160/ Texto del Código Penal Argentino, citado por Domínguez del Río Alfredo, ob. cit. pág. 143

do, en el curso de veinticuatro horas, siguientes de ocurrido este último. Además, cuando el librador del cheque hubiere incurrido en error o inadvertencia al girar, podrá protestarlo que se ha equivocado, por lo que le ofrece la oportunidad de repararlo y sólo transcurrido el lapso - que fije la ley, brota el delito sancionado con pena de uno a seis meses.

Ahora bien, la instantaneidad de la infracción y del resultado en la legislación Argentina, clasifican como formal al delito de pago con che que sin provisión de fondos.

En nuestra legislación, como lo hemos apuntado, se incurre en el delito de fraude que bien puede ser porque el librador carece de fondos, - por haber dispuesto dichos fondos antes de que - se presente el título para su cobro o bien, porque el librador carece de autorización para expedir cheques a cargo del librador.

Dentro de la legislación Brasileña existe - algo semejante al nuestro dentro de su complejidad legal. "En el artículo 171 del Código Penal prevé la pena de prisión de uno a cinco años, en armonía con la suma por la que se emite el che-que y multa de quinientos a diez mil cruzeiros. La pena será aumentada en un tercio en el caso de que la ofendida sea una entidad de Derecho Público, o un instituto de economía popular, asistencia social o beneficencia privada". 161/

En nuestro Código Penal, la pena aplicable para el librador es variable, dependiendo tam-bién de la cantidad de lo defraudado.

En la legislación de Colombia, se encuentra un precepto claro, sobre todo en su redacción sobre la pena aplicable en la jerarquía delictiva.

En la Ley de 1923 en los artículos 186 a -- 191, trata especialmente a cheques.

La Ley Octava del Código Penal de Colombia, en su artículo tercero dice: "Cuando la emisión de un cheque sin previa provisión de fondos o -- sin autorización del girado, no constituya esta- fa, se castigará con la pena de dos a seis meses de arresto. En este caso, si el interesado o el acusador particular, si lo hubiere, desiste, ce- sará todo procedimiento, aunque éste se haya ini- ciado de oficio". 162/

Como se ve, la comprensión y la aplicación del precepto anterior no tiene mayor trascenden- cia.

En los años de 1954 Colombia realizó una -- magnífica legislación sobre prevención social, - Alfredo Domínguez del Río nos dice al respecto - que: "El artículo primero del Decreto Ley de es- te año habla sobre prevención, incluyendo a las personas colocadas en estado de especial peligro sidad, acreedoras a las disposiciones preventi- vas, a aquéllas que dos o más veces giraron o en- tregaron a otros, como girados por ellos, che- -- ques que el banco respectivo no pague por no co- rresponder a una cuenta cancelada; o por ser dis- tinto el nombre que aparezca en el cheque como - girador, del que figura en los registros del ban- co, o por no tener provisión suficiente de fon- --

162/ Texto de la Ley Octava del Código Penal de Colombia, citado por Domínguez del Río Alfredo, ob. cit. pág.

dos". 163/

La legislación mercantil Salvadoreña referente a la provisión de fondos en el cheque, dice: "El tenedor de un cheque que el Banco se niegue a pagar, debe avisar lo ocurrido al librador, para que éste le pague inmediatamente, o lo hará protestar dentro de los plazos siguientes a contar de la fecha de su emisión, diez días, si hubiere sido librado en la misma plaza y quince días, si hubiere sido en otra. El tenedor de un cheque protestado, sin perjuicio de la acción criminal que corresponda contra el librador, si hubiera malicia, tendrá derecho a reclamar su valor, intereses legales y gastos, a cualquiera de los endosantes o al librador. El endosante que lo pagare se subrogará contra los endosantes anteriores y contra el librador". 164/

Esta es una forma en que la legislación Salvadoreña trata de salvar la economía de la nación, tomando en cuenta que el cheque en la actualidad se le ha considerado como dinero, al librarse un cheque sin fondos, perjudica la relación comercial y sobre todo, la industrial.

En cambio en nuestra legislación, el tenedor del título puede dar parte al librador, o no de la falta de provisión para el pago del cheque, porque puede ejercitar la acción no dándole aviso.

Guatemala no tiene una legislación adecuada para el mecanismo jurídico del cheque. En este país admite desde el punto de vista técnico en la falta de pago de un cheque, el delito de fraude.

163/ Domínguez del Río Alfredo, ob. cit. pág. 127

164/ Domínguez del Río Alfredo, ob. cit. pág. 131

de o estafa, aunque de hecho son sinónimos estos términos.

El artículo 780 del Código de Comercio de Guatemala dice: "El cheque sólo debe girarse contra una persona que tiene en su poder fondos a la disposición del librador y de acuerdo con una convención, expresa o tácita, según la cual el librado tiene la obligación de pagar el cheque.

Incorre en el delito de estafa el librador que expide un cheque sin tener fondos disponibles, o que dispone de ellos antes de que transcurra el plazo para que el cheque librado sea presentado al cobro". 165/

Todo lo anterior, tiene una similitud con nuestra legislación, por lo que para nosotros el término fraude se emplea en los casos de castigo.

"La legislación de Paraguay considera a la falta de provisión como delito de estafa, toda conducta engañosa que por medios dolosos trata de obtener una ventaja apreciable en dinero: Un caso es el libramiento de cheque sin fondos". 166/

Esta legislación trata de asegurar la circulación del cheque.

Es de importancia tomar en cuenta la legislación de algunos países Europeos, puesto que el cheque surgió precisamente en Europa y en donde por primera vez se legisló.

165/ Texto del Código de Comercio de Guatemala, citado por Domínguez del Río Alfredo, ob. cit. pág. 134

166/ Domínguez del Río Alfredo, ob. cit. pág. 135

El primer país que legisló sobre el establecimiento de una sanción penal, aplicable al acto de librar cheques sin la debida provisión de fondos o sin autorización del banco librado, fue -- Francia:

"En la Ley del 14 de junio de 1805 decía: - El presunto culpable del delito de librar uno o más cheques en descubierto, puede quedar exonerado de pena, si deposita el valor del libramiento o libramientos dentro de los cinco días posteriores al protesto por impago debido a la falta de provisión.

"Esta ley fue reformada por decreto de 30 - de octubre de 1935 y 24 de mayo de 1938. El texto en vigor fija la pena privativa de la libertad en un mínimo de un año y un máximo de cinco años, imponible al emisor de un cheque en descubierto, con multa de 120 a 1,200 nuevos francos".
167/

La multa nunca debe ser inferior al monto - del cheque o de la falta de fondos.

La actual ley de 1940 y la de 1943 preven - la falsificación de cheques, más frecuentes en - Europa; pero sobre todo, sanciona el que teniendo conocimiento recibe un cheque emitido.

La legislación francesa como se aprecia, es acorde de acuerdo a las necesidades económicas-- sociales. Por otro lado, no hace ninguna separación del delito de cheques en descubierto y el libramiento de engaño.

f) JURISPRUDENCIA MEXICANA

Antes de hacer un estudio en la Jurisprudencia Mexicana sobre la provisión en el cheque, es necesario identificar el proceso mercantil existente en nuestro país.

Al respecto, Jesús Zamora Pierce nos dice: "Corresponde a los tribunales de la Federación - conocer el proceso mercantil por razones históricas, en virtud de la naturaleza procesalista del Derecho Mercantil, en respuesta a las necesidades internacionales del comercio". 168/

Ahora bien, en nuestra Constitución Política con fundamento en el artículo 73 en su fracción X, concede al Congreso de la Unión facultades expresas para legislar en toda la República sobre Comercio, cuando dice: "El Congreso tiene facultad; para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria, cinematografía, comercio, juegos con apuestas y sorteos". 169/

De acuerdo con los artículos 103 y 107 de nuestra Constitución, arranca en nuestro país la fuente del derecho con el nombre de "Jurisprudencia".

La Jurisprudencia existente en nuestro país sobre la provisión de fondos en los cheques, ha sido con un criterio poco aceptable, sigue constituyendo un camino sembrado de dificultades, -

168/ Zamora Pierce Jesús, Derecho Procesal Mercantil, - Primera Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, pág. 29

169/ Texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

por lo que es necesario hacer una relación de -- las variantes que se le han notado en la práctica y que la ley no previó.

"La Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece que al expedir cheques sin fondos es un "delito especial", por lo que no tiene ninguna similitud con el fraude, teoría que le ha servido de base para aplicar disposiciones ya derogadas, que según la Corte fueron incorporadas al artículo 193 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito". 170/

Lo anterior se discute si al expedir un cheque sin provisión se constituya un delito de peligro o bien, de un delito de daño.

Como se apunto anteriormente, la Corte lo califica como "delito especial", pero ha variado su punto de vista, puesto que en el año de 1960, consideraba la emisión de cheques sin fondos como un delito de daño.

En la ejecutoria del Tomo XCIV, página 9, - citada por J. Ramón Palacio, en donde se aprobó por mayoría de tres votos, afirma: "La simple expedición de un cheque sin tener fondos suficientes para cubrirlo, no puede ser indefectiblemente equiparada, en todos los casos, a la comisión de un delito de fraude y castigada en los términos que indica el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito". 171/

170/ Bauche Garciadiego Mario, ob. cit. pág. 114

171/ Ramón Palacios J., El Cheque sin Fondos (Estudios - Jurídicos. Última ejecutoria de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación), Editores Mexicanos - Unidos, S.A., México 1974, pág. 39

Lo anterior se entiende que la Corte no considera en todos los casos a la emisión de cheques sin provisión como fraude de acuerdo con el artículo 193 de la Ley multicitada, ya que en ocasiones considera que no es fraude porque le falta el dolo. Remitiendo al artículo 387 en su fracción III, del Código Penal vigente del Distrito Federal, si existe el fraude, aunque es necesario recalcar que el primer artículo citado contiene algunas lagunas.

En consecuencia, cuando al expedirse el cheque con fondos insuficientes con conocimiento del beneficiario, es lógico que en estos casos no se incurre en el delito de fraude, porque hay conocimiento de causa.

La Jurisprudencia del año de 1972, manifiesta que: "El artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito sanciona, entre otros, el hecho de librarse un cheque y que éste no sea cubierto por la librada, por causas imputables al librador, independiente de cualquiera otra finalidad, con la intención de cometerse un fraude, en razón a que la conducta de que se trata integra un delito de peligro y no de daño". 172/

Como se dijo anteriormente, la Corte ha variado su punto de vista, sobre el delito que pue da incurrir el librador del cheque a falta de provisión.

Por otra parte, cuando el librador que expi de un cheque sin fondos baste con que el tenedor

172/ Semanario Judicial, Volumen 39, Segunda Parte, Primera Sala, 9 de marzo de 1972, 5 votos-Ponente Abel Huitrón, pág. 48

presente el título y el banco certifique a través de tiras selladas de la falta de provisión, el beneficiario, puede hacer valer su derecho mediante estos usos bancarios, porque el librador ha creado un cheque que pone en peligro la confianza bancaria en general y los bienes de terceros en particular, desde el momento en que el tenedor puede poner en circulación ese documento.

Para ello, la Corte sostiene que: "Para comprobar las circunstancias consistentes en la presentación de un cheque para su pago y las causas de su devolución, puede admitirse cualesquier elemento de prueba que sea suficiente, inclusive los usos bancarios y comerciales, ya que no se trata de justificar que los empleados o funcionarios bancarios que asientan tales constancias, tienen la representación jurídica del Banco y sólo se trata de constar un hecho, y así, con los sellos y la tira impresa del Banco Girado y de la respectiva Cámara de Compensación Local, aun sin tener firma alguna, basta para tener acreditado que el girador no tenía fondos suficientes para pagar el cheque y asimismo, que el tenedor de tal documento lo presentó a tiempo a su cobro, si tales documentos e impresiones no fueron objetados de falsedad por el acusado". 173/

Esto sirve como base para que el tenedor del título puede hacer valer su derecho, bien pueda ser por la inexistencia de fondos o porque el librador no tiene autorización para expedir cheques.

173/ Semanario Judicial, Amparo Directo 5615/71, 27 de Marzo de 1972, 5 Votos-Ponente Manuel Rivera Silva, Séptima Epoca: Volumen 24, Segunda Parte, pág. 23; Volumen 32, Segunda Parte, pág. 30

Es bien sabido por nosotros que a la promulgación del artículo 193, llevó a la categoría de delito el libramiento de cheques sin fondos, con el sano propósito de salvaguardar la circulación del cheque como parcial substituto de la moneda dentro de nuestro régimen cambiario; al respecto, se han originado opiniones disímolas sobre la naturaleza del delito, al grado de que han dado margen a resoluciones contradictorias dentro de nuestros tribunales.

Por ello, abrigo la convicción de que el artículo 193 debe de reformarse para lograr tres fines: fijar un criterio único a la jurisprudencia; informar con claridad y sencillez al común de las gentes, en qué delito incurrir al expedir, endosar o aceptar como beneficiarios un cheque sin provisión de fondos, y poner fin a los manejos de los prestamistas sin escrúpulos, que están valiéndose de este documento para lograr coacciones indebidas.

CONCLUSIONES

1. La actividad bancaria aparece por primera vez en Babilonia, en el Siglo VI antes de Cristo. En Roma la banca tuvo una gran importancia, a los clientes ya se les abría una cuenta, entendiéndose con ello que en Roma se hacían ya depósitos de dinero en el que podían disponer de ellos en ocasiones de pago.
2. La creación del cheque, se debe a razones de Costumbre de los comerciantes en el Siglo XVIII en Inglaterra.
3. En México, el cheque aparece en el siglo pasado, llegándose a reglamentar en el Código de Comercio de 1884. La utilidad de este documento en nuestro país fue precaria, debido a que no existían industrias, ni comercio desarrollado.
4. El cheque como instrumento circulante, es uno de los medios más usados de los comerciantes, ya que además de evitar el manejo de dinero en efectivo, proporciona una actividad comercial funcional.
5. Es necesario que el cheque sea presentado para su pago ante la institución de crédito, evitando de esta manera que el tenedor del documento caduque la acción que tiene contra del librador, cuando éste no tenga la provisión de fondos suficientes ante el Banco.
6. El cheque certificado es el medio más idóneo para garantizar la existencia de provisión de fondos, que el beneficiario o tene-

dor del mismo tiene la seguridad de que le será cubierto el importe total de dicho documento, en el momento de su presentación - para el pago, en caso contrario el librado será responsable.

7. Tanto el cheque certificado como el cheque con provisión garantizada, el librado es -- responsable en la existencia de provisión - de fondos, en este último la institución de crédito entrega esqueletos de cheques con - la cantidad ya impresa, en tanto no podrán ser expedidos al portador, sino que tendrán que ser nominativos.
8. Debe existir provisión de fondos en el li--bramiento de cheques, de otra manera se incurriría en el delito de fraude, considerando que la aplicabilidad de la pena debería estar implícita en el artículo 193 de la -- Ley General de Títulos vigente en nuestro país.

B I B L I O G R A F Í A

- 1.- Bauche Garcia Diego Operaciones Bancarias, - Editorial Porrúa, S.A. - México 1958.
- 2.- Barrera Graf Jorge Estudios de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, S.A. México 1958.
- 3.- Benito Lorenzo Manual de Derecho Mercantil, Tomo II, Tercera -- Edición, Editorial Victoriano Suárez, Madrid, -- 1924.
- 4.- Benito Lorenzo Bases del Derecho Mercantil, Segunda Edición, ES PASA-CALPE, S.A. Bilbao, 1929.
- 5.- Calvo Marroquín Octavio Derecho Mercantil, Vigésima Segunda Edición, - Editorial Banca y Comercio, S.A. México.
- 6.- Cervantes Ahumada Raúl Títulos y Operaciones de Crédito, Novena Edición, Editorial Herrero, S.A. México, 1976.
- 7.- Código Civil del Distrito Federal.
- 8.- Código de Comercio y Leyes Complementarias Editorial Porrúa, S.A., 27a. Edición, México.

- 9.- Código de Comercio de Guatemala Citado por Domínguez del Río, Alfredo.
- 10.- Código Penal del Distrito Federal de 1931
- 11.- Código Penal para la República de Argentina Citado por Alfredo Domínguez del Río.
- 12.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 13.- Domínguez del Río Alfredo La Tutela Penal del Cheque, Editorial Porrúa, - S.A. México, 1974.
- 14.- De Pina Vara Rafael Teoría y Práctica del Cheque, 10a. Edición, Editorial Labor Mexicana. México, 1960.
- 15.- De Pina Vara Rafael Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, 2a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1964.
- 16.- Echeverría Leunda Jorge Cheques Certificados, Cruzados, no Negociables, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Montevideo, 1959.

- 17.- Garrigues Joaquín Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Edición Porrúa. México.
- 18.- González Bustamante Juan José El Cheque, Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición. México, 1974.
- 19.- Greco Paolo Curso de Derecho Bancario, Traducción de Raúl Cervantes Ahumada, México, Jus 1945, Colección de Estudios Jurídicos.
- 20.- Ley de Instituciones de Crédito Diario Oficial de la Federación 30 de Diciembre de 1954.
- 21.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
- 22.- López de Goicoechea Francisco Letra de Cambio, Biblioteca Jurídica, Editorial B. Costa-Amic. México.
- 23.- Ley Octava del Código Penal de Colombia Citada por Alfredo Domínguez del Río.
- 24.- Mantilla Molina Roberto L. Título de Crédito Cambiario, Editorial Porrúa, S.A. México, 1977.
- 25.- Malagorriga C. Carlos Derecho Comercial, Editorial Espasa-Calpe, S.A. Argentina, 1940.

- 26.- Messineo Francisco Manual de Derecho Civil y Comercial, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Tomo VI, Ediciones Jurídicas Europa-Americanas. Buenos Aires.
- 27.- Muñoz Luis Derecho Mercantil, Tomo III, Edición Primera. México, 1974.
- 28.- Palacios J. Ramón El Cheque sin fondos (Estudios Jurídicos. Últimas Ejecutorias de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación), Editores Mexicanos Unidos, S. A., Primera Edición. México, 1974.
- 29.- Texto del Proyecto del Nuevo Código de Comercio, citado por Dr. Raúl Cervantes Ahumada.
- 30.- Texto del Proyecto de Títulos-Valores para América Latina, citado por Dr. Raúl Cervantes Ahumada.
- 31.- Puente y Flores Arturo y Calvo Marroquín Octavio Derecho Mercantil, Vigésima Segunda Edición, Editorial Banca y Comercio, S.A. México.
- 32.- Rodríguez Rodríguez Joaquín Derecho Bancario, Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A. México.

- 33.- Rodríguez Rodríguez Joaquín Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1960.
- 34.- Salandra Vittorio Curso de Derecho Mercantil, Traducción de Jorge Barrera Graf, Editorial Jus. México, 1949.
- 35.- Semanario Judicial Volumen 30., segunda parte, Primera Sala, 9 de Marzo de 1972.
- 36.- Semanario Judicial Amparo Directo 5615/71, 27 de Marzo de 1972, 5 - Votos-Ponente Manuel Rivera Silva, Séptima Epoca; Volumen 24, Segunda Parte, pág. 23; Volumen 32, Segunda Parte, pág. 30.
- 37.- Tena de J. Felipe Derecho Mercantil Mexicano, Décima Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1980.
- 38.- Vicent Chuliá Francisco Libramiento de Letra de Cambio, Provisión de Fondos y Deber de Aviso, Editorial Cosmos-Valencia, España.
- 39.- Vivante César Derecho Comercial, Traducción de Jorge Rodríguez Aimé, Editorial EDIAR-ANON, Buenos Aires.

40.- Zamora Pierce Je-
sús

Derecho Procesal Mercan-
til, Cárdenas Editor y -
Distribuidor, Primera -
Edición. México.