



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales

" ARAGON "

218
2ºj.

ANALISIS JURIDICO DEL SOBREGIRO BANCARIO
EN EL CONTRATO DE CUENTA DE CHEQUES

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

MARIA CONCEPCION MARTINEZ MENDEZ

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ENEP



ARAGON

SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEXICO

1994.



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 está 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.

A MI MADRE: SOMA MENDEY RAMSDEY.

Con todo mi cariño y agradecimiento, quien con su ejemplo de amor, honestidad y voluntad, me enseñó a obtener la fuerza necesaria para lograr las metas propuestas, y de quien siempre recordaré su enseñanza y su forma de estimularnos diciendo: "Hijos, el estudio es la mejor herencia que les puedo dar".

A MIS HERMANOS Y MI HERMANA: JULIO CESAR, JOSE BRADALUPE, TOMAS MARTIN Y MARIAM.

Con el cariño y estimación que siempre he sentido por ellos, y que se es correspondido con plenitud.

UNA DEDICATORIA ESPECIAL.

A JOSE JONATHAN, una promesa que no pudo llegar a ser realidad, un pequeño ser que Dios quiso llevarse con él, pero que nos ha dejado un recuerdo de amor, que siempre vivirá en nuestros corazones.

A MI ESPOSO: MR. JOSE ENRIQUE LOPEZ SUAREZ.

Compañero fiel en mi vida, a quien agradezco la motivación, apoyo y compañía que me ha brindado en nuestro andar juntos.

A MIS HIJOS: ENRIQUE OMAR Y HILDO ALBERTO.

Hermosos reflejos de amor que la vida me ha regalado y a quienes jamás podré demostrar en toda su intensidad, el amor que les profeso.

A MIS MAESTROS.

Por su enseñanza, orientación, y ayuda proporcionada para la realización de mis estudios, y en especial a los que participaron en la asesoría y elaboración del presente trabajo, pues gracias a su apoyo he logrado finalizar mi carrera profesional.

A LA UNAM.

Quien me dió la oportunidad de realizar la carrera que ahora culmino, alcanzando así, uno de mis mas caros anhelos.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

A.- CONCEPTOS GENERALES.....	1
1.- CONCEPTO DE DERECHO MERCANTIL.....	1
2.- FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL.....	7
a) LA LEY.....	8
b) LA COSTUMBRE.....	12
c) LA JURISPRUDENCIA.....	14
d) LOS USOS MERCANTILES.....	17
3.- APLICACION SUPLETORIA DEL DERECHO CIVIL Y DEL DERECHO PROCESAL CIVIL EN MATERIA MERCANTIL.....	21
4.- SUJETOS DEL DERECHO MERCANTIL.....	25
a) EL COMERCIANTE.....	25
b) CLASIFICACION DEL ARTICULO TERCERO DEL CODIGO DE COMERCIO.....	27
5.- ESPECIALIDAD DE LA NORMA MERCANTIL.....	29
B.- OBLIGACIONES Y CONTRATOS MERCANTILES.....	32
1.- CONCEPTO DE OBLIGACION.....	33
2.- MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES.....	34
3.- CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.....	38
4.- LOS CONTRATOS MERCANTILES.....	41
a) ELEMENTOS ESENCIALES.....	44
b) FORMA DE LOS CONTRATOS.....	44

CAPITULO II

A.- EL CHEQUE COMO TITULO DE CREDITO Y SU NATURALEZA JURIDICA.....	49
1.- ELEMENTOS.....	49
a) INCORPORACION.....	50
b) LITERALIDAD.....	51
c) AUTONOMIA.....	52
d) CIRCULACION.....	52
e) LEGITIMACION.....	53

2.-	CLASIFICACION.....	55
a)	SINGULARES O SERIALES.....	55
b)	SEGUN EL DERECHO QUE INCORPORAN.....	58
c)	SEGUN LA NATURALEZA DE SU CREADOR.....	59
d)	SEGUN LA IDENTIDAD DE SU BENEFICIARIO.....	61
e)	SEGUN EL INTERES COMERCIAL Y ECONOMICO DE SU EMISION.....	62
3.-	OBLIGATORIEDAD.....	63
a)	OBLIGACION DE PAGO.....	65
b)	SOLIDARIDAD CAMBIARIA.....	66
4.-	CONFORMACION HISTORICA.....	68
5.-	RELACIONES JURIDICAS ENTRE TENEDOR Y LIBRADO.....	70
6.-	CONCEPTO DE BUENA FE.....	71
7.-	FORMAS DE PAGO.....	74
a)	CAMARA DE COMPENSACION.....	76
b)	PROTESTO.....	78
c)	ACCION CAMBIARIA.....	80
B.-	EL CONTRATO DE DEPOSITO EN CUENTA DE CHEQUES.....	84
1.-	DEFINICION.....	86
2.-	ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y CONDICION DE VALIDEZ.....	86
3.-	NATURALEZA Y OBJETO.....	87
4.-	CAPACIDAD.....	88
5.-	OBLIGACIONES DE LOS CUENTA HABIENTES.....	89
6.-	CLAUSURA DEL CONTRATO.....	92
7.-	UTILIDAD ACTUAL.....	94
8.-	UBICACION DE LA CUENTA DE CHEQUES EN LA TEORIA DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES.....	94

CAPITULO III

A.-	EL LLAMADO SOBREGIRO BANCARIO.....	96
1.-	DEFINICION DE SOBREGIRO.....	100
2.-	SU APLICACION.....	102
3.-	AUSENCIA DE DISPOSICIONES NORMATIVAS EN RELACION AL SOBREGIRO.....	103
4.-	APLICACION DE LOS USOS BANCARIOS EN RELACION AL SOBREGIRO.....	105
5.-	EL SOBREGIRO COMO CREDITO DE BUENA FE.....	121
a)	CAUSAS.....	127
b)	CONSECUENCIAS JURIDICAS.....	131
c)	CONSECUENCIAS BANCARIAS.....	134
6.-	EL ERROR COMO CAUSA DEL SOBREGIRO BANCARIO.....	135
a)	PROCEDENCIA DE LA EXCUSABILIDAD DEL ERROR.....	137
B.-	EL SOBREGIRO EN EL CONTRATO DE CUENTA DE CHEQUES.....	139
1.-	CAUSAS DEL SOBREGIRO EN LA CUENTA DE CHEQUES.....	145

2.- SISTEMAS DE SOLUCION QUE PLANTEA EL SISTEMA BANCARIO MEXICANO EN MATERIA DE SOBREGIRO.....	149
3.- PROCEDENCIA DE LA ACCION CAMBIARIA EN EL RECLAMO DEL PAGO DEL SOBREGIRO BANCARIO EN LA CUENTA DE CHEQUES.....	151
4.- PROCEDENCIA DE LA VIA ORDINARIA MERCANTIL EN EL RECLAMO DEL PAGO DEL SOBREGIRO EN LA CUENTA DE CHEQUES.....	156
5.- AUSENCIA DE NORMAS APLICABLES AL SOBREGIRO EN LA LEGISLACION MERCANTIL MEXICANA.....	162
6.- DIFICULTAD EN LA RECUPERACION VIA JUDICIAL DE UN SOBREGIRO CAUSADO EN LA CUENTA DE CHEQUES.....	165
7.- PROPUESTA: ES NECESARIO REGULAR EN LA LEGISLACION MERCANTIL EL SOBREGIRO BANCARIO EN LA CUENTA DE CHEQUES, PARA EVITAR PERJUICIO PATRIMONIAL A LAS INSTITUCIONES DE CREDITO.....	167

CONCLUSIONES.....	171
BIBLIOGRAFIA.....	175

**"ANALISIS JURIDICO DEL SOBREGIRO BANCARIO EN EL
CONTRATO DE CUENTA DE CHEQUES"**

INTRODUCCIÓN

Dentro de la actividad bancaria, día a día se nos ofrecen mayores y mejores servicios, promoviendo y agilizando de manera importante todo tipo de actividad profesional, de servicios, así como a la pequeña y mediana empresa, lo cual da lugar a que diariamente tengan que moverse miles de millones de pesos, provocando que se generen dentro de las instituciones diversos usos que, en algunas ocasiones y desgraciadamente de manera frecuente, permiten que se creen nuevos tipos de reclamaciones, que al no ser expresamente reguladas por las leyes, los juzgadores no consideran aplicables determinadas figuras no previstas expresamente en la ley, pero que consideramos sí pueden ser encuadradas dentro de dichos ordenamientos.

Un ejemplo de lo anterior es el llamado sobregiro bancario, que dado la incidencia con que se presenta, ocasiona que sean cantidades sumamente fuertes las que resultan afectadas por dicha actividad, y en la mayoría de las ocasiones los bancos no pueden reclamar su pago en una vía sencilla y eficaz que pueda garantizar debidamente el cobro de lo reclamado, lo cual en la mayoría de las veces, deriva en un daño patrimonial a las entidades de crédito; por eso en este trabajo recepcional tratamos de realizar un breve análisis de esta figura bancaria que se da en la cuenta de cheques y que puede ser resultado de diversas causas, desde el error, ya sea del empleado bancario o del mismo cuentahabiente, hasta un manejo inadecuado de la cuenta y por supuesto la aceptación de los bancos al fomentar dicha figura, puesto que incluso dan

facultades a sus empleados para autorizar que un cliente se sobregire en un determinado porcentaje, que en un gran numero de veces, es sobrepasado.

Por esa razón, en el primer capítulo tratamos de hacer una pequeña síntesis del derecho mercantil, en el cual se encuadran los participantes del sobregiro, citando las fuentes de dicho derecho, como son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia. También hablamos de los sujetos del derecho mercantil, de como se regulan especialmente las modalidades de las obligaciones que surgen de actos, hechos, omisiones y de negocios comerciales, así como su cumplimiento, terminando con los contratos mercantiles, sus elementos esenciales y la forma.

En el capítulo segundo, nos referimos al cheque como título de crédito y tratamos de analizar su naturaleza jurídica, ya que actualmente es un instrumento que ha arraigado dentro de la actividad comercial por las ventajas que proporciona en el manejo del dinero y que a las instituciones de crédito beneficia por el aumento en el volumen de los depósitos, que constituyen la base de su capacidad de inversión, razón por la cual los bancos tratan de hacer sus servicios cada vez mas atractivos con el fin de incentivar a su clientela y por supuesto los depósitos que traen consigo.

Naturalmente, cuando los bancos proporcionan todas las facilidades a sus

usuarios, con frecuencia incurren en el error de no respetar las reglas establecidas y se llega al caso de tratar de reglamentar diversas acciones que van en contra de lo ordenado por la propia ley, corriendo el riesgo de tener consecuencias económicas no deseadas, pues se crean figuras bancarias que no se encuentran reguladas expresamente por la ley, entre ellas el sobregiro bancario en la cuenta de cheques, que la mayoría de las ocasiones surge de la autorización del pago de un cheque que sobrepasa el monto de la provisión existente y es precisamente éste el tema medular de nuestra tesis, por lo que en el capítulo tercero planteamos las diversas causas que ocasionan el mismo y como los bancos han tratado de manejarlo en los diversos manuales de operación que en forma interna emiten, pero que, llegado el momento de ser necesario exigir el pago en la vía judicial, no es posible ejercitar la acción derivada del título de crédito base de la acción, que en este caso es el cheque y en cambio tiene que acudirse a otras vías que debido al tiempo que requieren para su resolución, cuando ha sido probada la acción, no es posible rescatar bienes propiedad del deudor para garantizar el cobro del adeudo, pues la mayoría de las veces el deudor no cuenta con bienes que garanticen el pago, ocasionándose el quebranto patrimonial a la institución bancaria.

CAPITULO I

A.- CONCEPTOS. GENERALES

- 1.- CONCEPTO DE DERECHO MERCANTIL
- 2.- FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL
 - a) LA LEY
 - b) LA COSTUMBRE
 - c) LA JURISPRUDENCIA
 - d) LOS USOS MERCANTILES
- 3.- APLICACION SUPLETORIA DEL DERECHO CIVIL Y DEL DERECHO PROCESAL CIVIL EN MATERIA MERCANTIL.
- 4.- SUJETOS DEL DERECHO MERCANTIL
 - a) EL COMERCIANTE
 - b) CLASIFICACION DEL ARTICULO TERCERO DEL CODIGO DE COMERCIO.
- 5.- ESPECIALIDAD DE LA NORMA MERCANTIL

B.- OBLIGACIONES Y CONTRATOS MERCANTILES

- 1.- CONCEPTO DE OBLIGACION
- 2.- MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES
- 3.- CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES
- 4.- LOS CONTRATOS MERCANTILES
 - a) ELEMENTOS ESENCIALES
 - b) FORMA DE LOS CONTRATOS

A.- CONCEPTOS GENERALES

El acometer una labor de investigación para la estructuración de una tesis corre el grave riesgo de caer en una repetición de conceptos, definiciones e ideas de grandes y notables jurisconsultos sobre un mismo tema, sería sin embargo una actitud de nuestra parte muy egocéntrica el soslayar la invaluable aportación de todos y cada uno de los especialistas en materia mercantil, base de nuestro trabajo de tesis que se titula "Análisis Jurídico del sobregiro bancario en el Contrato de Cuenta de Cheques"; es por esto que deseamos dejar bien asentado que en los capítulos iniciales de este trabajo haremos una recapitulación de algunos de ellos, sin embargo en los capítulos terminales de esta tesis señalaremos lo trascendente de estas aportaciones, ya que es nuestra intención afirmar claramente nuestra posición respecto del sobregiro bancario, puesto que estamos perfectamente convencidos que una tesis no es sólo la repetición de conceptos dichos por otros sino la aportación de soluciones al problema, motivo de nuestro trabajo recepcional.

1.- CONCEPTO DE DERECHO MERCANTIL.

El concepto de derecho mercantil tiene que estar sujeto, en cada país, a las disposiciones legales

respectivas, ésto es, al sistema de derecho vigente en cada uno de ellos. De esta manera tendríamos un concepto de derecho mercantil y este nace precisamente para regular el comercio o, mejor dicho, los actos y relaciones de los comerciantes propios de la ejecución de sus funciones mediadoras.

En su origen el Derecho Mercantil aparece estrechamente unido a la noción económica de comercio, y mediante ésta se explica y determina el concepto de aquél. El Derecho Mercantil es entonces el Derecho del comercio.

El concepto lo consideramos porque se basa en el sistema de nuestro código, esto es, de enumeración de actos de comercio. No importa que no se comprendan todos los actos, porque la materia mercantil no es estática y por lo mismo, pueden darse otros actos diversos a los considerados, el concepto seguirá siendo válido, aún cuando por esa dinámica surja la necesidad de calificar como mercantiles otros, porque su fundamento permanecerá siendo el acto mismo, no determinados actos.

Claro está que el concepto puede resultar incompleto para algunos, pero no porque no se consideren en determinado momento todos los actos, sino porque no debe olvidarse al sujeto comerciante que los realiza, así como a los sujetos

auxiliares mercantiles, a ellos también rige, pero en función de su actividad mercantil.

Esto no nos contradice, ya que hemos afirmado que el derecho mercantil no puede basarse sólo en la idea de comercio, que como también dijimos se entiende como actividad en la que se realizan los actos de comercio, puesto que afirmamos que en nuestro derecho el concepto se basa en el acto. Diverso es entender que en la ejecución de los actos deba necesariamente darse la intervención, puesto que hay actos que siendo mercantiles se ejecutan sin que pueda hablarse de intermediación y que no por ello dejan de ser regulados por el derecho.

Ahora bien, deseamos establecer los distintos conceptos vertidos en lo referente al Derecho Mercantil, así: "Rocco define al derecho mercantil como "aquél que regula las relaciones de los particulares nacidas de la industria mercantil o asimiladas a ella, en cuanto a su régimen y ejecución judicial" (1), pero, además de emplear un concepto económico incurriendo con ello en una impureza metódica, se ve obligado a reconocer la insuficiencia de tal concepto al recurrir a las relaciones que se le asimilan, lo

(1) ROCCO, Alfredo. Principios de Derecho Mercantil. Revista de Derecho Privado. Minerva. Madrid. 1931. p. 9

cual da extrema vaguedad a la definición; por último, se omite toda referencia al régimen jurídico de los sujetos de derecho mercantil).

Garrigues, con referencia al derecho español, dice que "es el que regula los actos de comercio pertenecientes a la explotación de industrias mercantiles organizadas (actos de comercio propios) y los realizados ocasionalmente por comerciantes y no comerciantes (actos de comercio improprios), que el legislador considera mercantiles, así como el estatuto del comerciante individual y social y los estados de anormalidad en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales" (2). Esta definición da por supuesto el concepto de acto de comercio; contrapone, sin precisar la distinción, las industrias mercantiles organizadas, a las que no lo están, y si las hubiera, no indica por qué normas jurídicas están regidas los actos que realicen. Parece innecesario añadir una referencia a la quiebra, al hablar de los estados de anormalidad en el cumplimiento de obligaciones contractuales, pues ello puede quedar incluido en la referencia al estatuto del comerciante; cabe añadir, que el adjetivo de *contractuales* aplicado a las obligaciones en cuyo incumplimiento incurre el comerciante, puede inducir al error de considerar que

(2) GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Quinta edición. Porrúa, S. A. México. 1973. p. 204

las obligaciones extracontractuales quedan fuera del régimen falsidientario.

Puente Muñoz inicia su obra con la siguiente definición "el derecho comercial es la parte del derecho privado relativa a las operaciones jurídicas realizadas por los comerciantes, sea entre sí, sea con sus clientes, el derecho comercial rige también los actos de comercio sin consideración a la persona de su autor". (3) . Nada se dice en esta definición del régimen jurídico de los sujetos del derecho mercantil, es decir, de los que Garrigues denomina *estatuto de comerciante*, considera al mercantil como "el derecho privado especial de los comerciantes". (4), fórmula sólo válida para un derecho como el germánico, basado en un criterio subjetivo, y que además no abarca el derecho cambiario, que el mismo autor estudia en su Derecho Mercantil.

Barrera Graf considera que es "aquella rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de las empresas, la actividad del comerciante, individual y colectivo, y los negocios que recaigan sobre las cosas mercantiles". (5)

-
- (3) PUENTE MUÑOZ, Teresa. El Contrato de Concesión Mercantil. Tercera edición. Reus-Madrid. 1977. p. 31
- (4) KOTLER, Philip. Dirección de Mercadotecnia. Traducción de Ramón Palazón. Tercera edición. Diana. México. 1971 p. 149
- (5) BARRERA GRAF, Jorge. Derecho Mercantil. T. II. Segunda edición. UNAM. México. 1979. p. 232

Así mismo Betti define el Derecho Mercantil como "aquella parte del derecho privado que tiene principalmente por objeto regular las relaciones jurídicas que surgen del ejercicio del comercio". (6)

Y la doctrina germánica considera al derecho mercantil, subjetivamente, como el derecho de los comerciantes.

Ya hemos indicado cómo los ordenamientos que siguen el sistema del Código de Napoleón, entre ellos nuestro Código de Comercio, pretenden encuadrar al derecho mercantil dentro del marco del acto de comercio.

Heck, pretende que el derecho mercantil es el derecho de los negocios jurídicos del tráfico en masa.

Otros autores, como Wieland, Mossa, Uria y Sánchez Calero, pretenden que el Derecho Mercantil es el derecho regulador de las empresas, o bien, el derecho de la economía.

Entre nosotros, Rodríguez y Rodríguez ofrece la variante que concibe al derecho mercantil "como el derecho de los actos en masa realizados por empresas" (7), y

-
- (6) BETTI, Emilio. Teoría General de las obligaciones. Revista del Derecho Privado. Minerva. Madrid. 1971. p. 43
- (7) RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Novena edición. Porrúa, S.A. México. 1971. p. 253

Mantilla Molina lo concibe como "el derecho regulador de los actos de comercio y de la profesión de quienes se dedican a celebrarlos". (8)

Creemos que lo relacionado es suficiente para demostrar la disparidad existente en el campo doctrinal respecto del concepto básico del derecho mercantil. Ya que el carácter elemental de esta tesis nos impide examinar las numerosas aportaciones doctrinales que han tratado de determinar la esencia o concepto del Derecho Mercantil así nos vemos en la necesidad de plantear nuestro concepto. Es la rama del Derecho objetivo privado que tiene por objeto estudiar las relaciones de los particulares, cuando son comerciantes o hacen acto de comercio.

2.- FUENTES DE DERECHO MERCANTIL

La Teoría general del Derecho nos ha enseñado que existen tres clases de fuentes: Formales, Materiales e Históricas o Cognoscitivas. Asimismo algunos autores mencionan los usos como fuente del Derecho; para el tema de nuestra tesis los llamaremos usos mercantiles. Así suelen señalarse como fuentes formales del Derecho, la legislación, la costumbre y la jurisprudencia, conceptos que habremos de

(8) MANTILLA MOLINA, Roberto. Derecho Mercantil. Décima primera edición. Porrúa, S. A. México. 1973. p. 314

analizar enseguida, ya que en un sentido amplio y figurado, se llama fuente al punto de partida, el lugar en el cual se origina o surge una cosa. Así también, en derecho, fuente significa, en términos generales, el origen del derecho.

En sentido técnico se llama fuente de derecho, las formas en que la colectividad estatuye su propio derecho, o sea, las formas en que aparece o exterioriza el derecho positivo. O en otras palabras, son fuentes de derecho los modos y las formas por medio de las cuales se establecen las normas jurídicas, vigentes en un tiempo y en un país dados.

Se habla de fuentes del derecho, con estos dos significados: fuentes de conocimiento y fuentes de producción; entendiéndose por las primeras el conjunto de medios materiales y de los documentos que dan el contenido de las normas jurídicas, leyes, reglamento, etc. y por las segundas, aquellas que forman el derecho. A su vez, las fuentes de producción son materiales y formales. Fuentes materiales son todos los factores que determinan o contribuyen a la formación de la norma jurídica, como por ejemplo, la opinión pública, las necesidades económicas, la tradición, etc; fuentes formales, en cambio, son los medios de manifestarse la norma jurídica.

a) LA LEY

La ley es la fuente formal por excelencia. La fuente principal del derecho mercantil en México, será, pues, el

código de comercio; del 15 de septiembre de 1889, en vigor desde el día 1o. de enero de 1890. De él se ha dicho que es un Código muerto, "convertido en algo así como un esqueleto del que penden sólo unos jirones, pues le han arrancado las materias más importantes". (9). Y así es, en efecto. Todo lo relativo a sociedades mercantiles, títulos y operaciones de crédito, seguro, comercio marítimo, quiebras y suspensión de pagos, se encuentra regulado actualmente por diversas leyes especiales, que han derogado en lo conducente las disposiciones del Código de comercio, y que constituyen también fuente del Derecho Mercantil mexicano. Entre ellas:

Reglamento del Registro de Comercio, de 20 de diciembre de 1885; Reglamento de corredores para la plaza de México, de 12 de noviembre de 1891.

Ley General de Sociedades Mercantiles, de 28 de julio de 1934; Ley de Sociedades de Responsabilidades Limitada de Interés Público, de 28 de agosto de 1934; Ley General de Sociedades Cooperativas, de 11 de enero de 1938, y su Reglamento, de 16 de julio de 1938; Reglamento del Registro Cooperativo Nacional, de 2 de agosto de 1938.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de 26 de agosto de 1932; Ley Monetaria de los Estados Unidos

(9) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. op. cit. p. 305

Mexicanos, de 25 de julio de 1931; Ley de Crédito Agrícola, de 30 de diciembre de 1955; Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de Crédito, de 3 de mayo de 1941; Reglamento de la parte final de artículo 49 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, de 25 de junio de 1951; Reglamento del servicio de compensación por zona y nacional del Banco de México, S. A. de 11 de diciembre de 1958; Instructivo a las instituciones de crédito para hacer uso del servicio de compensación local del Banco de México, S. A. de 4 de abril de 1962; Reglamento de las Bolsas de Valores, de 15 de febrero de 1933; Reglamento de Trabajo de los empleados de las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares, de 22 de diciembre de 1953; Reglamento de agentes de instituciones de capitalización y de ahorro, de 10 de julio de 1956; Reglamento de inspección, vigilancia y contabilidad de las instituciones de crédito, de 28 de enero de 1935; Reglamento Interior de la Comisión Nacional Bancaria, de 31 de diciembre de 1936; Reglamento sobre las instituciones nacionales y organizaciones nacionales de crédito, de 23 de junio de 1959; Ley Orgánica del Banco de México, S. A. de 26 de abril de 1941; Ley Orgánica de la Nacional Financiera, S. A. de 30 de diciembre de 1947; Ley Orgánica del Banco Nacional Hipotecario, Urbano y de Obras Públicas, S. A. de 8 de febrero de 1949; Ley que crea el Banco Nacional de Fomento Cooperativo, S. A. de 30 de abril de 1941; Ley del Banco del Pequeño Comercio del Distrito

Federal, S. A., de 29 de diciembre de 1948; Ley que crea el Nacional Monte de Piedad, Institución de Depósito y Ahorro, S. A., de 30 de diciembre de 1949; Ley del Ahorro Nacional, de 29 de diciembre de 1950; Ley de Sociedades de Inversión, de 30 de diciembre de 1955.

Ley sobre el contrato de seguro, de 26 de agosto de 1935; Ley General de Instituciones de Seguros, de 26 de agosto de 1935; Reglamento del Seguro de grupo, de 4 de julio de 1962; Ley del Seguro Integral Agrícola, de 29 de diciembre de 1961; y su Reglamento de 23 de agosto de 1963; Reglamento de agentes de las instituciones de seguros, de 21 de septiembre, de 1955; Reglamento de la Comisión Nacional de Seguros, de 14 de febrero de 1956.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas, de 26 de diciembre de 1950; Reglamento del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para el cobro de fianzas otorgadas a favor de la Federación, de 11 de agosto de 1954.

Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, de 31 de diciembre de 1942.

Ley de Navegación y Comercio Marítimos, de 10 de enero de 1963.

Ley de la Propiedad Industrial, de 31 de diciembre de 1942, y su Reglamento, de la misma fecha.

Estamos convencidos que la ley emana del Estado, a través de los órganos a quienes se ha confiado esa función. Como norma de derecho escrita es obra de los órganos legislativos y se habla así de la ley en sentido formal. En la función legislativa, el Estado establece reglas generales abstractas creando así la legislación, pues tiene la facultad de dictar las leyes mercantiles.

La ley comercial es, por lo tanto, la regla emanada de los órganos del Estado en quienes reside la función legislativa, destinada a regular la materia mercantil.

Las leyes que regulan exclusivamente la materia mercantil, fueron dictadas para ello por el legislador, son normas que rigen únicamente en asuntos comerciales y que ni aún por analogía pueden ampliar su aplicación a relaciones civiles. A esta clase de leyes pertenecen todas aquellas disposiciones que regulan relaciones que no pueden ser más que mercantiles, como, por ejemplo, las relativas a los títulos de crédito, las sociedades mercantiles, a los seguros, etc.

b) LA COSTUMBRE.

La costumbre es el modo originario de manifestación de la voluntad social.

Por lo que se refiere al Derecho Mercantil, cabe decir del mismo que es un derecho de formación eminentemente

consuetudinario, ya que una gran parte de sus normas encuentran su origen en los usos comerciales.

Hasta la época de las grandes codificaciones, la costumbre tuvo un papel preponderante en la reglamentación de las relaciones humanas y esto es especialmente cierto por cuanto se refiere al comercio, preponderancia perdida posteriormente por la supremacía de la ley escrita establecida por el Estado.

"La costumbre es la norma creada e impuesta por el uso social. En cuanto fuente del Derecho comprende normas jurídicas que no han sido promulgadas por los legisladores ni expuestas por los jueces de formación jurídica, sino que han surgido de la opinión popular y están sancionadas por un largo uso". (10) Con relación al Derecho Mercantil en México, la costumbre no se considera fuente de derecho. Las sentencias deben fundarse en la ley, así lo establece el artículo 14 constitucional, que manda que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Sería

(10) MANTILLA MOLINA, Roberto. El proyecto de Código de Comercio para la República Mexicana. Revista de la Facultad de Derecho. UNAM. México. 1952. p. 139

anticonstitucional una sentencia que invocara como fundamento una costumbre.

c) LA JURISPRUDENCIA.

No planteamos en este punto a la jurisprudencia como ciencia del derecho, sino como el resultado de la interpretación de la ley al dictar los jueces sus resoluciones. En este sentido, la jurisprudencia no es fuente formal de derecho, puesto que para dictarla el juez interpreta y aplica el derecho vigente. Las decisiones de los jueces presuponen la norma ya constituida. Pero la jurisprudencia no es la simple aplicación del derecho en forma aislada, sino que implica una reiteración, un criterio uniforme en la interpretación de la ley para aplicarla.

En la actualidad la jurisprudencia se define "como un criterio de interpretación judicial de las normas jurídicas de un Estado, que prevalece en las resoluciones de un Tribunal Supremo o de varios Tribunales Superiores, y se inspira en el propósito de obtener una interpretación uniforme del Derecho en los casos que la realidad presenta a los jueces". (11)

(11) DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Segunda edición. T. II. Porrúa, S. A. México. 1966. p. 146

Ahora bien, pudiere discutirse la calificación como fuente del Derecho que pretende otorgarse a la jurisprudencia, en virtud de que la norma jurídica contenida en una resolución judicial solamente es aplicable al caso concreto, especial, planteado en una controversia.

Sin embargo, en México, la fracción XIII del artículo 107 de la Constitución Política establece la obligatoriedad de la jurisprudencia. Esto es, la aplicación de la interpretación judicial más allá del caso concreto a que se refirió.

En efecto, la disposición invocada dispone que la ley determinará los términos y casos en que sea obligatoria la jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación.

El artículo 192 de la Ley de Amparo dispone que la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no

interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros, si se trata de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las Salas.

También constituyen jurisprudencia las resoluciones que dilucidan las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiado.

Artículo 193.- La jurisprudencia que establezca cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los tribunales unitarios, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los Estados y del Distrito Federal, y los tribunales administrativos y el trabajo, locales o federales.

Las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno, constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobados por lo menos por catorce ministros (art. 192 Ley de Amparo). Las ejecutorias de las Salas de la Suprema Corte de Justicia constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por cuatro ministros (art. 192 bis. Ley de Amparo).

La jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno y por las Salas de la misma, podrá interrumpirse (dejando de tener carácter obligatorio) o modificarse, en los términos del artículo 194 de la Ley de amparo. Concluimos que esta fuente de derecho es de carácter material, en cuanto que es base para que el legislador recoja las soluciones consagradas por ésta de manera que pueda formar las leyes mercantiles.

d) LOS USOS MERCANTILES.

"A los usos se les considera de modo general, como fuente supletoria del Derecho Mercantil, puesto que sirven como fuente subsidiaria de las leyes mercantiles, toda vez que suplen el silencio de la ley y de los contratos". (12)

Los usos mercantiles se forman por la práctica que de ellos hacen los comerciantes y pueden ser considerados como verdaderas normas de derecho, que, en algunos casos que son conocidos y en otros aún cuando no lo sean los impone la ley, deben ser acatados por los comerciantes. La práctica uniforme y de duración continuada hacen que se observen como reglas de derecho vigente que no pueden ser violadas, aunque si bien no pueden derogar a las propias leyes mercantiles y ser contrarios a los principios de orden público.

(12) URÍA, Rodrigo. Derecho Mercantil. Décimanovena edición. Montecurvo. Madrid. 1977. p. 210

Las relaciones derivadas de la intensa vida industrial y del comercio se fueron rigiendo por normas que surgían espontáneamente, eran reglas de actuar, derivadas de la práctica, para resolver y conciliar intereses antagónicos. Al principio se consignaban estas reglas en las cláusulas de los contratos, con posterioridad se sobreentendían y por su generalizada utilización, se observaron como si fuesen queridas por las partes aún sin conocerlas, de manera que esa reglas que no eran otra cosa que los usos, se convirtieron en ley de los comerciantes en ejercicio de su profesión. El derecho recoge los usos y los convierte en obligatorios para aplicarlos ante el silencio del contrato.

Los usos son convencionales y normativos. Los primeros sirven para conocer la voluntad de las partes, se trata de prácticas profesionales que se aceptan tácitamente para la formación de los actos jurídicos y que se sobreentienden aplicables para interpretar o completar la voluntad de las partes, pero los usos deben ser requeridos por ellas para que tengan aplicación, pues de otra manera no tienen eficacia cuando se demuestra que las partes los desconocían o no quisieron aplicarlos.

Los usos normativos surgen de la práctica que de ellos se hace en las transacciones mercantiles y se aplican porque se forma la conciencia respecto de ellos de que se trata de la observancia de una regla de derecho y que llega a imponerse independientemente de la voluntad de las partes,

el uso normativo implica una regla de derecho objetivo y por lo tanto, no está sujeta a la voluntad de las partes. La remisión al uso se hace en vista de la función normativa que tiene, función de integración no de voluntad de las partes o de las normas contractuales, sino de la norma jurídica, de la ley escrita.

Como los usos convencionales son reglas de conducta contractual que se presumen queridas por los contratantes, será siempre posible demostrar que éstos no conocían el uso o no han querido aplicarlo.

Por el contrario, el uso normativo se impone a las partes en el contrato como norma de derecho objetivo. Su validez no depende del querer ellas. En tal concepto no necesita ser probado ante el juez, ya que la ley remite a él y el juzgador tiene obligación de conocer el derecho objetivo. Al uso normativo le es aplicable lo establecido en el artículo 1197 del Código de Comercio; sólo los hechos están sujetos a prueba, el derecho lo estará cuando se funde en leyes extranjeras. "Los usos, reglas que no están escritas, se distinguen de acuerdo a su aplicación territorial y de acuerdo a la materia sobre la cual tienen autoridad. En virtud del lugar en que se aplican los usos son de carácter internacional, nacional o local. Con relación a la materia son generales y especiales.

Los usos internacionales tienen aplicación en el territorio de varios estados, en tanto que los nacionales se

observan solamente en el territorio de un solo país, en contraposición de los usos locales que rigen normalmente en una plaza determinada.

La aplicación de los usos generales es en todo el comercio, mientras que los especiales rigen en una determinada actividad mercantil.

El orden jerárquico de aplicación de los usos es: primero los usos especiales frente a los generales y los usos locales se imponen a los nacionales, éstos dos últimos, consideramos que tienen prioridad ante los usos internacionales". (13)

La diferencia entre costumbre y usos normativos ha sido discutida, no así respecto de los usos interpretativos o convencionales, en que no hay duda que sí existe, en tanto que únicamente tienen la función de integrar y aclarar la voluntad de las partes en el contrato, mientras que la costumbre tiene fuerza por sí misma, fuerza imperativa, es decir, tiene fuerza propia para crear la norma jurídica y denota una fuente autónoma de derecho. De la discrepancia de criterios, respecto de la costumbre y de los usos normativos, en cuanto que puedan o no ser lo mismo, nos inclinamos hacia su distinción.

La costumbre, como indicamos, es diversa del uso en

(13) URTA, Rodrigo. op. cit. p. 233

tanto que es fuente autónoma del derecho, el uso se aplica cuando una ley remite a su observancia. En sí mismo no contiene una norma, su eficacia deriva de la propia ley.

3.- APLICACION SUPLETORIA DEL DERECHO CIVIL Y DEL DERECHO PROCESAL CIVIL EN MATERIA MERCANTIL.

La palabra supletorio deriva del vocablo latino *suppletorium* y significa "lo que suple una falta, a su vez suplir tiene su origen en la palabra latina *supplere* y alude a cumplir o integrar lo que falta en una cosa, o remediar la carencia de ella". (14)

La materia mercantil está regulada por el Código de Comercio y por las leyes especialmente mercantiles. Si una situación concreta no esta prevista por el Código de Comercio ni por las leyes especialmente mercantiles, hay una carencia que se suple conforme a las reglas contenidas en los artículos 2º y 1051 del Código de Comercio. Transcribimos estos preceptos:

Artículo 1051.- El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un

(14) DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. Primera edición. Bruguera. Madrid. 1977. p. 1230

procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral.

La ilegalidad del pacto o su inobservancia cuando esté ajustado a ley, pueden ser reclamadas en forma incidental y sin suspensión del procedimiento, en cualquier tiempo anterior a que se dicte el laudo o sentencia.

El procedimiento convencional ante tribunales se regirá por lo dispuesto en los artículos 1052 y 1053, y el procedimiento arbitral por las disposiciones del título cuarto de este libro.

Ahora bien, como en México la facultad de legislar en materia civil corresponde a las legislaturas de los diversos Estados de la Federación, se plantea el problema de determinar a qué Derecho civil o común se refiere al artículo 29 del Código de Comercio, esto es, qué Derecho civil es el aplicable supletoriamente.

De acuerdo con una primera interpretación, se considera aplicable en esta materia el Código civil para el Distrito y Territorio Federales, por regir ese ordenamiento en toda la República en asuntos del orden federal y ser la materia mercantil de carácter federal precisamente.

Sin embargo, ahora estamos plenamente convencidos de que la citada interpretación es incorrecta. En efecto, consideramos que el Derecho civil o común que debe aplicarse

supletoriamente en materia mercantil, a falta de disposición expresa del Código de Comercio, es precisamente el contenido en cada uno de los Códigos civiles locales. El Código civil para el Distrito y Territorios Federales efectivamente es aplicable en toda la República en asuntos de orden federal, pero la materia civil no es federal sino local, y por tanto, en este aspecto no es aplicable con aquella generalidad, ya que no puede hablarse en modo alguno de un Derecho civil federal.

Sin embargo, dos leyes mercantiles, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley de Migración y Comercio Marítimo, han seguido en este punto un criterio distinto al sustentado con base en una interpretación exacta del artículo 22 del Código de Comercio.

En efecto, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en la fracción IV de su artículo 22, establece que los actos y operaciones que regula se regirán, a falta de disposiciones legales o consuetudinarios aplicables, por el Derecho común, "declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código civil del Distrito Federal".

Por su parte, el artículo 62 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, establece que "supletoriamente a las disposiciones de esta ley, serán aplicables los usos

marítimos, el Código de comercio, la Ley sobre el Contrato de Seguro, la Ley General de Instituciones de Seguros, el Código civil para el Distrito y Territorios Federales...”

De acuerdo con las dos citadas disposiciones, cuya validez constitucional es discutible, por Derecho común debe entenderse el contenido en el Código civil para el Distrito y Territorios Federales.

El Derecho común, en todo caso, no debe ser considerado como fuente del Derecho mercantil; solamente es un Derecho de aplicación supletoria.

En general, el Derecho común sólo debe aplicarse a falta de disposición expresa de la legislación mercantil. En materia de títulos y operaciones de crédito y de comercio marítimo, la aplicación supletoria del Derecho común requiere, además, la ausencia de usos (bancarios, mercantiles o marítimos).

En materia de procedimiento mercantil, a falta de convenio expreso de las partes (procedimiento convencional) o de disposición expresa del Código de Comercio, se aplicará supletoriamente la ley de procedimientos local respectiva, según lo dispone el artículo 1054 del Código comercial.

Criterio distinto se sustenta en el artículo 69 transitorio de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, que

dispone que las referencias hechas en la misma al Código de Procedimientos civiles se entiendan hechas respecto del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales. Esta supletoriedad es excepcional y sólo se refiere a los preceptos expresamente reglamentados por esta ley. También es temporal, en tanto que se promulgue el Código de Procedimientos Mercantiles.

4.- SUJETOS DEL DERECHO MERCANTIL.

La ley a través del artículo 40 del Código de Comercio nos señala claramente quienes son sujetos del Derecho Mercantil estableciendo:

Art. 40.- Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan, sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles. Por tanto, los labradores y fabricantes, y en general todos los que tienen planteados almacén o tienda en alguna población para el expendio de los frutos de su finca, o de los productos ya elaborados de su industria o trabajo, sin hacerles alteración al expendierlos, serán considerados comerciantes en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas.

a) EL COMERCIANTE.

En el lenguaje común y corriente se conoce como comerciante a la persona que negocia comprando y vendiendo o

permutando géneros o mercancías. Es decir, a aquellas personas que realizan operaciones de compraventa o de permuta, con propósito de lucro. Tal es el concepto originario de comerciante (mercader, traficante).

El concepto jurídico de comerciante (como también lo es actualmente el concepto técnico, económico) es más amplio que la noción vulgar. En efecto, son calificados como comerciantes, desde el punto de vista jurídico, además de las personas que se dedican habitualmente a realizar operaciones de compraventa o de permuta, aquellas otras que tienen actividades completamente distintas, de carácter industrial y agrícola inclusive. Así, por ejemplo, el artículo 75 del Código de Comercio reputa actos de comercio: las empresas de construcción, las de fábricas y manufacturas, las de transporte, las editoriales, las de turismos, las de espectáculos públicos, etc., y los titulares de todas esas empresas, que realizan actividades que desde el punto de vista común y corriente no son comerciales, son, sin embargo, consideradas como comerciantes.

Indudablemente que el comerciante es la figura principal del Derecho Mercantil. Mediante el concepto de comerciante se determina la naturaleza mercantil de numerosos actos. Esto es, muchos de los actos que el Código de Comercio considera comerciales.

No debe olvidarse tampoco que el Derecho Mercantil nació como un Derecho profesional. Esto es, en su origen fue un Derecho de los comerciantes y para los comerciantes, criterio que ha vuelto a tener vigencia en la doctrina y en algunas legislaciones, aunque a través de la figura de la empresa.

b) CLASIFICACION DEL ARTICULO TERCERO DEL CODIGO DE COMERCIO.

Establece el artículo tercero del Código de Comercio que:

Art. 32.- Se reputan en derecho comerciantes:

I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;

II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;

III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

Como podemos apreciar, el Código de Comercio utiliza criterios distintos para determinar la calidad de comerciante. En efecto, cuando se trata de personas físicas

(comerciante individual) requiere que ejerzan el comercio en forma habitual para atribuirles el carácter de comerciantes. Tratándose de sociedades extranjeras exige la realización de actos de comercio, dentro del territorio nacional. En cambio, a las sociedades mercantiles mexicanas las califica como comerciantes en todo caso, aunque no ejerzan el comercio habitualmente ni realicen actos de comercio.

Según hemos visto, para que la persona física adquiera la calidad de comerciante, requiere el Código que tal persona haga del comercio su ocupación ordinaria. Quiere esto decir que el comerciante debe estar dedicado, profesionalmente, al ejercicio del comercio.

"Dedicarse profesionalmente a ejercer el comercio no quiere decir dedicarse exclusivamente a tal menester. Una persona, por ejemplo, puede dedicarse al ejercicio de la medicina o de la abogacía, y ser, a la vez, propietario de una tienda de abarrotes". (15)

Tampoco se determina la profesionalidad por el ejercicio continuado de actos de comercio. Una persona puede firmar cheques o letras de cambio diariamente (la

(15) CERVANTES AHUMADA, Raúl. El concepto del Derecho. Revista Brasileña de Filosofía. Sao Paulo, Brasil. 1977. p. 77

firma de un título de crédito es acto de comercio) y no por ello adquiriría la calidad de comerciante.

En realidad, para adquirir tal calidad, lo que se requiere es ser titular de una empresa mercantil. El comercio sólo puede ejercerse, en la actualidad, a través de una empresa que produzca o adquiera bienes u organice prestaciones de servicios destinando tales bienes y servicios al mercado general. Sólo es comerciante el titular de la empresa mercantil, si tiene capacidad para el ejercicio del comercio. En tal sentido creemos que debe ser interpretado el artículo 39, que venimos comentando.

De lo anterior se deduce que el ejercicio del comercio debe ser en nombre y por cuenta propios. Un administrador de una tienda o de una fábrica, por ejemplo, dedicará su vida al comercio y no tendrá la calidad de comerciante. Será, simplemente, un auxiliar.

5.- ESPECIALIDAD DE LA NORMA MERCANTIL.

El conjunto de normas constituye el derecho positivo vigente en determinado tiempo y en cierto ámbito espacial. Pero las normas no constituyen todo el mundo del derecho, del cual forman parte otras construcciones jurídicas. Las sociedades y los títulos de crédito, por ejemplo, se construyen de acuerdo con normas: pero,

ontológicamente ellos no son normas y tienen existencia ideal autónoma, como sujeto o como cosas jurídicas.

La única fuente del derecho es, según antes hemos indicado, el poder público efectivo del cual emanan las construcciones jurídicas. Y ese poder fuente, según también indicamos ya, puede radicar en el Estado como cuando se elabora una ley; en una comunidad de personas, como cuando se elabora una costumbre, o en una o más personas, como cuando se organiza una sociedad mercantil o se crea un título de crédito.

Con la anterior aclaración, podemos afirmar que las normas que integran el derecho mercantil positivo vigente son:

Las leyes mercantiles, que en nuestro sistema jurídico son federales, y que las principales son:

- I. El Código de Comercio;
- II. La Ley General de Sociedades Mercantiles;
- III. La Ley General de Sociedades Cooperativas;
- IV. La Ley de Sociedades Mercantiles de Interés Público;
- V. La Ley Sobre el Contrato de Seguro;
- VI. La Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos;
- VII. La Ley de Navegación y Comercio Marítimo;

- VIII. Ley Reglamentaria del Servicio de Banca;
- IX. Los Tratados y Convenciones celebrados por México en Materia Comercial;
- X. Las diversas leyes comerciales administrativas, entre las que indicaremos como principales la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, la Ley de Instituciones de Seguros, la de Instituciones de Fianzas; la Ley de Petróleo, la Minera, la de Facultades del Ejecutivo en Materia Económica, la Ley para promover las inversión mexicana y regular la inversión extranjera, Ley sobre el registro transferencia de tecnología y el uso y explotación de patentes y marcas, Ley Federal de Protección al Consumidor, etc.

Es importante hacer notar que la doctrina de los mercantilistas no constituye, en sentido estricto, norma del derecho comercial, sino un eficaz auxiliar para la interpretación de las normas escritas o consuetudinarias.

Sin embargo consideramos necesario hacer un reconocimiento a grandes mercantilistas mexicanos entre los que cabe citar a Jacinto Pallares, S. Moreno Cora, Eduardo Pallares, Joaquín Rodríguez Rodríguez, Roberto L. Mantilla Molina, Jorge Barrera Graff, Arturo Puente y F.

Octavio Calvo, Rafael de Pina Vara y otros, que han formado ya un cuerpo de doctrina mercantilista mexicana, que se contempla con la gran cantidad de tesis profesionales elaboradas bajo la dirección del Seminario de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, y con las tesis elaboradas en las distintas Facultades de Derecho de la República, y Escuelas Superiores que imparten la licenciatura de Derecho.

B.- OBLIGACIONES Y CONTRATOS MERCANTILES

Al hablar de la unificación del derecho civil y el mercantil en materia de obligaciones y contratos, no existe diferencia alguna fundamental en la estructura orgánica de unos y otros contratos, lo que explica la tendencia a la unificación de las normas sobre esta materia y el logro de tal unificación en las legislaciones suiza e italiana. Aún en nuestro sistema, que mantiene la dualidad de legislaciones, la legislación civil sobre contratos debe considerarse como telón de fondo, del cual resaltarán algunas características o circunstancias accidentales, cuando el contrato adquiera la calidad mercantil. Pero no existen diferencias esenciales. Por tanto, esta parte debe considerarse como complemento de la parte correspondiente del Derecho Civil, por lo que nos referiremos sólo a aquellos aspectos de los contratos que el Derecho Civil no considere, o que la Ley Mercantil trate de manera diversa que la Ley Civil.

1.- CONCEPTO DE OBLIGACION.

"Las obligaciones mercantiles de carácter contractual entre la clase consumidora y la proveedora son objeto de normas de interés público, de orden público y de carácter irrenunciable". (16)

Esto que acabamos de señalar y que hipotéticamente es muy sencillo no lo es tanto en la práctica por la importancia de distinguir, entre las obligaciones y los contratos civiles y las obligaciones y los contratos mercantiles que se complica en nuestro régimen jurídico en razón de que de acuerdo con el pacto federal establecido por nuestra Constitución, se asigna a la Federación la competencia para legislar en materia de comercio (art. 73-X), mientras que la legislación civil se conserva como materia propia de los Estados. La legislación mercantil es única y aplicable a todo el territorio nacional, la civil es múltiple y la dictan las entidades federativas para su territorio local. Por tanto, la necesidad de establecer una distinción clara para los contratos que son mercantiles obedece, entre otras a dos razones básicas.

En primer lugar, a la aplicación de determinadas normas

(16) MANTILLA MOLINA, Roberto. op. cit. p. 343

sustantivas especiales para las obligaciones y contratos mercantiles, reglas especiales que derogan a las normas civiles de carácter general. El segundo motivo importante es la vía procesal para el caso de conflicto, que implica que las normas aplicables a cada procedimiento son también diferentes. Además, el juez competente es en un caso el juez federal (mercantil) y en el otro el juez local (civil). La Constitución autoriza a los jueces locales aplicar la materia federal sólo cuando afecten intereses de particulares.

2.- MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES.

A pesar de que el derecho común es supletorio de las inmensas lagunas de nuestro actual derecho mercantil, también los códigos civiles son insuficientes y arcaicos (la mayor parte de sus disposiciones sobre obligaciones provienen del venerable Código de Napoleón de 1804).

Aún así el vigente Código de Comercio, a diferencia de los Códigos Civiles del Distrito Federal y de los estados de la República, nos regula amplia y especialmente las modalidades de las obligaciones que surgen de actos, de hechos, de omisiones y de negocios comerciales. Las disposiciones aplicables a ellas se contienen en 12 artículos, 77 a 88, que establecen:

Art. 77.- Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio.

Art. 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades a requisitos determinados.

Art. 79.- Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:

I. Los contratos que con arreglo a este código u otras leyes deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia;

II. Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley mexicana.

En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio.

Art. 80.- Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se

conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.

La correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado.

Art. 81.- Con las modificaciones y restricciones de este código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos.

Art. 82.- Los contratos en que intervengan corredores quedarán perfeccionados cuando los contratantes firmaren la correspondiente minuta de la manera prescrita en el título respectivo.

Art. 83.- Las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de este código serán exigibles a los diez días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato si llevaran aparejada ejecución.

Art. 84.- En los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o cortesía, y en todos los

cómputos de días, meses y años, se entenderán: el día, de veinticuatro horas; los meses, según están designados en el calendario gregoriano, y el año, de trescientos sesenta y cinco días.

Art. 85.- Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán:

I. En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento;

II. Y en los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor le reclamare al deudor, judicial o extrajudicialmente ante escribano o testigos.

Art. 86.- Las obligaciones mercantiles habrán de cumplimentarse en el lugar determinado en el contrato, o, en caso contrario, en aquel que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquellas o arbitrio judicial.

Art. 87.- Si en el contrato no se determinaren con toda precisión la especie y calidad de las mercancías que han de entregarse, no podrá exigirse al deudor otra cosa que la entrega de mercancías de especie y calidad medias.

Art. 88.- En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la

parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita, pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra.

Otras surgen de la regulación de ciertos contratos (por ejemplo al tratar del préstamo, se indica que el interés legal en caso de mora es del 6%; o en relación a la compraventa, que el riesgo de pérdidas o daños se transfiere al comprador a partir del momento de la entrega), o de ciertas materias, como la presunción de la solidaridad pasiva respecto a títulos y operaciones de crédito; o que las aportaciones de bienes a sociedades se presumen traslativas de dominio. Empero, son insuficientes, y en ocasiones, por obsoletas y contrarias a los usos y prácticas del comercio, resultan absurdas; por ejemplo lo que establece el artículo 385 del mismo ordenamiento: "las ventas mercantiles no se rescinden por causa de lesión".

3.- CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.

Respecto al cumplimiento de las obligaciones mercantiles, el Código de Comercio, nos proporciona algunas reglas que difieren, en cierto sentido, de las del derecho civil. En relación con el plazo, si las obligaciones mercantiles no tuvieran término prefijado por las partes o por el mismo Código de Comercio serán exigibles 10 días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria,

y al día inmediato si llevaran aparejada ejecución (art. 83). Copiado también en su totalidad de la ley mercantil española (art. 62), este precepto especial deroga las normas del Código de Comercio sobre las obligaciones sin plazo. El artículo 2080 del Código Civil vigente dispone que las obligaciones de dar deben cumplirse treinta días después de la interpelación, y las obligaciones de hacer, cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo suficiente para su cumplimiento. El criterio de distinción es arbitrario y, además, su aplicación exige que se analicen las normas procesales procedentes para calificar a la obligación mercantil con base en la acción procesal que debe intentarse. Dicha disposición no es muy práctica porque de un mismo acto jurídico -un contrato, por ejemplo- se pueden derivar otras obligaciones con acciones ordinarias y ejecutivas. Además de esta regla comercial, existe otra para el contrato de compraventa mercantil que hace posible exigir la obligación de entrega, por parte del vendedor, en 24 horas (art. 379), y la de pagar el precio de contado (art. 380). Para el préstamo sin plazo, el artículo 380 del Código de Comercio establece la misma normativa que el artículo 2080 del Código Civil.

En cuanto al lugar de pago, el Código de Comercio (art. 86) ordena que sea determinado en el contrato, y a falta de ello, en aquel que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado al efecto

por consentimiento de aquellas o arbitrio judicial. Este principio difiere de lo establecido por el derecho común que, recogido en el artículo 2082 de nuestro Código de Civil, dice: "por regla general el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes convinieren otra cosa". Consideramos que este principio general puede ser aplicable, en determinados casos, a las obligaciones mercantiles, pues el derecho civil resulta supletorio y la norma comercial no es clara. También sirve de base a esta afirmación el complemento procesal de que es juez competente el del domicilio del deudor (art. 1105 del Código de Comercio).

De acuerdo con el artículo 85, los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles principian al día siguiente de su vencimiento. Si la obligación no tuviera vencimiento, éste se produce cuando el acreedor lo reclama por interpelación. Esta disposición fue tomada del artículo 63 del Código de Comercio español. En relación con el derecho común, la regla mercantil coincide con el artículo 2104 de nuestro Código, aunque este último es más explícito y casuista acerca de la regulación general sobre el cumplimiento de las obligaciones. El sólo vencimiento del plazo sin que la obligación se cumpla, trae *ipso jure* aparejada la mora, sin que sea menester que el acreedor haga nada que gestione en modo alguno el pago de su crédito. El vencimiento del plazo lo hace todo.

4.- LOS CONTRATOS MERCANTILES.

Establecer la definición de los contratos mercantiles alejados de la de los Contratos Civiles, sería ponerse al filo del precipicio ya que en su esencia no difiere de los que consideramos civiles privados o comunes, y así, si sabemos que contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear derechos y obligaciones, es definición aplicable igualmente a los contratos que por su forma o características accesorias llamamos "mercantiles".

Para señalar las diferencias, tendremos que acudir a criterios mil veces esgrimidos por autores de todos los países tales como: que son mercantiles los contratos regulados por los Códigos de Comercio y no por los Códigos Civiles; que son mercantiles los contratos en los que una o más partes tienen legalmente el carácter de comerciantes; que son mercantiles los contratos que dan lugar a procedimientos judiciales supuestamente más ágiles que los contratos civiles; que son mercantiles los contratos en que su objeto acusa más claramente su finalidad económica, etc.

Los abogados que especialmente conocen, estudian y manejan el Derecho Mercantil, empeñados en considerarlo rama independiente y de características especialísimas, no pueden cejar en su empeño de luchar porque se le reconozca aquella calidad, y porque las operaciones que de esa rama surjan,

contratos por ejemplo, vuelvan a ser consideradas como especiales e independientes del Derecho Civil, aun en lo que se refiere al procedimiento judicial que para su interpretación y solución en su caso, puedan presentar.

Ahora bien, la doctrina ha considerado diversos criterios para determinar en qué casos estamos frente a un contrato mercantil:

a) Una primera opinión señala que debe atenderse a la nota característica del fin, que debe ser lucro o de provecho.

b) Otro criterio afirma que los contratos mercantiles son aquellos que surgen de las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa o que están vinculados a la actividad empresarial "El concepto de empresa debe entenderse en los mismos términos que el de negociación mercantil" (17) que en nuestra doctrina, utiliza Mantilla.

c) En su tesis, Rodríguez afirma que el derecho mercantil "es el derecho de los actos en masa realizados por empresas. Y agrega al criterio anterior, que los actos celebrados por empresas poseen también la característica de ser realizados en masa". (18)

(17) MANTILLA MOLINA, Roberto. op. cit. p. 386

(18) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. op. cit. p.312

d) Un criterio final de orden práctico nos dice que los contratos mercantiles "son aquellos que constituyen alguno de los actos de comercio enunciados por el artículo 75 del Código de Comercio, o cuando recaen sobre cosas mercantiles".

Asimismo las escasas normas mercantiles sobre contratos son reglas especiales que alteran y derogan algunos principios del derecho civil. Estos preceptos son muy pocos y sólo contienen variantes del derecho común. Están inspirados en el tráfico comercial, como tráfico profesional realizado en masa y se caracterizan por la falta de formalidad y el rigor en la ejecución de los contratos mercantiles. Esta materia de los contratos comerciales no recoge principios modernos sobre ellos.

Los conceptos y principios generales de la materia de obligaciones y contratos son los mismos del derecho civil, pero la regulación mercantil en esta materia es muy fragmentaria. Además, acepta que el derecho común, como fondo general del derecho privado, se aplique supletoriamente a las relaciones mercantiles. Las normas comerciales especiales están contenidas fundamentalmente en el Código de Comercio, aunque la Ley de Protección al Consumidor, de reciente aplicación (1975), agrega algunas disposiciones en el campo de las obligaciones y contratos de naturaleza mercantil.

a) ELEMENTOS ESENCIALES.

El artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

Para la existencia del Contrato se requiere:

- I. Consentimiento.
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Estos elementos esenciales en el Derecho común forman parte integral del Derecho Mercantil y este los señala en la Ley Federal de Protección al consumidor que es el único ordenamiento de carácter mercantil que prevé los elementos del contrato mercantil, aún cuando el mismo se refiere a las ventas domiciliarias, caso en el que debe tomarse por analogía los elementos mencionados en la ley para los contratos de carácter mercantil en general.

b) FORMA DE LOS CONTRATOS.

Señalamos a continuación, generalidades sobre la forma de los contratos mercantiles, que no es sino el modo de manifestarse el negocio en su forma exterior, pública.

En base a lo dicho, encontramos contratos formales y no formales; en nuestro Derecho se da la primera acepción a

aquellos contratos a los que expresamente la ley impone para su validez, determinada forma.

Pero cabe señalar que esa imposición pierde fuerza frente a los principios básicos de todo contrato mercantil: la buena fe y la rapidez; así, basta la palabra oral para crear la obligación mercantil. El problema surgirá a nivel procedimental: para demostrar en juicio la validez del contrato, la forma será insustituible.

Ahora bien, las formalidades se refieren a: plasmar por escrito la voluntad de cada uno de los contratantes y elevarlo a escritura notarial, no siendo supuesto indispensable del primer aspecto, el segundo.

Asimismo el Código de Comercio especifica que existe libertad de forma, sin que se requiera "la observancia de formalidades o requisitos determinados" (art. 78). Este texto y el principio de la libertad de forma fueron recogidos por el Código Civil en su artículo 1832, que habla de los actos jurídicos civiles y agrega la fórmula -innecesaria- de "fuera de los casos expresamente designados por la ley". Esta excepción la enuncia el artículo 79, que complementa a la anterior disposición. Una vez establecida la clasificación de contratos en consensuales y formales, podemos distinguir, en palabras de

Garrigues, entre "contratos con forma libre y contratos con forma impuesta" (19)

La excepción al principio de la libertad de forma la encontramos en muchos de nuestros contratos mercantiles. De los actos de comercio con forma impuesta que señala nuestra legislación comercial, mencionaremos, entre otros, los siguientes:

- I. la comisión mercantil debe constar o ratificarse por escrito (art. 274 del Código de Comercio);
- II. el contrato de transporte exige que el porteador extienda una carta de porte (art. 581 a 587 del Código de Comercio);
- III. el contrato de sociedad requiere de escritura pública (art. 52 de la LSM);
- IV. el contrato de asociación en participación debe constar por escrito (art. 254 de la LSM);
- V. las relaciones y actos jurídicos que tengan vinculación con títulos de crédito (emisión, endoso, aval, etc.) deben constar en el documento (art. 52 LTOC);
- VI. algunas operaciones de crédito que regula la LTOC (reporto, cartas de crédito, descuento de crédito

(19) GARRIGUES, Joaquín. op. cit. p. 284

- en libros, crédito confirmado, créditos de habilitación o avío y refaccionario, prenda irregular), deben constar por escrito;
- VII. la emisión de obligaciones requiere de acta notarial (art. 213 de la LTOC);
- VIII. el fideicomiso debe celebrarse por escrito (art. 352 LTOC);
- IX. el contrato de seguro, para fines de prueba, debe hacerse por escrito (art. 19 LCS);
- X. los contratos de derecho marítimo, arrendamiento de naves, transporte y seguro deben celebrarse por escrito (arts.153, 168 y 222 respectivamente, de la LNCM);
- XI. la compraventa de buques, además de constar por escrito ante corredor o notario, debe inscribirse (art. 111 de la LNCM);
- XII. otras operaciones mercantiles exigen la entrega del bien para su perfeccionamiento, como en el caso del depósito (art. 334 del Código de Comercio), el reporto (art. 334 de la LTOC). En estas situaciones estamos en presencia de los llamados contratos reales.

Debemos agregar que en materia mercantil resulta interesante analizar el requisito de forma impuesta para el caso de los contratos atípicos que, al no estar regulados por la ley, en principio no se sujetan a formalidad alguna y

por lo general son contratos de forma libre. Sin embargo, podemos enfrentarnos a contratos atípicos que, por su asimilación y similitud con contratos típicos, pueden requerir -indirectamente- de la exigencia de la forma. Por ejemplo, el contrato de agencia, como especie o por su parecido con la comisión.

CAPITULO II

A.- EL CHEQUE COMO TITULO DE CREDITO Y SU NATURALEZA JURIDICA

- 1.- ELEMENTOS
 - a) INCORPORACION
 - b) LITERALIDAD
 - c) AUTONOMIA
 - d) CIRCULACION
 - e) LEGITIMACION
- 2.- CLASIFICACION
 - a) SINGULARES O SERIALES
 - b) SEGUN EL DERECHO QUE INCORPORAN
 - c) SEGUN LA NATURALEZA DE SU CREADOR
 - d) SEGUN LA IDENTIDAD DE SU BENEFICIARIO
 - e) SEGUN EL INTERES COMERCIAL Y ECONOMICO DE SU EMISION
- 3.- OBLIGATORIEDAD
 - a) OBLIGACION DE PAGO
 - b) SOLIDARIDAD CAMBIARIA
- 4.- CONFORMACION HISTORICA
- 5.- RELACIONES JURIDICAS ENTRE TENEDOR Y LIBRADO
- 6.- CONCEPTO DE BUENA FE
- 7.- FORMAS DE PAGO
 - a) CAMARA DE COMPENSACION
 - b) PROTESTO
 - c) ACCION CAMBIARIA

B.- EL CONTRATO DE DEPOSITO EN CUENTA DE CHEQUES

- 1.- DEFINICION
- 2.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y CONDICION DE VALIDEZ
- 3.- NATURALEZA Y OBJETO
- 4.- CAPACIDAD
- 5.- OBLIGACIONES
- 6.- CLAUSURA DEL CONTRATO
- 7.- UTILIDAD ACTUAL
- 8.- UBICACION DE LA CUENTA DE CHEQUES EN LA TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES

A.- EL CHEQUE COMO TITULO DE CREDITO Y SU NATURALEZA JURIDICA

Siguiendo una coherencia en nuestra tesis, requisito último que para optar por la licenciatura en Derecho nos exige la UNAM, trabajo que realizamos con mucho gusto; nos corresponde hablar de la parte medular, la parte sustantiva de esta tesis que se llama "Análisis Jurídico del Sobregiro bancario en el Contrato de Cuenta de Cheques" esto es del cheque y a través del desarrollo de este capítulo cimentamos las bases de lo que será del desarrollo del tercer capítulo con el que pondremos fin a este trabajo de investigación.

1.- ELEMENTOS

Siendo el cheque un título de crédito, contiene las mismas características que los demás títulos de crédito. Nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 5o., los define así: "Son títulos de crédito, los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna". De esta definición derivamos las principales características, que son; la incorporación, la legitimación, la literalidad y la autonomía.

a) INCORPORACION

"El título de crédito es un documento que lleva incorporado un derecho, el cual está íntimamente unido al título y su ejercicio está condicionado por la exhibición del documento; sin la presentación del título, es imposible ejercitar el derecho incorporado en él. El hecho de poseer legalmente el título, da al poseedor la posesión del derecho que se incorpora en él. Ahora bien, el fundamento de la posesión del derecho estriba en el simple hecho de poseer el título legalmente". (20)

Por regla general, los derechos existen independientemente de los documentos en que se consignan, y se pueden ejercitar sin necesidad de aquellos; pero tratándose de los títulos de crédito, el derecho se convierte en algo accesorio y el documento en lo principal, de tal suerte que el derecho no existe, ni se puede ejercitar, sin la previa posesión del documento y su oportuna exhibición; esto se debe a la incorporación del derecho en el documento, que hace que se produzca una íntima unión entre el uno y el otro. Entonces la incorporación es una función legal en virtud de la cual se introduce al papel

(20) CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. Tercera edición. Herrero, S. A. México. 1954. p.18

donde consta el título el derecho mismo en él consignado, de tal manera que la unión íntima del derecho y del documento, hace que éste último sea condición necesaria no sólo para ejercicio del derecho, sino también para que la persona que va a ejercitar las acciones que deriven de los títulos de crédito queden legitimados efectivamente.

b) LITERALIDAD

Esta es otra de las características de los títulos de crédito y que tiene igual importancia que la anterior, Vivante declara "que el documento de crédito adquiere el carácter jurídico de tal, solamente cuando por disciplina sea necesario para transferir o exigir el derecho literal y autónomo que en él está consignado". (21)

En general podemos decir que el título es literal porque no puede ejercitarse el derecho, sino en los términos en que consta en el documento o como dice el autor citado, el derecho que consta en el título, es un derecho literal, porque su medida y su contenido están determinados por el preciso tenor del título. En suma: el derecho existe en los términos que el título expresa, es decir, con la literalidad se expresa claramente la obligación, quien se obliga, a lo

(21) VIVANTE, César. Tratado de Derecho Mercantil. T.III. Traducción Española. Primera edición. Reus, S. A. Madrid. 1936. p. 119

que se obliga y el plazo al cual se obliga. La letra engendra el derecho de tal manera que lo que no esté consignado en el título no puede tener influencias sobre el derecho.

C) AUTONOMIA

Lo que se da a entender con este elemento es lo siguiente: que la serie de poseedores que van surgiendo o apareciendo durante la circulación del título, tiene una posición distinta respecto de los anteriores poseedores. Es decir que cuando "A" endosa un Cheque a "B", éste último recibe un derecho nuevo, originario, y si posteriormente "B" se lo endosa a "C", ocurre cosa semejante, por lo que es fácil deducir que por medio del endoso se adquiere un derecho propio, por lo que, al que adquiere un título por ese medio, no le son oponibles las excepciones que el deudor hubiera podido oponer a los precedentes poseedores.

D) CIRCULACION

Aunque no esté contenido dentro de la definición legal de los títulos de crédito, si podemos dejar asentado un nuevo elemento de distinción de dicho documento el cual es la circulación y lo que queremos expresar con este nuevo elemento es lo siguiente: cuando se emite un título de crédito y dicho título se va transmitiendo por medio del

andoso, no sabe el emisor en un momento dado quién es su acreedor, ya que es hasta el día que se vence la obligación en que consta el título cuando conoce al tenedor, por lo que se comprende que dicho título está destinado a cumplir su misión pasando de unas manos a otras, en una circulación constante.

e) LEGITIMACION

El jurista italiano Alfredo Rocco en su tratado de Derecho Mercantil nos dice respecto de la legitimación lo siguiente: "Los títulos de crédito son aquellos documentos a los que va unido un derecho de crédito, de modo que quien tiene el documento tiene también el derecho". (22) Por su parte Felipe Tena nos dice: "la posesión del título adquirido conforme a la ley que norma la circulación del título, confiere al que lo obtuvo la facultad de hacerlo efectivo en contra del deudor, y asegura a éste su liberación definitiva mediante el cumplimiento. Funciona pues, la legal posesión del título no sólo en favor del poseedor sino también del deudor, y esta doble función que el título desempeña constituye el fenómeno que la doctrina conoce con el nombre de legitimación". (23) Fácil de

(22) ROCCO, Alfredo. op. cit. p. 59

(23) TENA, Felipe de J. Tratado de Derecho Mercantil Mexicano. T. II. Segunda edición. Porrúa, S. A. México. 1953. p. 192.

comprender, de acuerdo con esas citas, que para ejercitar el derecho que está consignado en un título de crédito, no basta ser el acreedor del derecho, sino que es necesaria la tenencia del documento, es decir, que para ejercitar el derecho hay que exhibir el documento.

La legitimación consiste pues en el hecho de que el documento identifica a la persona como la poseedora de un derecho, es la posibilidad de que se ejercite el derecho por el tenedor, aunque no sea en realidad el titular jurídico del derecho conforme a las normas del derecho común. Ahora bien, en esta última idea se está usando la palabra posibilidad, y creemos con acierto, pues debemos hacer constar que la ley sólo considera o presume que el poseedor del título es el propietario o titular de los derechos que dimanen o provienen del documento.

La ley no reputa propietario o titular a su poseedor, con lo cual se quiere dar a entender que no se debe de llegar al abuso de hacerlo verdadero y único propietario, sino sólo considerarlo como tal, dejando campo abierto a la reivindicación, pero consignando la carga de la prueba al que quiere ejercer tal reivindicación, lo cual quiere decir que esa presunción es *juris tantum* y puede ser destruida en los casos de robo, extravío del título y adquisición de mala fe o con culpa notoria, de conformidad con lo que disponen los Artículo 42 y 43 de la L.T.O.C.

Resumiendo se llega a la siguiente conclusión: el poseedor por el hecho de poseer, tiene derecho de ejercitar los derechos que dimanar del título, lo cual quiere decir que el título da personalidad al que lo posee, de tal manera que cuando se presente el título al deudor, éste tiene derecho a pagar al poseedor del mismo y si el deudor no tiene orden judicial que le prohíba pagar, al hacerlo realiza un pago válido no importando que después se pruebe que el poseedor no era el titular legítimo del documento cuando se hizo el pago, además sólo pueden reivindicarse en los casos consignados por los artículos 42 y 43 de la L.T.O.C.

2.- CLASIFICACION

Los títulos de crédito han sido clasificados por la doctrina adoptando diferentes criterios. A continuación analizaremos algunos de ellos.

a) SINGULARES O SERIALES

"Los títulos en serie son los emitidos en forma estandarizada o en masa, es decir una gran cantidad de documentos con iguales características y que otorgan similares derechos, ejemplo: las acciones, en

tanto que individuales son los títulos emitidos particularmente, ejemplo: el pagaré". (24)

Ahora bien, los Títulos de crédito seriales o en masa, son los emitidos en múltiples unidades equivalentes entre sí y permutables, porque todos son del mismo contenido y son emitidos de ordinario con dependencia de una operación única, pero compleja.

Así mismo, los Títulos de crédito singulares, cuyo libramiento tiene su base en una relación determinada y que se realiza entre dos sujetos determinados emitente y tomador cada uno de tales títulos tiene su individualidad, no sólo en relación a la persona del tomador, sino en relación al importe, al vencimiento y demás requisitos del título. La letra de cambio, el cheque, el pagaré, que normalmente se emiten en forma singular y aún formando parte de una serie, su valor sustantivo y adjetivo, son independientes uno de otro.

Respecto de esta clasificación Vittorio Salandra dice los siguiente: "Títulos singulares son aquellos que se emiten en cada caso, en relación a una cierta operación que tiene lugar frente a una persona concreta, como el caso de

(24) ESCUTI, Ignacio. Títulos de Crédito, Letra, Pagaré y Cheque. Segunda edición actualizada. Astrea. Buenos Aires. 1987. p. 16.

las cambiales y los cheques. Son también singulares aquellos títulos de emisión constante, si ella se realiza en algún caso en virtud de operaciones distintas las unas de las otras y según modalidades determinadas, como sucede con los cheques circulares y los certificados de depósito. En cambio, son títulos en serie los emitidos en virtud de una operación compleja realizada frente a una pluralidad de personas; la serie se divide en porciones iguales, de manera que a cada una de estas porciones corresponden derechos iguales" (25).

Fernando Sánchez Calero menciona que el Código español apunta la distinción de títulos emitidos individualmente y en serie, al hablar de efectos de comercio y valores mobiliarios como títulos en serie, "La distinción entre efectos de comercio y valores mobiliarios no deja de tener algunas consecuencias sobre su disciplina jurídica. Por un lado, porque los valores mobiliarios -o títulos en serie- tienden a objetivarse y a ser considerados no ya simplemente como una cosa, sino como una cosa fungible (como sucede en los contratos bursátiles). Además, los valores mobiliarios por regla general están más ligados a la relación subyacente que los efectos de comercio (en particular la letra de

(25) SALANDRA, Vittorio. Curso de Derecho Mercantil. Traducción Española. Segunda edición. Jus. México. 1949. p. 143

cambio o el cheque); su unión con las condiciones de empréstito o los estatutos sociales es evidente. En este sentido se manifiestan -según indicamos anteriormente- como títulos literales incompletos, pues las menciones que en ellos se recogen han de completarse con otros documentos". (26)

h) SEGUN EL DERECHO QUE INCORPORAN

Conforme a esta clasificación los títulos se dividen en: títulos de crédito simples y títulos de crédito complejos.

La doctrina adscribe a la primera categoría los títulos que incorporan el derecho a una sola prestación, como las letras de cambio, los cheques y los conocimientos de embarque y a la segunda, los que representan diversos derechos como las acciones que además de conferir a su tenedor la calidad de socio y los derechos inherentes (corporativos), otorgan derecho a participar periódicamente en las utilidades de la sociedad emisora (dividendos) y a la cuota de liquidación, cuando la sociedad se disuelve y liquida; las obligaciones que confieren el derecho a su

(26) SANCHEZ CALERO, Fernando. Instituciones de Derecho Mercantil. T. I. Segunda edición. Clares. España. 1967. p.47

amortización (capital fijo) y mientras tanto a intereses periódicos. También se comprenden en esta segunda categoría los llamados títulos de crédito institucionales, emitidos por las instituciones de crédito (bonos bancarios y obligaciones subordinadas).

Los títulos de crédito simples precisamente por dar derecho a una prestación única, deben ser restituidos al deudor, cuando la prestación ha sido satisfecha. En cambio los títulos de crédito complejos que dan derecho a prestaciones periódicas (intereses o dividendos) son conservados por su titular y las mencionadas prestaciones periódicas se hacen constar en el título mismo y más frecuentemente mediante la entrega al emisor de cupones que se desprenden del título principal, respecto del cual tienen carácter accesorio. No obstante su carácter accesorio, los cupones de intereses o dividendos suelen circular separadamente y presentarse al cobro, sin necesidad de exhibir el título principal.

c) SEGUN LA NATURALEZA DE SU CREADOR

Según su criterio los títulos de crédito se clasifican en:

- a) Públicos
- b) Privados

Son títulos de créditos públicos cuando los emite el Estado o alguna organización descentralizada o empresa estatal con el aval del poder público.

Y son títulos de crédito privados los emitidos por cualquier persona física o moral. Esto no quiere decir que toda persona tenga libertad para emitirlos. Algunos como la letra de cambio pueden ser emitidos por cualquier persona, pero otros sólo pueden ser emitidos por las personas que expresamente autoriza la Ley, tal es el caso de los cheques de caja, los de viajero, que solamente las instituciones de crédito autorizadas pueden emitir; los certificados de depósito y los bonos de prenda que pueden emitir los almacenes generales de depósito; "las obligaciones que pueden emitir las sociedades anónimas; los certificados de participación cuya emisión está reservada a las instituciones fiduciarias; los certificados de depósito a plazo, los bonos bancarios, las obligaciones subordinadas, que pueden ser emitidos únicamente por las instituciones de crédito autorizadas; el conocimiento de embarque que puede ser emitido por las empresas transportadoras en mérito del negocio jurídico de transporte de bienes". (27)

La importancia de este criterio de clasificación estriba en que los títulos cuya emisión está reservada a las personas de Derecho Público se consideran más seguros, porque su emisión se realiza por los funcionarios

(27) SANCHEZ CALERO, Fernando. op. cit. p. 53

autorizados, mediante normas rigurosas. Esta es la razón por la que tales títulos son autorizados para la inversión de las reservas de las instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, así como de los fondos libres de los fideicomisos de inversión, cuando las partes no han determinado los títulos materia de inversión.

d) SEGUN LA IDENTIDAD DE SU BENEFICIARIO

Respecto a la identidad del beneficiario los títulos de crédito se clasifican en: Títulos al portador, a la orden y nominativos.

El Título al portador es aquel que no está expedido a favor de una determinada persona y no necesita que contenga la expresión "al portador". La transmisión de un título al portador se opera por la simple entrega o tradición.

El Título a la orden es el originariamente emitido a favor de determinada persona y pagadero a ella misma o a quien tenga su posesión y aparezca como endosatario, esto es como beneficiario de un endoso que en expresión más simple, se manifiesta mediante la firma del endosante, puesta en el dorso del documento.

Un Título nominativo cuando está expedido a favor de una persona cuyo nombre se consigna en el texto, mismo del

documento. La cesión ordinaria de un título nominativo se hace de 2 maneras por medio de una cesión ordinaria o por medio del endoso.

El Título nominativo no endosable sólo puede ser transferido mediante la cesión de créditos.

e) SEGUN EL INTERES COMERCIAL Y ECONOMICO DE SU EMISION

Según este criterio los títulos de crédito se clasifican en:

a) Títulos de especulación como la acción, cuyo rendimiento no es fijo, sino fluctuante, es decir, depende de los resultados financieros del emisor. En estos títulos el riesgo es mayor que en los de inversión, pero la posibilidad de ganancia es mayor. De ahí que en esta clase de títulos se aluda a tres valores: el valor facial, que aparece en título, el valor contable o en libros, que es el que se deriva de la contabilidad del emisor y el valor bursátil, que es el que fundado especialmente en el valor contable, se determina en última instancia por el efecto en el mercado, de las leyes de la oferta y la demanda.

b) Títulos de inversión o de renta fija que como el bono bancario y la obligación aseguran a su tenedor un

rendimiento periódico y fijo. En estos títulos a un mínimo riesgo, corresponde un producto seguro y estable. Generalmente la emisión de esta clase de títulos de crédito está sujeta a la intervención del poder público que supervisa las garantías o la cobertura de la emisión, como ocurre en los títulos seriales emitidos por la banca. En el caso de las obligaciones es al representante común de los obligacionistas a quien corresponde vigilar la debida y correcta constitución de la garantía de las obligaciones.

3.- OBLIGATORIEDAD

En el punto anterior analizamos las diversas teorías que tratan de explicar la clasificación del Título de crédito, esta exégesis nos revela la necesidad de valernos de un sistema mejor, de una técnica adecuada que nos permita encontrar los principios esenciales en los que se inspira y fundamenta la institución jurídica que nos ocupa.

Al abordar el problema de la naturaleza jurídica del cheque, la mayoría de los autores parecen olvidar los principios generales de los títulos de crédito, y en especial aquellos aplicables a los títulos cambiarios, y prescindiendo de los frutos logrados en esta materia a través de discusiones doctrinarias seculares (principalmente acerca de la letra de cambio, que ha sido tradicionalmente el prototipo de esta clase de títulos) pretenden explicar la

naturaleza del cheque sustentándose en relaciones que no están contenidas en el título.

El cheque es un título de crédito y es necesario estudiarlo conforme a la doctrina general de estos títulos. La teoría general de los títulos de crédito ha ido creciendo y cobrando importancia, gracias principalmente a los trabajos de los autores alemanes, a quienes siguieron los italianos. Esta doctrina ha venido a derogar o modificar substancialmente algunos principios tradicionales del Derecho común, en aras, principalmente, de proteger el interés de los terceros de buena fe y asegurar la confianza pública que la benéfica utilización de los títulos de crédito requiere.

Esta realidad innegable nos impone una importante exigencia teórica: la obligatoriedad.

"Toda obligación es un vínculo jurídico (*iuris vinculum*), una relación entre dos personas, de las cuales una tiene el derecho de exigir de la otra, una prestación determinada. La doctrina tradicional presenta la obligación como constituida por los elementos siguientes: a) Un sujeto activo y un sujeto pasivo -acreedor y deudor-. b) Un vínculo jurídico y c) una prestación que el acreedor puede exigir

del deudor. Esta prestación, a su vez, puede consistir en un *dare*, un *facere* o un *prestare*".(28)

Partiendo de estos principios fundamentales, Cervantes Ahumada señala que "en la doctrina romanista el elemento personal es el que juega el principal papel; se concibe la obligación como un señorío, una dominación". (29) El derecho inglés tiene en cuenta primordialmente el aspecto puramente patrimonial de las obligaciones jurídicas.

El sistema se resume en pocas palabras: obligación patrimonializada: toda relación crediticia implica un valor económico que pasa del patrimonio del deudor al patrimonio del acreedor: es una partida de pasivo para el primero y de activo para el segundo.

Esta tesis objetivista ha ido ganando adeptos aún en los países tradicionalmente romanistas.

a) OBLIGACION DE PAGO

Están obligados al pago de un título de crédito: en primer término el girador en las letras de cambio no

(28) MOSSA, Lorenzo. Derecho Mercantil. T. II. Segunda edición. Uteha. Argentina. 1944. p. 244
(29) CERVANTES AHUMADA, Raúl. op. cit. p. 59

aceptadas y el aceptante en las ya aceptadas; el librador de un cheque y en general, el suscriptor original de un título de crédito, y en segundo lugar los demás signatarios.

El artículo 154 de la LGTOC, dice que: El aceptante, el girador, los endosantes y los avalistas responden solidariamente...El artículo 159 agrega: Todos los que aparezcan en una letra de cambio suscribiendo el mismo acto, responden solidariamente por las obligaciones nacidas de éste. El pago de la letra por uno de los signatarios, en el caso a que este artículo se refiere, no confiere al que lo hace, respecto de los demás que firmaron en el mismo acto, sino los derechos y acciones que competen al deudor solidario contra los demás coobligados; pero deja expeditas las acciones cambiarias que puedan corresponder a aquél contra el aceptante y los obligados en vía de regreso precedentes, y las que le incumban, en los términos de los artículos 168 y 169, contra el endosante inmediato anterior o contra el girador.

El texto del artículo 154 al igual que los artículos 34 y 90 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito son cuestionables porque las obligaciones cambiarias son autónomas.

b) SOLIDARIDAD CAMBIARIA

La solidaridad la define el artículo 1987 del Código Civil así: "Además de la mancomunidad habrá solidaridad activa cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación; y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida". El artículo 1999 dispone que: "El deudor solidario que paga por entero la deuda tiene derecho de exigir de los otros codeudores la parte que en ella les corresponde", y que "Salvo convenio en contrario, los deudores solidarios están obligados entre sí por partes iguales".

Por lo tanto, ha de concluirse que en materia cambiaría las obligaciones que cada uno de los suscriptores adquiere es una obligación diversa, propia e independiente de la obligación de quien le transmitió el título, lo cual quiere decir que hay tantas obligaciones como obligados hay en el título, porque opera la independencia de causa de transmisión o sea la autonomía, la que por otra parte permite que cada una de las obligaciones tenga existencia jurídica independiente y que la invalidez de alguna o algunas no afecte a las demás.

Las obligaciones incluso pueden ser diversas cuando se altera el texto del documento. Los obligados anteriores a la alteración se obligan conforme al texto original y los

posteriores conforme al texto alterado (artículo 13 de la LGTOC).

Ahora bien, hay solidaridad cambiaria en los términos del artículo 159, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuando dos o más personas suscriben el mismo acto cambiario. Si una de ellas paga, tiene dos acciones: una civil derivada de la solidaridad misma y la otra, en la vía que corresponda, según el carácter con que haya suscrito el título de crédito o sea su posición en el título.

4.- CONFORMACION HISTORICA

El cheque como título de crédito, se vino a difundir hasta mediados del siglo pasado y es un auténtico producto del depósito hecho en los bancos, tomando auge con el desarrollo y multiplicación de ellos, cuando los individuos vieron el sinnúmero e infinidad de ventajas que les proporcionaba el encomendar su dinero a estas instituciones, las cuales a su vez también salían beneficiadas, y de tal suerte fuéronse propagando por los provechos que también para ellas eran y son reportados.

Actualmente ha arraigado el cheque y es evidente que hoy en día, la mayoría de los hombres de negocios utilizan éste como instrumento para hacer sus pagos. Si bien es cierto que la letra de cambio es el título de crédito tipo,

alrededor del cual ha sido elaborada y perfeccionada la doctrina, el cheque ha venido a desplazarla en parte y ello precisamente por la garantía que proporciona, debido al hecho de que siempre es librado contra una institución de crédito, y además por la rapidez de su satisfacción, ya que es un documento siempre emitido a la vista y que exime a sus poseedores de los múltiples inconvenientes de que es objeto la letra de cambio, al exigir su presentación para que sea aceptada cuando ésta no es a la vista.

Creemos innecesario opinar sobre si sea un título de crédito o no, puesto que se adapta exactamente a los requisitos que la doctrina y la ley establecen para tales documentos.

La ley no lo define, pero se puede concluir que es un título de crédito, librado contra una institución de crédito, conteniendo una orden incondicional de pago.

El Código de Comercio de 1889 en su artículo 552, decía que éste podía ser expedido por quien tuviera una cantidad de dinero disponible en poder de un comerciante, o de un establecimiento de crédito, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito sólo faculta a aquellos que tienen fondos disponibles en una institución de crédito y sean autorizados por ella para librarlos a su cargo, presumiéndose dicha autorización por el hecho de que la institución le

proporcione al librador, esqueletos especiales para tal objeto, o bien, le acredite la suma disponible en cuenta de depósito o a la vista, esto viene a dar mayor garantía y firmeza al cheque, cooperando decisivamente a su desarrollo y perfeccionamiento.

5.- RELACIONES JURIDICAS ENTRE TENEDOR Y LIBRADO

No existe relación jurídica entre el tenedor de un cheque y la institución bancaria que debe pagarlo, ni se deriva a favor de aquél ninguna acción en contra del librado que niegue el pago, aún cuando lo haga injustificadamente.

El tenedor de un cheque es acreedor del librador y con este carácter se presenta al librado; no exige ni recibe el pago como algo que le es debido por el librado sino algo que es debido por el librador y pagadero mediante su representante. "El librado sólo está obligado frente al librador-cliente; frente al tenedor del documento que le exige el pago no tienen ninguna obligación, ni le une ningún vínculo jurídico". (30)

Ahora bien, puede decirse que la única relación que existe entre estos dos elementos, es en el caso especial de

(30) ROCCO, Alfredo. op. cit. p. 73

la certificación del documento, de que habla el artículo 199, párrafo cuarto de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que dice: "La certificación produce los mismos efectos que la aceptación de la letra de cambio".

Por lo tanto, el cheque certificado se equipara a una letra de cambio aceptada por el girado. Y el artículo 207 de la misma ley, en su primer párrafo, establece: "Las acciones contra el librado que certifique un cheque, prescriben en seis meses a partir de la fecha en que concluya el plazo de presentación. La prescripción, en este caso, sólo aprovechará al librador".

Todo lo que anteriormente apuntamos, constituye una acción del beneficiario en contra del librado, a virtud de la certificación que este último ha hecho del título.

Fuera de este caso, el beneficiario no puede reclamar el pago del cheque al librado, aun cuando llegare a demostrar que éste tiene en su poder fondos suficientes del librador y que sin causa justificada se niega a pagarlo.

6.- CONCEPTO DE BUENA FE

El concepto *de buena fe*, es característico en el derecho moderno, y se formula así: "La posesión de buena fe equivale al título, de suerte que el poseedor de buena fe es propietario de la cosa aunque su enajenante no fuera

propietario de ella. Basta pues, la posesión de buena fe para que el que adquiere la propiedad sea tutelado por la norma jurídica reconocida por el Estado de tal manera que la propiedad del poseedor de buena fe es independiente del poder de disposición sobre la cosa que tuviera su poseedor. Pero sin embargo, este principio que el derecho sanciona para facilitar la movilización de las cosas muebles no se aplica a los supuestos de cosas robadas o perdidas". (31)

En la transmisión de los créditos ya no acontece lo mismo, pues que ésta consiste en la substitución del acreedor por otro, lo que origina una modificación subjetiva en la relación obligatoria, que afecta únicamente al sujeto activo; por eso solamente es válida para el derecho la transmisión del crédito, cuando la efectúa el verdadero acreedor.

En derecho romano, la transmisión del crédito no podía hacerse porque la obligación era un vínculo personal entre el acreedor y el deudor; y como ese vínculo no era susceptible de transmisión, los juristas se valieron de un artificio jurídico denominado: *Procuratio in rem suam*. Por medio de este artificio, el acreedor de un crédito otorgaba

(31) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. I. Segunda edición. Robredo. México. 1963. p.49

al que quería comprarlo un mandato para que pudiera demandar al deudor en nombre del otorgante, este mandato consistía en una cesión de acciones. Posteriormente para evitar las consecuencias de la mala fe de los cedentes, se confirió al cesionario la facultad de ejercer las acciones útiles, de suerte que obraba en nombre propio y no como mandatario del cedente.

Si la cesión de derechos es una modificación de la relación obligatoria en virtud de la cual, el cedente o acreedor es sustituido por otra persona que se llama cesionario, ni ésta ni la prestación sufren modificación alguna; quiere esto decir, que tales elementos permanecen idénticos, y que la modificación subjetiva de la obligación afecta únicamente al sujeto activo.

El acreedor puede, sin consentimiento del deudor ceder su derecho a un tercero salvo que la ley lo prohíba, lo que no acontece cuando de títulos-valores se trata, o cuando se haya convenido en no hacer la cesión, o no lo permita la naturaleza del derecho; pero la naturaleza del derecho incorporado a los títulos-valores no impide su cesión, por el contrario, el título se concibe como instrumento eficaz para la circulación del derecho.

Aunque no se requiera el consentimiento del deudor para llevar a cabo la cesión de derechos, es indudable que éste necesita saber quién es su acreedor para poder cumplir la prestación, por eso el derecho común acoge generalmente la doctrina de la denuntiatio, al tenor de la cual debe anunciarse al deudor la cesión, para que cumpla con el cesionario y no con el cedente. También se tienen en cuenta los derechos de terceros, de suerte que por medio de la denuntiatio se da publicidad a la cesión. Sin embargo, no siempre se precisa la notificación al deudor, en virtud, que incluso al tenor de normas del derecho común, en muchas legislaciones hay crédito que son cobrables por cualquier persona que presente al deudor el documento pertinente (legitimación).

Estos antecedentes se mencionan, porque por medio de ellos es posible comprender la función de circulación de los derechos que cumplen los títulos de crédito.

7.- FORMAS DE PAGO

El cheque es un instrumento de pago, que hoy en día casi llega a ser un substituto de la moneda. Ha alcanzado en nuestra época una considerable difusión. Por lo tanto, para que llene satisfactoriamente su función, es necesario que se le tenga confianza absoluta, es decir, que su tomador tenga la seguridad completa de que el título le será pagado a su

presentación. Si la seguridad en el cheque se quebranta, esto hace que se disminuya su circulación y cesen, por consiguiente, las enormes ventajas económicas que este título de crédito nos presta.

El cheque es siempre pagadero a la vista y debe tenerse por no puesta cualquier estipulación en contrario. Ahora bien, si un cheque es presentado antes del día indicado como fecha de su expedición, éste debe ser pagado por el librado el día de su presentación; así lo dispone el artículo 178 de la L.G.T.O.C., que en seguida se transcribe: "El cheque será siempre pagadero a la vista. Cualquier inserción en contrario se tendrá por no puesta. El cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de expedición, es pagadero el día de la presentación".

La persona que posee un título de crédito, puede recibir en pago de ese título, un cheque, circunstancia que hará constar en el mismo documento; así, mientras no le sea liquidada la orden de pago, tiene los derechos de un depositante en relación con el librador del cheque, a quien la ley considera como depositario del título en cuestión. Si el instrumento de pago no le es cubierto, debe el mismo tenedor protestarlo, y exigir la devolución del título entregado, además del resarcimiento de los daños y perjuicios y los gastos de protesto y cobranzas. En su

defecto, podrá deducir las acciones que procedan conforme a derecho, para lo cual tiene expeditas las vías legales.

En caso de que el librador del cheque no pagado se negare a devolver el título de crédito que le quedó en calidad de depósito, el acreedor lo requerirá a que lo devuelva ante un juez, notario, corredor público, o ante la primera autoridad política del lugar, quienes levantarán acta relativa al hecho, en la cual se hará constar la negativa del deudor a devolver el título de crédito; dicha acta hará las veces de protesto del documento no restituido, y, además, conservará las acciones y derechos del título, por el que se recibió el cheque no pagado; el plazo para poder ejercitar estas acciones, comenzará a correr, precisamente, desde el momento del protesto del mismo cheque que resultó incobrable.

a) CAMARA DE COMPENSACION

Como un efecto de la gran difusión que ha tenido el cheque, aparecen en las plazas de mayor importancia comercial, unas instituciones denominadas "Cámaras de Compensación", a las cuales el tratadista Mossa define diciendo que son: "Agrupaciones formadas por banqueros o sus representantes, que convienen en reunirse diariamente en determinado lugar, con objeto de liquidar y compensar sus respectivos créditos representados por efecto o papeles de

comercio".(32) En la práctica, los papeles comprendidos en esas negociaciones, son los cheques.

El sistema compensatorio es con el objeto de facilitar y acelerar la tarea diaria que tienen las instituciones de crédito que reciben cheques de cuentahabientes y clientes, a cargo de diversos bancos en el curso de la mañana (el horario bancario de servicio al público es de 9 a 13:30 horas), pues, con dicho sistema, logran hacerlos efectivos en la tarde del mismo día, a través de la Cámara de Compensación Local, ya que sería incómodo, lento y hasta impracticable, mandar a cobrar dichos cheques ante las respectivas ventanillas de cada banco.

La compensación se desarrolla de la manera descrita en el siguiente ejemplo:

El Banco Nacional de México, S. A., presenta en la Cámara de Compensación Local N\$1,000,000.00 en cheques que ha recibido girados contra el Banco de Comercio, S. A., los cuales encuentra en perfecto orden el representante de esta institución; pero a su vez, el Banco de Comercio, S. A., presenta cheques por N\$900,000.00 a cargo del Banco Nacional de México, S. A., los que también su representante ha encontrado en orden. Por medio de fichas contables

(32) MOSSA, Lorenzo. op. cit. p. 71

especiales se hacen los respectivos cargos y abonos, y la diferencia que resulte, o sea, el caso de nuestro ejemplo: N\$100,000.00, debe ser cubierta al Banco Nacional de México, S. A., por el Banco de Comercio, S. A., a través de la Cámara de Compensación.

De esta manera se movilizan diariamente en las Cámaras de Compensación grandes cantidades de dinero.

b) PROTESTO

PROTESTO: Cuando el librado no cubra el importe del cheque, por falta de provisión o por cualquiera otra causa, deberá anotar al dorso del documento, la razón concerniente a la falta de pago, que hará veces de protesto, para el efecto de que el tenedor pueda exigir al librador el importe del título, más los daños y perjuicios.

Generalmente, la falta de pago del título, se comprueba mediante el protesto, que es el acto jurídico que tiene por objeto acreditar de manera fehaciente tal omisión.

El artículo 190 L.G.T.O.C., nos dice que el cheque presentado en tiempo y no pagado por el banco, debe protestarse a más tardar el segundo día hábil que siga al de la fecha de su presentación, tal como si fuese una letra de

cambio a la vista. Pero, si hubo un pago parcial, el protesto debe levantarse sólo por la cantidad no pagada.

Sin embargo, existen situaciones especiales que hacen las veces de protesto:

I.- Cuando el cheque es presentado por conducto de la Cámara de Compensación, pues; en tal caso, la mencionada Cámara certifica que el cheque fue presentado en tiempo y que el librado se abstuvo de pagarlo total o parcialmente.

II.- Cuando el librado anota en el cheque su presentación oportuna y la causa de la falta del pago total o parcial del título, tal anotación surtirá los mismos efectos del protesto.

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el tenedor del cheque deberá avisarles de la falta de pago a todos los signatarios del título.

El protesto es un acto que puede realizar un Notario, un Corredor Público, o, a falta de éstos, la primera autoridad política del lugar, (artículo 142 L.G.T.O.C) haciendo constar de una manera indiscutible, al dorso del documento o en hoja adherida a él, que éste fue presentado para su cobro y el librador se rehusó a pagarlo.

c) ACCION CAMBIARIA

Tanto la letra de cambio como el cheque, fueron en cierta época, la expresión del contrato de cambio, así como el medio por el cual se probaba su existencia; los derechos derivados de estos títulos de crédito tomaron el nombre de cambiarios, y las acciones que se desprendieron de ellos recibieron la denominación de cambiarias; y no obstante la evolución de dichos documentos, se siguen conservando en el tecnicismo del derecho las mismas denominaciones, y no sólo esto, sino que se han hecho extensivas a otros títulos de crédito.

El análisis de la acción cambiaria comprende los siguientes temas; su naturaleza y objeto; los casos en que pueden promoverse; las condiciones especiales de su ejercicio y la legitimación activa y pasiva.

Es necesario tener en cuenta que la acción cambiaria es por esencia mercantil, y dada su relación con los títulos de crédito, la casi totalidad de las legislaciones la han provisto de particulares garantías; así, por ejemplo, el procedimiento en que se hace valer es sencillo y eficaz; además, se puede deducir de manera simultánea o sucesiva contra todos los signatarios, los cuales son solidariamente responsables.

El contenido y objeto de la acción cambiaria se encuentran determinados en los artículos 150 al 153 L.G.T.O.C., los cuales se aplican, tanto a la letra de cambio, como, en lo conducente, al cheque.

El artículo 150 dice: "La acción cambiaria se ejecita:

I.- En caso de falta de aceptación o de aceptación parcial;

II.- En caso de falta de pago o de pago parcial;

III.- Cuando el girado o el aceptante fueron declarados en estado de quiebra o de concurso.

En los casos de las fracciones I y III, la acción puede deducirse aun antes del vencimiento por el importe total de la letra, o tratándose de aceptación parcial por la parte no aceptada".

Artículo 151: "La acción cambiaria es directa o de regreso; directa, cuando se deduce contra el aceptante o sus avalistas; de regreso cuando se ejercita contra cualquier otro obligado".

Artículo 152: "Mediante la acción cambiaria, el último tenedor de la letra puede reclamar el pago:

I.- Del importe de la letra;

II.- De intereses moratorios al tipo legal, desde el día del vencimiento;

III.- De los gastos de protesto y de los demás gastos legítimos;

IV.- Del premio de cambio entre la plaza en que debería haberse pagado la letra y la plaza en que se la haga efectiva, más de los gastos de situación.

Si la letra no estuviere vencida, de su importe se deducirá el descuento, calculado al tipo de interés legal".

Artículo 153: "El obligado en vía de regreso que paga la letra tiene derecho a exigir, por medio de la acción cambiaria:

I.- El reembolso de lo que hubiere pagado, menos las costas a que haya sido condenado;

II.- Intereses moratorios al tipo legal sobre esa suma desde la fecha de su pago;

III.- Los gastos de cobranzas y los demás gastos legítimos; y,

IV.- El premio de cambio entre la plaza de su domicilio y la del reembolso, más los gastos de situación".

Las condiciones para poder reclamar en juicio el pago de un cheque, son:

Su presentación y protesto en la forma y plazos que la ley prescribe y las demás formalidades que deben observarse para poder conservar el derecho que constituye el fundamento de la acción.

Por lo que toca a la legitimación activa podemos afirmar que la acción cambiaria corresponde:

a) Al tenedor.-que, según el documento, aparezca como propietario del cheque- acreedor formal.

b) Al endosatario a quien se le transfirió el título para que realice el cobro.

c) Al endosatario que lo haya recibido en prenda o en garantía.

d) A cualesquiera de los endosantes u obligados en vía de regreso, que reembolsare al portador un título protestado.

e) Al que ostente por cualquier causa la representación legítima de las personas anteriormente mencionadas.

Pasando al aspecto de la legitimación pasiva, la acción cambiaria puede deducirse de manera directa contra el librador, en caso de certificación, o bien contra los coobligados por encontrarse solidariamente responsables de aquellas obligaciones que nacen del documento.

El hecho de que la acción cambiaria pueda ejercitarse contra uno de los obligados no implica que no se pueda ejercitar contra todos, ya que si son diez los signatarios se podría presentar una sola demanda contra todos ellos. Si se presenta una demanda contra uno solo, se podrá demandar a los restantes mientras no prescriban las acciones respectivas, ya que estas no se extinguen por el hecho de haber demandado a uno de los obligados.

B.- EL CONTRATO DE DEPOSITO EN CUENTA DE CHEQUES

Llegamos finalmente, casi, al tema central de nuestra tesis, el depósito en cuenta de cheques, que constituye la operación pasiva más importante de la banca de depósito. A simple vista un balance de cualquiera de las instituciones autorizadas para operar como bancos de depósito, pone de manifiesto la importancia de los depósitos en cuenta de cheques. Y esto es a tal punto que el afán principal de esas instituciones es el incremento del volumen de depósito en cuenta de cheques por constituir la base de su capacidad de inversión. Frente a ese propósito y al hecho de la competencia, prácticamente la banca ha venido regalando los servicios bancarios como un atractivo e incentivo para la clientela y los depósitos que ésta representa. En número demasiado frecuente servicios como los de caja, de abono de remesas en camino, de cobranzas, y aun servicios como los de

custodia y administración de valores son brindados a la clientela sin cargo alguno.

Naturalmente esta política no deja de tener consecuencias, la más importante de las cuales, probablemente, es la elevación de la tasa de interés hasta el máximo permitido por la ley. A este resultado se llega por una mecánica que en términos elementales podemos describir en la siguiente forma: La banca cubre sus presupuestos de egresos siempre mayores, por la elevación constante de los costos de operación, por los ingresos que percibe y que tienen dos fuentes:

- a) Intereses que producen sus inversiones, y
- b) Situaciones y comisiones por sus servicios.

Como la capacidad de inversión depende de los factores básicos de volumen de depósito y de la política crediticia del Gobierno, principalmente a través del Banco de México, S. A., si esos factores permanecen invariables no aportando mayores recursos de inversión y por otra parte, como hemos visto, muchos servicios se prestan sin comisión alguna la consecuencia obligada es la operación al máximo tipo de interés posible. En otros términos, debido a la competencia, los bancos renuncian a ingresos importantes y en compensación se ven obligados a presionar sobre el tipo de interés para cubrir sus costos de operación y obtener

dividendos razonables. Si se pretendiera bajar la tasa de interés manteniendo en su nivel actual los recursos de inversión nos inclinamos a pensar que el único camino viable sería el de un estrecho acuerdo entre las autoridades hacendarias y la banca nacional a fin de cobrar los servicios.

1.- DEFINICION

Joaquín Rodríguez Rodríguez nos dice del depósito en cuenta de cheques: "es un depósito bancario irregular de dinero caracterizado por el hecho de que el depositante está autorizado para hacer abonos sucesivos en su cuenta y para efectuar retiradas parciales de dinero, que se realizarán precisamente mediante el giro de cheques a cargo del banco depositario". (33)

2.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y CONDICION DE VALIDEZ

La naturaleza de la cuenta de cheques ha sido tema de discusión. Se ha dicho que es un contrato traslativo de dominio porque la propiedad del dinero se está entregando en cada remesa; no ha faltado quien afirme que es un contrato de novación, en tanto que cada nueva

(33) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. op. cit. 289

remesa significa la creación de una nueva obligación; hay quienes sostienen que es un mutuo mercantil. "Los contratos de cuenta de cheques son los más frecuentes en la práctica bancaria; los depósitos de dinero constituidos a la vista se entenderán entregados, salvo pacto en contrario, en cuenta de cheques".(34)

3.- NATURALEZA Y OBJETO

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 librados a cargo de la institución depositaria (art. 269 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito).

La cuenta de cheques descansa en un depósito a la vista. Es requisito previo para la apertura de una cuenta de cheques, que se se deposite en una institución de crédito autorizada una suma de dinero, retirable a la vista.

Las cuentas de cheques podrán ser abiertas a nombre de personas físicas o morales. Podrán abrirse a nombre de una o varias personas (cuentas colectivas).

(34) DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. Derecho Bancario y Contratos de Crédito. Primera edición. Harla, México 1988. p. 268

objeto crediticio de la convención. Esto es, no puede considerarse cada remesa de manera aislada sino como parte de un contrato de valor superior cuyo deudor se desconoce; y debe ser considerada como una simple circunstancia de las muchas (las otras remesas) que deberán evaluarse y tenerse en cuenta en la determinación de un solo saldo, por lo tanto, el contrato de cuenta corriente es indivisible y total en términos del número de remesas y la cantidad que haya circulado en ambos sentidos durante la vigencia del contrato.

Su objeto es, como ya dijimos, de carácter pragmático: permitir a dos comerciantes aprovechar de manera óptima el crédito recíproco que se tengan para, sin desembolsar su tesorería, recibir los beneficios de la mercancía e incluso del dinero que mutuamente se puedan enviar, sin necesidad de detener su comercio para atender en el momento la obligación de pago.

4.- CAPACIDAD

La capacidad que deben poseer quienes deseen convertirse en cuentacorrentistas no tiene otro límite que el de no estar disminuidos en sus posibilidades de ejercer el comercio en los términos del derecho mercantil, del bancario y del civil (arts. 2º y 3º LGTOC).

Los depósitos recibidos en cuentas colectivas a nombre de dos o más personas, podrán ser devueltos a cualquiera de ellas o por su orden, a menos que se hubiere pactado lo contrario (firma mancomunada por ejemplo).

4.- CAPACIDAD

La capacidad que deben poseer quienes deseen convertirse en cuentahabientes no tiene otro límite que el de no estar disminuidos en sus posibilidades de ejercer el comercio en los términos del derecho mercantil, del bancario y del civil (arts. 29 y 39 LGTOC).

Si bien la Ley no establezca de manera específica que deben ser dos las partes del contrato de cuenta, y por tanto, en apariencia no hay obstáculos técnicos para que en la cuenta de cheques puedan participar tres o más cuentahabientes, lo común es que la misma se celebre entre dos partes exclusivamente; esto no impide que un cuentahabiente pueda estar relacionado mediante una cuenta de cheques con más de dos cuentahabientes a la vez, pero la relación de compensación no se dará de forma triangular sino bilateral, y cuantas veces sea necesario por cuantos sean los contratos que el cuentahabiente tenga celebrados.

5.- OBLIGACIONES DE LOS CUENTA HABIENTES

Las instituciones depositarias no podrán mantener cuentas de cheques a personas que en el curso de dos meses

hayan librado tres o más de dichos títulos, que presentados en tiempo no hubieren sido pagados por falta de fondos disponibles y suficientes (art. 106 fracc. XIV de la Ley de Instituciones de Crédito).

Cuando alguna persona incurra en la situación referida, los bancos de depósito y las cámaras de compensación deberán dar a conocer a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros el nombre de la misma, para el efecto de que tal organismo lo haga del conocimiento de las instituciones de crédito del país, las que en un período de un año no podrán abrirle cuenta (art. 106 fracc. XIV Ley de Instituciones de Crédito). No será aplicable esta sanción cuando la falta de fondos se deba a causa no imputable al librador (art. 106 fracc. XIV Ley de Instituciones de Crédito).

Los bancos de depósito no podrán abonar intereses por los depósitos a la vista (art. 106 fracc. XV de la Ley de Instituciones de Crédito). En los depósitos con interés, éste se causará salvo convenio en contrario desde el primer día hábil posterior a la fecha de la remesa y hasta el último día hábil anterior a aquél en que se haga la devolución (artículo 273 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito).

Las instituciones de crédito que reciban depósitos en cuentas de cheques deberán proporcionar a sus cuentahabientes por lo menos una vez dentro de cada mes

natural, un estado autorizado de las cantidades abonadas o cargadas a la cuenta durante el período comprendido desde el último corte a la fecha inclusive.

Tales estados deberán ser remitidos a los cuentahabientes dentro de los cinco días hábiles siguientes al del corte de la cuenta, quedando las instituciones depositarias relevadas de dicha obligación cuando la cuenta no hubiese tenido movimando alguno durante el período respectivo o cuando el cliente hubiere expresado por escrito su voluntad de no recibir dichos estados. El depositante, para poder objetarlo en tiempo, deberá pedir a la institución su estado mensual, si no lo hubiere recibido dentro de los diez días naturales siguientes al corte. Se presumirá que el cuentahabiente recibió el estado si no lo reclamare por escrito dentro de dicho plazo.

Durante los quince días naturales siguientes al del corte de la cuenta, o a los cinco días siguientes al de su recibo, si reclamado por escrito en tiempo se les entregará el estado. Después de los diez días del corte los cuentahabientes podrán manifestar, también por escrito su conformidad a los movimientos de su cuenta u objetarlos. Transcurrido ese plazo sin haberse reparo a la cuenta, así como en el de que existan instrucciones del cuentahabiente, dadas por escrito, para que no se le remitan los estados, los asientos y conceptos que figuren en la contabilidad de la institución depositaria harán prueba plena en contra del

depositante.

6.- CLAUSURA DEL CONTRATO

Finalmente, la terminación del contrato puede darse por varias razones, algunas de ellas son las siguientes:

- La primera razón es la voluntad del banco, por razones personales directas hacia el cuentahabiente o por razones internas, como el cierre de una sucursal, o del departamento de depósito, etc., en virtud de que aún cuando no existe un precepto legal que lo autorice, los usos mercantiles y bancarios lo permiten.

- Segunda razón, por la voluntad del cuentahabiente, caso en el cual dispone de toda su provisión y cancela la cuenta. La puesta en ceros de la cuenta no significa de manera automática su cierre; si se deja en ceros y no se cancela, el banco deja transcurrir el tiempo suficiente para concluir que efectivamente el cuentahabiente ha dejado de serlo, que de acuerdo con la Ley de Instituciones de Crédito es de cinco años (art. 61).

- Tercera razón, porque tratándose de un cuentahabiente, personal moral, se disuelva, liquide, suspenda, quiebre o concurse, según el caso.

- Cuarta razón, por muerte del titular tratase de una cuenta en donde sólo firma un sujeto, o de una en la que firma indistintamente con otros; en este caso sólo por cuento a su participación se refiere.

- Quinta razón, porque el cuentahabiente así lo

desea y manifieste expresamente al banco, en ese caso debe: librar un cheque por el saldo a fin de recuperar la provisión y regresar al banco el talonario con los cheques sobrantes.

- Por razones institucionales, como pueden ser la prohibición de seguir con una chequera que ha tenido en un mes tres o más cheques regresados por falta de fondos (art. 106 fracc. XV de la Ley de Instituciones de Crédito).

"El dinero que los bancos captan por depósitos en chequera es el más barato pues no están obligados a pagar al cliente por el dinero depositado y el costo de la atención de la cuenta (talonario, papelería, computadora) no significa una salida líquida, sino un costo que además de ser relativamente fijo, se contabiliza en resultados. Los bancos consideran que una cuenta no es rentable cuando no sostiene un saldo superior a ese costo fijo que varía según la institución". (35) "La excepción a esta regla de gratuidad es la llamada cuenta maestra, en la que el banco sí queda obligado a pagar intereses, pero en la medida que el cuentahabiente sostenga un saldo de gran importancia (N\$ 5,000.00 M.N. o más)". (36), lo cual significa que ese dinero, al estar parado como condición

-
- (35) ASTUDILLO URSUA, Pedro. Los Títulos de Crédito. Segunda edición. Porrúa, S. A. México. 1989. p. 192
- (36) PALLARES, Eduardo. Títulos de Crédito en General. Primera edición. Botas. México. 1992. p. 133

para que tribute intereses no es a la vista; así además de que se desnaturaliza la chequera porque pierde su valor a la vista no es tanto una ventaja sino una transposición de instrumentos: se obvia la operación de la chequera, por lo que a esos N\$ 5,000.00 que sean, por la operación de un depósito fijo cuya aplicación el banco queda en posición de ponderar.

7.- UTILIDAD ACTUAL

El contrato de cuenta de cheques es de una importante utilidad en el desenvolvimiento de la economía nacional, ya que representa rapidez, eficiencia, exactitud en la dinámica de la vida económica de los cuentahabientes.

8.- UBICACION DE LA CUENTA DE CHEQUES EN LA TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES

Finalmente terminamos este capítulo con la ubicación de la cuenta de cheques en la teoría general de las obligaciones mercantiles y sobre este punto deseamos establecer que la cuenta de cheques es una institución jurídica de derecho comercial; la existencia, circulación y extinción del título y de los derechos y obligaciones que a ella se incorporan, son regulados por normas de naturaleza mercantil. Así lo dispone expresamente el art. 10. de la L.T.O.C., al establecer que los títulos que reglamentan son

cosas mercantiles y que son actos de comercio, su emisión, expedición, endoso, aval, aceptación y las demás operaciones que en ellos se consignen.

La propia L.T.O.C. al establecer una jerarquía de las normas aplicables a la materia que regulan, está conforme con la naturaleza mercantil de ésta. El art. 10. dispone que los actos y operaciones a que se refiere el art. anterior, se rigen: "I.- Por lo dispuesto en esta ley, en las demás leyes relativas: en su defecto. II.- Por la Legislación Mercantil general, en su defecto. III.- Por los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de éstos. IV.- Por el Derecho Común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal". Las normas del Derecho Civil son supletorias en materia de títulos de crédito, aunque, en realidad, tienen un importancia más decisiva, vienen a ser una verdadera fuente de Derecho Mercantil, pues éste se nutre teórica y prácticamente de los principios de aquél.

Antes de concluir deseamos dejar asentada nuestra postura en lo referente al cheque como título de crédito y su naturaleza jurídica, la amplitud del tema y lo profundo del mismo nos hace en ocasiones sintetizar demasiado nuestro conceptos; sin embargo estamos dispuestos, ya ajenos al trabajo recepcional el seguir la investigación, ya que el tema es abundante e inquietante.

CAPITULO III

A.- EL LLAMADO SOBREGIRO BANCARIO

- 1.- DEFINICION DE SOBREGIRO
- 2.- SU APLICACION
- 3.- AUSENCIA DE DISPOSICIONES NORMATIVAS EN RELACION AL SOBREGIRO
- 4.- APLICACION DE LOS USOS BANCARIOS EN RELACION AL SOBREGIRO
- 5.- EL SOBREGIRO COMO CREDITO DE BUENA FE
 - a) CAUSAS
 - b) CONSECUENCIAS BANCARIAS
- 6.- EL ERROR COMO CAUSA DEL SOBREGIRO BANCARIO
 - a) PROCEDENCIA DE LA EXCUSABILIDAD DEL ERROR

B.- EL SOBREGIRO BANCARIO EN EL CONTRATO DE CUENTA DE CHEQUES

- 1.- CAUSAS DEL SOBREGIRO EN LA CUENTA DE CHEQUES
- 2.- SISTEMAS DE SOLUCION QUE PLANTEA EL SISTEMA BANCARIO MEXICANO EN MATERIA DE SOBREGIRO
- 3.- PROCEDENCIA DE LA ACCION CAMBIARIA EN EL RECLAMO DEL PAGO DEL SOBREGIRO BANCARIO EN LA CUENTA DE CHEQUES
- 4.- PROCEDENCIA DE LA VIA ORDINARIA MERCANTIL EN EL RECLAMO DEL PAGO DEL SOBREGIRO EN LA CUENTA DE CHEQUES
- 5.- AUSENCIA DE NORMAS APLICABLES AL SOBREGIRO EN LA LEGISLACION MERCANTIL MEXICANA
- 6.- DIFICULTAD EN LA RECUPERACION VIA JUDICIAL DE UN SOBREGIRO CAUSADO EN LA CUENTA DE CHEQUES
- 7.- PROPUESTA: ES NECESARIO REGULAR EN LA LEGISLACION MERCANTIL EL SOBREGIRO BANCARIO EN LA CUENTA DE CHEQUES, PARA EVITAR PERJUICIO PATRIMONIAL A LAS INSTITUCIONES DE CREDITO

A.- EL LLAMADO SOBREGIRO BANCARIO

Vimos anteriormente que el cheque es una orden dada al banco en forma cambiaria, para que pague a la vista una cantidad de dinero con cargo a los fondos disponibles del librador, por lo que se desprende que la finalidad normal del cheque es servir de instrumento de pago, motivo por el cual se diferencia económicamente de la letra de cambio porque mientras ésta nace de una operación de crédito y representa dinero futuro, el cheque representa dinero del que puede disponer en el acto el librador.

Se dice que el cheque es título de crédito porque posee los atributos que son propios de dichos títulos; la necesidad de poseer el documento para ejercitar el derecho que representa, la literalidad de la obligación; la autonomía del derecho del portador y porque está sujeto al régimen de la circulación.

El pago ordinario del cheque entonces consistirá en la entrega de la suma determinada de dinero al tenedor por el librado en cumplimiento de la orden contenida en el documento.

El pago ordinario del cheque; esto es, el realizado por el librador al momento de la presentación, extingue las obligaciones cambiarias del librador, de los endosantes y de sus avalistas, en virtud de que la promesa contenida en el mismo ha quedado satisfecha.

Al mismo tiempo el librado; al pagar el cheque, cumple su obligación frente al librador, consistente en atender la orden de pago contenida en el mismo, en ejecución del contrato de depósito en cuenta de cheques celebrado entre ellos. Así pues, el pago ordinario de un cheque significa el fin de la vida del título y la extinción de las relaciones jurídicas establecidas entre los sujetos del mismo; el pago significa ejecución jurídica y económica de la función característica del cheque como medio de pago.

Ahora bien, el librado está facultado para abstenerse de pagar el cheque que se le presente en los siguientes casos:

a) Cuando el librador no ha constituido en su poder la suficiente provisión de fondos (artículos 175 y 184 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 108 fracción VII de la Ley de Instituciones de Crédito).

b) Cuando el librador carece de autorización para expedir cheques a su cargo (artículos 175 y 184 Ley General

de Títulos y Operaciones de Crédito).

c) Cuando el cheque omite mencionar alguno o algunos de los requisitos formales señalados por el artículo 176 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, siempre y cuando no puedan ser suplidos mediante presunciones establecidas en la propia ley.

d) Cuando la firma del librador sea manifiestamente falsa o no coincida con la que obre registrada en poder del librado (artículo 194 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

e) Cuando el cheque o uno de los datos que consten en el mismo se encuentren notoriamente alterados (artículo 194 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

f) Cuando el librador le haya notificado la pérdida o sustracción del esqueleto o talonario de cheques (artículo 194 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

g) Cuando el tenedor del cheque, de acuerdo con la ley de circulación del mismo, no se encuentre legitimado para cobrarlo (artículo 38 y 39 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

h) Cuando tratándose de cheques nominativos o a la orden, no se identifica debidamente al último tenedor (artículo 39 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

i) Cuando existe orden judicial en el sentido de suspender el cumplimiento de la prestación a que el cheque da derecho (artículo 145 fracción II, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

j) Cuando el cheque se encuentra prescrito (artículo 192 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

k) Cuando el librador revoque el cheque en los términos del artículo 185 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

l) Cuando el librador es declarado judicialmente en estado de quiebra, suspensión de pago o concurso (artículo 188 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

El objeto de este capítulo es precisamente estudiar la situación jurídica que se produce cuando el banco paga el cheque y no debería hacerlo, como en el caso del pago que realiza sin que el librador haya constituido la suficiente provisión de fondos; misma que se contempla en el inciso a) mencionado anteriormente.

I.- DEFINICION DE SOBREGIRO

La emisión regular de un cheque presupone la existencia de una relación jurídica entre el librador y el librado, en virtud de la cual el segundo ha autorizado al primero para disponer de la provisión mediante el libramiento de cheques a su cargo, pero los bancos, como comerciantes que son, cuidan los intereses de sus clientes porque con ello logran que se incremente su número y por esa razón cubren cheques que no cuentan con la provisión correspondiente; por lo tanto, podemos decir que sobregiro significa girar cheques cuyo monto sobrepasa el saldo existente en la cuenta, o sea que es erogar más de lo disponible; situación que como ya se dijo, "deriva del hecho de que los bancos tienen un justificado interés en la normal circulación de sus cheques, porque el hecho de rehusar su pago puede ser motivo de descrédito para ellos, sobre todo cuando tienen que sufrir la publicidad de un protesto." (37)

La definición de sobregiro que proporciona el diccionario de derecho usual, de Guillermo Cabanellas (38) es "Giro, letra, cheque o libranza, por entidad superior a la provisión de fondos o crédito".

-
- (37) PINA VARA, Rafael De. Teoría y Práctica del cheque. Tercera edición. Porrúa. México. 1984. pág. 131
- (38) CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Duodécima edición. Hellsta. Argentina. 1976.p. 198

Sobregirar.- "Exceder en un giro los fondos o crédito disponibles".(39)

Las definiciones anteriores, dan como nota esencial en el sobregiro, el hecho de que el librador se exceda en los fondos disponibles, ya que el mismo nombre lo indica, sobre el límite girar o girar sobre el límite.

La ley de Instituciones de Crédito, en su artículo 106 fracción XIV, establece; "A las instituciones de crédito les estará prohibido... Mantener cuentas de cheques a aquellas personas que en el curso de dos meses hayan librado tres o más de dichos documentos, que presentados en tiempo no hubieren sido pagados por falta de fondos disponibles y suficientes, a no ser que esta falta de fondos se deba a causa no imputable al librador.

Por su parte, las instituciones de crédito consideran el sobregiro cuando un cuentahabiente presenta un cheque a cobro por determinada cantidad y el librado (la institución de crédito), realiza el pago de ese cheque no existiendo fondos suficientes que cubran la cantidad total o parcial inserta en el documento.

La diferencia que notamos entre los dos conceptos anteriores es que mientras para las instituciones bancarias

(39) CABANELLAS, Guillermo. op. cit., p. 198

el sobregiro se presenta cuando se libra un cheque y este se paga aún sin los fondos disponibles, para la Ley de Instituciones de Crédito, en el citado artículo 106, fracción XIV, es suficiente que se libere el cheque y que no tenga fondos suficientes para pagarlo, y la idea que se maneja como sobregiro en este trabajo es precisamente cuando se libra un cheque y este se paga sin los fondos suficientes o disponibles, pues en el otro caso citado no consideramos se presente el sobregiro pues no existe diferencia en la Institución bancaria respecto a la cantidad disponible en la cuenta de cheques y la cantidad pagada, por la cual la institución tendría que solicitar su devolución.

B.- SU APLICACION

En relación con las obligaciones de los bancos cabe recordar la prohibición que establece la fracción VII del artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito, respecto a aceptar o pagar documentos o certificar cheques en descubierto, situación que se contraviene precisamente cuando el banco, al ver que el otorgante es un buen cliente suyo, que en el momento de presentación a cobro del cheque carece de fondos, paga el mismo abriéndole un crédito hasta por el monto del documento o en el caso de que la provisión sea menor a la cantidad que se encuentra inserta en el documento, se conceda dicho crédito por la diferencia que existe.

Como se puede apreciar, el sobregiro se presenta entonces como un crédito no documentado en el cual el cheque podría tener un mero valor probatorio en cuanto se estime que se concedió el mismo al librador; pues el banco librado está obligado a pagar si y en cuanto tenga fondos suficientes a disposición del librador del cheque pero si paga, aún en defecto de fondos (porque tenga confianza en que el librado responderá después de los fondos), paga válidamente y al abrirle un crédito al librador, le concede crédito por el importe del cheque, siempre a la cuenta del cliente librador.

3.- AUSENCIA DE DISPOSICIONES NORMATIVAS EN RELACION AL SOBREGIRO

Respecto al contrato de cuenta de cheques, y analizando los formatos que documentan el mismo, el cual se encuentra inserto la mayoría de las veces en la tarjeta de registro de firmas de la cuenta, indican en relación al sobregiro lo siguiente: "Si se llevaran al cuentahabiente cuentas separadas y se diera el caso de que alguna resultara sobregirada teniendo en la otra saldo acreedor, el banco queda facultado para hacer el traspaso correspondiente en suma redonda, a fin de que aquella no arroje saldo deudor, sin que esta facultad sea obligación del banco.

Independientemente del traspaso que pueda hacer el banco para cubrir el sobregiro, y este no quede cubierto en su totalidad, el banco podrá cargar o cobrar al cuentahabiente los intereses en base al monto del sobregiro durante todo el tiempo que permanezca sin ser cubierto".

La facultad que se concede a la institución bancaria en el contrato de cuenta de cheques a que se hace referencia, respecto al traspaso de cuantías sobregiradas a otras cuentas del mismo cuentahabiente, además de que no es obligación del banco, en la práctica no se aplica pues la mayoría de las ocasiones los clientes manejan una sola cuenta de cheques con el mismo titular y cuando se da el caso de que exista otra, normalmente se encuentra sin saldo a favor, sino que en las mismas condiciones.

Ahora bien, respecto al cobro de los intereses causados en el sobregiro, la mayoría de las veces es improcedente pues no obstante que se indica que el banco podrá cargar o cobrar al cuentahabiente los intereses en base al monto del sobregiro, no se indica en ningún momento el monto de esos intereses.

En otras de las cláusulas de los contratos de cuenta de cheques, la mayoría de las veces se puede apreciar que indica "cuando por causa imputable al cuentahabiente se le

devuelve uno o más cheques por falta de fondos, el banco queda autorizado para cargar a su cuenta una sanción de acuerdo a la tasa vigente del Banco de México por cada cheque devuelto."

En este caso, no se aplica el sobregiro en los términos manejados en este trabajo pues se habla de un cargo a la cuenta por la devolución de cheques o sea que no se pagaron los mismos y no se creó lo que aquí denominamos sobregiro bancario.

4.- APLICACION DE LOS USOS BANCARIOS EN RELACION AL SOBREGIRO

En la práctica bancaria es frecuente que un gerente o funcionario de una institución de crédito, autoriza que sea pagado un cheque, sin que cuente con los fondos suficientes o bien tome en firme remesas sobre otras plazas y en la actualidad es frecuente que la mayoría de los bancos paguen los cheques sin verificar si tiene fondos disponibles, mientras no se pase de un límite establecido por la propia institución, en el importe del documento.

En la mayoría de los casos esta práctica se efectúa como ya se dijo, porque el cuentahabiente es buen cliente de la institución de crédito, es decir que mantiene buenos

saldos o promedios y confía la institución en que el cliente reintegrará su importe.

En este tipo de práctica, el banco al autorizar o consentir que se sobregire una cuenta, lo está haciendo bajo su responsabilidad y si el cuentahabiente se negara a pagar el importe, entonces traspasa esta operación a una cuenta que se denomina de deudores diversos o sea que se consideran clientes o personas que tienen un adeudo con la institución de crédito, pero no existe documento preciso que pruebe o demuestre esto.

A continuación nos permitimos transcribir un manual dirigido a los Gerentes de las sucursales de Banca Cremi, S. A., en las cuales se aprecian claramente las políticas que siguen algunas instituciones con respecto al sobregiro.

"Con el objeto de proteger la seguridad de los funcionarios con manejo de cuenta, así como de la propia Institución; a continuación se detallan las políticas a seguir para la apertura y operación de cuentas de cheques.

I. APERTURA DE CUENTAS

1. Identificación del prospecto.- El Gerente o Ejecutivo de Cuenta deberá solicitar una identificación oficial

(cartilla, pasaporte o cédula profesional) que lo identifique plenamente en caso de ser persona física.

- En caso de ser una empresa (persona moral) deberá presentar la copia del acta constitutiva y de poderes, conteniendo datos del Registro Público de la Propiedad.

2. Comprobación del domicilio del prospecto.- El Gerente o Ejecutivo de Cuenta deberá solicitar que le presente un comprobante de su domicilio (boleta predial, contrato de arrendamiento de 6 meses como mínimo).

3. Conocimiento de firma.- El Gerente o Ejecutivo de Cuenta deberá solicitar al prospecto que presente el conocimiento de firma de un cuentahabiente de la Institución o de otra Institución Bancaria, así como otra identificación oficial.

- El Gerente o Ejecutivo de Cuenta deberá investigar con el cliente o Banco que haya proporcionado el conocimiento de firma, que efectivamente esté de acuerdo. Así como checar con el gerente del banco que dio el conocimiento de firma, la antigüedad y experiencia en el manejo de la cuenta. Si es cliente reciente nuestro, del otro Banco de ambos, deberá rehusar la apertura.

- El Gerente o Ejecutivo de Cuenta deberá solicitar la validación de firmas de quien esté proporcionando el conocimiento.
 - Quedará a criterio del Gerente dar su conocimiento de firma para la apertura de cuentas de cheques considerando la responsabilidad real que con ello adquiere. Por lo tanto, deberá tener presente el NO otorgar ese conocimiento a personas físicas que acudan por primera ocasión a la oficina, sin antes estar plenamente seguro de su solvencia moral y económica.
4. Establecimiento de la cuenta de cheques.- El Gerente o Ejecutivo de Cuenta deberá verificar que la "Solicitud de apertura de cuentas de cheques" contenga toda la información requerida.
- En caso de personas físicas deberá poner especial atención en su domicilio particular, asimismo el de la empresa donde presta sus servicios.
 - En caso de que el solicitante no se encuentre en la zona de influencia y no sea, verdaderamente conocido, recomendado por algún funcionario o cliente importante, deberá rehusar la apertura de la cuenta.

En las aperturas espontáneas tener mayor cuidado, elevar el monto de la apertura, soicitar y checar las referencias antes de entregar la chequera y hacer más profunda la visita ocular al negocio, en caso de duda deberá rehusar la apertura.

Invariablemente se debe solicitar la autorización del Subdirector de Sucursal para la apertura de la cuenta, debiendo firmar de Visto Bueno en la solicitud.

5. Depósito Inicial.- Si es en efectivo se podrá tomar en firme.
- Deberá tomar salvo buen cobro:
 - . Los depósitos que contengan cheques a cargo de otros bancos, ya sean de caja, certificados, giros, remesas o de cuentas de cheques.
 - Los depósitos que contengan cheques a nuestro cargo sobre otra plaza, y que no se logre comprobar que sean buenos, que existan fondos o que estén pendientes de pago o boletinados.
6. Utilización de fondos de depósito iniciales tomados salvo buen cobro

- Por ningún motivo se podrá disponer del saldo de un depósito tomado salvo buen cobro, para la expedición de cheques de caja, giros, ventanilla, órdenes de pago o cualquier situación o traspaso de fondos.

7. Investigación de referencias.- El Gerente o Ejecutivo de Cuenta deberá solicitar la investigación de la información proporcionada en la solicitud de apertura.

- Deberá contener un mínimo de 3 referencias (tarjetas de crédito o comerciales).

8. Entrega de talonarios.- El Gerente o Ejecutivo de Cuenta deberá efectuar la entrega del primer talonario de cheques dentro del domicilio del cuentahabiente.

- Para cuentas nuevas se deberá entregar una sola chequera.
- Por ningún motivo se entregará el talonario de cheques cuando se trate de casas de huéspedes, pensiones, hoteles, departamentos amueblados en renta, domicilios "provisionales" o casas de conocidos.
- Por ningún motivo se entregará fuera del mismo a

personas que no sean el (los) titular (es) de la cuenta de cheques.

- Para la entrega de chequera de cuentas nuevas, se deberá elaborar el formato "Reporte de entrega de chequeras" en original y copia.

Se deberá recabar previamente la firma del cliente en el formato "Reporte de entrega de chequeras" y distribuyendo dicho formato de la siguiente forma.

Original.- Expiente del cliente

Copia.- Subdirección de Sucursales

Deberá anotar datos concretos sobre el inmueble donde se ubique el domicilio del cliente.

El Gerente deberá vigilar la entrega de las primeras chequeras para evitar que un cliente indeseable o dudoso tenga en su poder más de un talonario. Se deberá vigilar también que los clientes improductivos no giren muchos cheques, ya que ello va en perjuicio del banco. Se recomienda instruir a los encargados de cheques que les reporten los clientes a quienes se entregan dos o más chequeras mensuales, o vigilando el

manejo de la cuenta a través del listado 100 "Detalle de promedios por zona y sucursal", del sistema de cheques.

Toda adición o sustitución a las tarjetas de firmas se efectuará una vez que el Gerente hable personalmente con el (los) titular (es) de la cuenta y requisiere el formato "Solicitud de cambio de firmas", en original y copia.

- . Por ningún motivo se hará algún cambio, sino se cumple con lo mencionado anteriormente.

- Se deberá enviar al departamento de Microfilmación la tarjeta de firmas modificada, y el formato "Solicitud de cambio de firmas" se distribuirá de la siguiente forma:
 - . Original - Expediente del cliente
 - . 1a. copia - Cliente
 - . 2a. copia - Subdirección de Sucursales

9. Apertura de chequera con solicitud de servicio de depósito de pagarés de tarjetas de crédito.

Cuando el cliente abra una cuenta de cheques, solicitando el servicio de "Depósito" de pagarés de las

tarietas de crédito afiliadas a los sistemas de: Cremi
Tarieta Maestra (en todas su modalidades), Bancomer,
Carnet y Banamex, así como los pagarés de las tarietas
internacionales Visa y Master-Card, el Gerente deberá
de solicitar la presentación del "Contrato" celebrado
con dichas instituciones, así como quedarse con una
copia fotostática de los contratos.

Esto con el fin de conocer que el negocio del cliente está legalmente constituido o establecido.

10. Los pagarés de tarietas de crédito se tomarán en firme,
siguiendo las políticas establecidas para "La
aceptación de depósitos en firme" que se mencionan en
el tema III.

11. El promotor deber evitar que se hagan cargos en la cuenta de cheques recién abierta, hasta transcurrido un mínimo de 24 horas, exceptuando los casos en que las aperturas sean hechas por clientes muy conocidos o cuenta-habientes, esto es con el fin de verificar que no haya problemas con los documentos depositados o que se trate de una cuenta indeseable, que esté boletinada.

II. OPERACION DE CUENTAS DE CHEQUES

1. Depósito.- Los depósitos en efectivo se tomarán en

firme

- En caso de ser con documentos, se deberá estampar el sello de "Salvo buen cobro".
 - . Por ningún motivo se tomarán los depósitos en firme, si no ha cumplido los tres meses establecidos y de acuerdo a los promedios en su cuenta de cheques.
2. Pago de cheques. El Gerente deberá revisar que el cheque no venga con espacios en blanco, tanto en el importe con números como con letra.
- En caso contrario, llene los espacios con cruces o rayas espaciadas con la máquina de escribir, ejemplo:
 - \$XXX1,900.00 (XXXMIL NOVECIENTOS 00/100 M.N.)
 - \$---1,900.00 M.N. (---MIL NOVECIENTOS 00/100 M.N.)
3. Pagos de cheques de ventanilla.- El Gerente deberá identificar plenamente al cliente y que la firma del mismo sea igual a la registrada en los "jacketts".
- Deberá vigilar que el cheque de ventanilla se cobre el mismo día y en la oficina que expidió dicho documento.
4. Solicitud de saldo.- No deberá autorizar "Solicitud de saldos" a personas que no sean los titulares o que sean

solicitadas por teléfono.

5. Solicitud de talonarios.- Deberá supervisar que los talonarios personalizados no se entreguen a personas que no sean el titular o la autorizada por éste último.
6. Cambio de firma autorizada.- El Gerente deberá confirmar con el titular el cambio de firma, de preferencia personalmente y con la persona que será la autorizada en recoger los talonarios.

III. ACEPTACION DE DEPOSITOS EN FIRME

1. Cuando se lleve a cabo una protección para la aceptación de un depósito en firme, éste deberá ser confirmado entre los funcionarios involucrados únicamente. Por ningún motivo deberá efectuarse a través de la secretaría u otro personal.

- Será indispensable solicitar la clave de autorización

2. Quedará a criterio del Gerente aceptar depósitos en firme, de acuerdo a los promedios manejados por el cliente en la Institución.

Se debe tener cuidado a qué cliente se le tomen

depósitos en firme y no basarse sólo en la supuesta bondad de los cheques depositados, ya que se han detectado cheques certificados falsificados, cheques de caja alterados y cheques de empresas AAA extraviados o robados. Nunca perder de vista que el crédito se lo damos a nuestro cliente y no a sus clientes.

3. El Gerente de la oficina deberá firmar y estampar el sello en firme, exclusivamente en el original de la ficha de depósito aceptada en firme.
4. El Gerente deberá solicitar al cliente, elabore su depósito conteniendo exclusivamente documentos.
 - Por ningún motivo se aceptarán fichas de depósito que contengan conjuntamente documentos y dinero en efectivo, ya que éste último deberá ser entregado por el cliente, con su ficha respectiva directamente en la caja.
5. El Gerente deberá entregar al cuentahabiente una contraseña, en lugar de la ficha de depósito tomada en firme, indicándole la caja que lo atenderá.
6. Deberá turnar el depósito tomado en firme con la 2a. parte de la contraseña a la cajera para su trámite correspondiente.

Se debe hacer especial énfasis con los cajeros y reafirmar en todas las juntas, que no deben recibir depósitos en firme si estos no son recibidos por atrás de sus cajas de manos de algún empleado del banco y con el VOLANTE CONTRA SEÑADO.

ES IMPORTANTE LA OBSERVACION DE ESTAS NORMAS YA QUE POR VIOLARLAS SE HAN OCASIONADO FRAUDES.

IV. DEVOLUCION DE CHEQUES

1. Devolución de cheques por fondos insuficientes o el librador no tiene cuenta con la Institución o Sociedad Nacional de Crédito.
 - El ARTICULO 387, FRACCION XXI DEL CODIGO PENAL establece: para que exista el delito, debe tener el librador la intención de procurarse un bien ilícitamente u obtener un lucro indebido.
 - Para que se pueda proceder en contra el librador, el cheque en cuestión, debe contener la certificación de la inexistencia de la cuenta o de los fondos suficientes, que realice el personal autorizado por la Institución o Sociedad Nacional de Crédito.
 - La sanción aplicable en estos casos será igual a

la pena de fraude, es decir, se impondrá prisión y multa de acuerdo con el valor de lo defraudado.

- Esta reforma deroga o cancela el Art. 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que sanciona dicho ilícito, y su vigencia empezó a partir del día 12 de abril de 1984.

En los casos en que se observen más de tres cheques devueltos en un mes, deberá de cancelarse la cuenta y pedir su boletización. La misma situación se debe observar cuando existen frecuentes sobregiros. Se deberá dialogar con el cliente advirtiéndole de la situación antes de cancelar la cuenta.

2. Por lo antes citado se deberá cumplir los siguientes puntos:

- Todos los funcionarios con manejo de cuentas deberán informar a nuestros clientes de esta nueva reforma.

Esto es con el fin de prever posibles fraudes, tanto para ellos como para la institución.

- Los Encargados de Cheques deberán cumplir con los siguientes puntos:

- . Cuando un cheque no reuna los requisitos necesarios para llevar a cabo la operación de pago, verifique con el Subgerente Administrativo o con el Contador si realmente procede la devolución.

Entre las causas más comunes de devolución están:

Fondos insuficientes según nuestros libros (Art. 175).

No tiene cuenta con nosotros el girador (Art. 175).

Falta de firma del girador (Art. 175).

La firma del girador no es igual a la que tenemos registrada (Art. 194)

- . Porque falta antefirma.
- . Porque falta la rúbrica.
- . Porque falta una firma.
- . Porque está registrada con la de otro apoderado.

- Para efectos indicados en el punto No. 1 del tema IV, siempre y cuando el cliente lo solicite, el

Encargado de Cheques deberá estampar el sello con
la leyenda:



"ESTE CHEQUE NO FUE PAGADO A SU PRESENTACION DE
VENTANILLA POR

(PLAZA) A DE DE 19
BANCA CREFMI, S.N.C."

3. El Gerente o funcionario deberá vigilar las devoluciones de los cheques depositados para:

- Ver que no se trate de traspasos de cuentas en otros bancos que maneje el mismo cliente.
- Ver la incidencia de devoluciones que lo alertarán para suprimir la toma de depósitos en firme.
- Vigilar que los cheques devueltos sean entregados oportunamente al cliente, reteniéndolos cuando exista algún sobregiro.
- Revisar que en la libreta de devoluciones o en el acuse de recibo, se anoten los datos de la indentificación de la persona que lo recoge, cuando no se trate del titular directamente, para

evitar posibles problemas posteriores.

No respetar estos lineamientos pueden ser utilizados para beneficio de defraudadores, quienes continuamente están desarrollando nuevas técnicas y siempre involucran en lo personal a nuestros funcionarios, ocasionándoles serios problemas a pesar del apoyo que la Institución les brinda.

Se les recomienda enfáticamente consideren lo anterior y lo respeten estrictamente.”.

Como es de apreciarse, queda siempre a criterios del Gerente de la Sucursal aceptar los depósitos en firme, concediéndoles amplias facultades al respecto tomando en cuenta los promedios manejados por el cliente en la institución, manejando en concreto que en caso de sobregiro el crédito se lo otorgan a sus cuentahabientes y no a los clientes de éste.

5.- EL SOBREGIRO COMO CREDITO DE BUENA FE

“Respecto a la apertura de crédito la doctrina más progresista ha abandonado hace tiempo la fórmula que considera la apertura de crédito como un contrato real (mutuo) cuyo momento de perfeccionamiento y eficacia dependen de la suministración del crédito. Esa fórmula ha

sido superada en atención al desarrollo que la estructura de la operación ha venido asumiendo en la práctica durante los últimos decenios, especialmente en los bancos." (40)

Indica el autor citado que un nuevo orden de ideas hacia el que la ciencia se orienta definitivamente, ha desplazado de su base al concepto de la apertura de crédito. Es mérito de Endemann, de Grunhüt y de Bonelli el haber demostrado que el contenido peculiar y esencial del contrato consiste en el acreditamiento, considerado en sí y por sí; o sea en la posibilidad dada al acreditado de disponer del patrimonio del acreditante hasta la concurrencia de una suma determinada (el crédito); en que este último puede dar crédito sobre la suministración de la suma misma, a cada solicitud y ampliar en tal modo su potencialidad de negocios que resulta tanto mayor, dada la posibilidad señalada, cuando más acrecen los medios económicos de que dispone. El acreditamiento que en esta forma asume la importancia de un bien económico autónomo y de cosa en sentido jurídico, aparece en tal guisa, como capaz de constituir por sí solo la finalidad a la que aspiran las partes contratantes.

De las nociones expuestas, surge una consecuencia que es de suma importancia para los requisitos del contrato y para su disciplina jurídica. "El contrato debe considerarse

(40) FRANCESCO, Messineo. Contenido y caracteres jurídicos de la apertura de crédito. Traducción de Ezio Cuzi M. Segunda edición. Jus. México. 1944. p. 17

como perfecto y constitutivo de derechos y obligaciones por la sola promesa de abrir crédito hecha por el acreditante y aceptada por el acreditado. En esto consiste su consensualidad, entendida no solamente en sentido moderno, en cuanto se forma por el solo consentimiento de las partes sino también; y sobre todo, en sentido específico o sea de su contraposición con la realidad en su acepción romántica, que se refiere al modo de formación del contrato." (41)

Con el fin de hacer efectivo el acreditamiento es necesario que cada parte realice alguna conducta prevista, esto es:

a) Que el acreditado efectúe la provisión de fondos que corresponde al crédito que el otorgante le abrió, dentro del plazo estipulado.

b) Que a su vez el acreditante ponga a disposición del acreditado el crédito estipulado.

El traslado de los fondos a disposición del acreditado, que es el contenido principal e imprescindible de la prestación a cargo del acreditante, puede considerarse desde otro punto de vista, porque de ahí se deriva el derecho del acreditado y se determina de modo más intrínseco el contenido estructural del contrato. El acreditado adquiere

(41) FRANCESCO, Messineo. op. cit. p. 17

de esta suerte la disponibilidad de la suma que se le concedió y puede, siempre que quiera, hacer exigible la obligación del acreditante ordenándole la suministración de la cosa misma.

En el caso del cheque, así como en la apertura del crédito, es presupuesto de la disponibilidad la llamada provisión de fondos, pero no necesariamente ésta se forma mediante sumas propiedad del librador o acreditado, que se transfieran al librado o acreditante; aparte de la circunstancia de que la fuente de la provisión puede derivarse de un crédito contra el librado o acreditante, o del importe de una letra de cambio descontada por el librador, o por el acreditado, o del saldo activo de una cuenta corriente reconocida por el librado, o por el acreditante a favor del librador, o del acreditado o, en fin, de pagos hechos por un tercero al librado o al acreditado mediante giros bancarios ante el librado o el acreditante, tiene de particular en la apertura de crédito, que el acreditamiento no tendría razón de ser si el acreditado fuese ya propietario de la suma que le hace falta.

La apertura de crédito según se ha venido amoldando la práctica bancaria, tiene en realidad la propiedad de ser el punto de partida para otras operaciones, disímbolas entre sí, tanto por su finalidad como por su naturaleza jurídica (libramiento de cartas de crédito, apertura de crédito para

con terceros, descuentos de letras de cambio, aceptación de documentos, etc.).

Los contratos preliminares suelen anunciar el tipo técnico que se presentará en el o en los contratos definitivos los cuales, por lo tanto son siempre homogéneos y paralelos al tipo de contrato preliminar.

La necesidad del consentimiento del acreditante en todos aquellos casos en los que no existe de antemano una relación previa entre las partes, es en verdad inútil en el caso de la apertura de crédito, cuya naturaleza de contrato con contenido a especificarse en el futuro, significa que los modos de disposición señalados deben tenerse todos como virtualmente previstos e incluidos en el contrato y por lo tanto, todos aceptados anticipadamente por el acreditante siempre y cuando constituyan erogaciones de crédito.

Algunos autores, consideran que la apertura de crédito es un contrato que se concreta exclusivamente a proporcionar un beneficio al acreditado el cual por lo mismo, queda siempre en posibilidad de disponer de esa suma o renunciar a ella.

Cuando no existe provisión de fondos, una de las ventajas que el acreditante espera del contrato consiste en percibir intereses.

La apertura de crédito es un contrato (consensual, definitivo, conmutativo normalmente oneroso, unilateral o bilateral según las circunstancias), de contenido complejo, o sea que comprende una duplicidad de efectos; el primero inmediato y esencial, que consiste en que el acreditante pone una cantidad a disposición del acreditado y desde el punto de vista jurídico, es accesorio y eventual, que se traduce en la realización de una o más disposiciones de fondo bajo la forma en que el acreditado escoge y que implica otras tantas prestaciones por parte del acreditante o sea la obligación de dar o de hacer y la salida de esa suma o parte de ella, del patrimonio del acreditante.

"Al estudiar el contrato se ha pretendido o bien formarle una estructura fundamental que perdura como dato constante, o bien considerarlo en su forma menos compleja, en la que falte la cobertura del acreditamiento (apertura de crédito descubierto) y el crédito no pueda reintegrarse mediante remesas por parte del acreditado (apertura de crédito a plazo fijo) o también que la reestructuración de las sumas erogadas esté garantizada con coberturas de carácter real (prenda o hipoteca) o personal (fianza) o hecha más expedita mediante el otorgamiento del pagaré en blanco por parte del acreditado, para su recuperación o su inmovilización." (42)

(42) FRANCESCO, Messineo. op. cit. p. 138

En términos generales, puede decirse que crédito es la transferencia de bienes que se hace en un momento dado por una persona a otra, para ser devueltos a futuro, en un plazo señalado y generalmente con el pago de una cantidad por el uso de la misma. Es de aclararse que el crédito no sólo puede otorgarse en dinero, sino también en especie y en la posibilidad de disposición del dinero.

a) CAUSAS

El pago que un banco efectúa a un tercero por cuenta de un cliente con el cual ya sostiene relaciones de apertura de crédito y a título de ejecución de ésta, en nada se diferencia de cualquier otro negocio solutorio enderezado al mismo fin. Aquí se ven con toda claridad las ventajas de la apertura de crédito sobre el pago hecho por medios bancarios.

En la práctica bancaria, y por el elevado número de operaciones que se realizan a través de cheques, es frecuente que el empleado de una institución de crédito tenga un error sobre la provisión de fondos que tiene el librador en su cuenta de cheques, por lo que realiza el pago del documento ocasionando el sobregiro al no tener el librador fondos suficientes para cubrir la cantidad inserta

en el documento, cuando se presenta este error comunmente el banco pasa esta operación a una cuenta llamada de deudores diversos, o sea que son clientes que tienen un adeudo con la institución de crédito, pero no existe documento preciso, basado en un contrato, que pruebe o demuestre esto.

Como ya se dijo anteriormente en la mayoría de los casos, esta práctica se efectua porque el cuentahabiente es un buen cliente, es decir que mantiene buenos saldos o promedios y confía la institución en que el cliente reintegrará el importe.

En este tipo de práctica; el banco, al autorizar o consentir que se sobregire una cuenta, lo está haciendo bajo su responsabilidad, de lo cual se desprendería que si el cuentahabiente no quisiera pagar y se negara a hacerlo podría decirse que el banco concedió un crédito al librador por el monto del documento, sin plazo para su pago, aplicándose el criterio de que este tipo de operación es un acto de comercio y por ello, es un crédito indefinido, pues si bien es cierto que el banco librado esta obligado a pagar si y en cuanto tenga fondos disponibles el librador del cheque, pero si paga, aún en defecto de fondos, paga válidamente y, entre tanto, le abre un crédito al librador y le debita el importe del cheque.

La palabra crédito, derivada del latín *credere*, significa confianza en su acepción etimológica y normalmente tiene ese sentido en el lenguaje común, pues por ejemplo para expresar que una persona nos merece confianza, decimos que nos merece crédito o que es digna de crédito; pero cuando hablamos de crédito en sentido jurídico o, más precisamente, de operación de crédito, empleamos el vocablo en su acepción técnica.- Nos queremos referir entonces a aquel negocio jurídico por virtud del cual el acreedor (acreditante) transmite un valor económico al deudor (acreditado) y éste se obliga a reintegrarlo en el término estipulado.- A la prestación presente del acreditante debe corresponder la contrapartida, prestación futura del acreditado.

En el caso del sobregiro, consideramos que se cumplen con los requisitos que exige el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pues el acreditante o sea el banco, pone una suma de dinero a disposición del acreditado para que haga uso de ella, correspondiendo como contraprestación del acreditado restituir las sumas de que disponga y cubrir oportunamente el importe de la obligación que contrajo, así como pagar los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se causen.

La apertura de crédito, escribe Cervantes Ahumada, es

un contrato estructurado en la práctica bancaria y de reciente reglamentación en los ordenamientos positivos.- En México, por primera vez en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en Italia, en el Código Civil de 1942.- En varios países no se reglamenta, pero puede decirse que se practica mundialmente.- En la práctica bancaria Norteamericana se le llama "Línea de Crédito (LINE OF CREDIT)" y ese término se ha adoptado en la práctica bancaria mexicana, principalmente para las aperturas de crédito celebrados entre banco y banco.

Cabe decir que coincidimos con el criterio del maestro Rodríguez Rodríguez en el sentido de que las operaciones bancarias se caracterizan por ser operaciones de crédito realizadas profesionalmente.- Los bancos son, en definitiva -dice el autor citado-, empresas que se encuentran en el centro de una doble corriente de capitales; los que afluyen hacia el banco, de gente que no los necesita, y los que efluyen del banco para ir a manos de aquellos que se encuentran precisados de ellos tomando dinero barato y proporcionarlo un poco más caro, con carácter profesional, es decir, de un modo habitual y como finalidad de existencia. Las operaciones por las que el banco recibe dinero son operaciones de crédito; aquellas por las que el banco da dinero son también de crédito.

Ahora bien, respecto al término para hacer exigible dicha restitución, consideramos aplicable lo dispuesto en el artículo 294 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, párrafo segundo que indica que cuando no se estipule término, se entenderá que cualquiera de las partes puede dar por concluido el contrato en todo tiempo, notificándole así a la otra, mediante notario o corredor y en su defecto, por conducto de la primera autoridad política del lugar de su residencia.

B) CONSECUENCIAS JURIDICAS

"La creación de un cheque ha de tener como base una previa obligación de pagarlo por parte del librado esta obligación se produce cuando el librado es depositario de fondos del librador o se comprometió a concederle crédito, en cualquiera de estos casos; y en otros similares, el librado paga porque tiene provisión. Tener provisión de fondos significa por lo tanto, tener el derecho a la restitución de esos fondos. La causa de esta obligación de restitución puede ser variadísima; por ejemplo un contrato de préstamo irregular, de préstamo, de apertura de crédito, de comisión de venta, etc."(43)

(43) RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Derecho Bancario. Segunda edición. Porrúa, S. A. México. 1945. p. 117

Rodríguez y Rodríguez afirma que en nuestro derecho solamente son posibles dos contratos como causa del crédito que puede servir de base al libramiento de cheques; el depósito irregular de dinero y la apertura de crédito en sus diversas formas.

Este derecho de crédito puede ser resultado de un depósito hecho por el librador, pero también puede ser consecuencia de una apertura de crédito hecha por el librado a favor del librador, debe tratarse pues, de un crédito líquido o sea de cuantía determinada, que no necesita de ninguna operación para fijar su importe. También debe ser un crédito exigible, o sea no sujeto a condición ni a término cuyo pago, en consecuencia, no puede rehusarse conforme a derecho.

Debe plantearse también el problema de determinar el momento en que debe existir la provisión en poder del banco, esto es si debe existir ya en el momento de la emisión del cheque o si puede constituirse hasta el momento de la presentación para su pago.

De la lectura del artículo 175 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito se desprende: a) que el cheque solamente puede ser expedido a cargo de una institución de

crédito o banco y b) que el cheque sólo puede ser expedido por quien teniendo fondos disponibles en una institución de crédito, está autorizado para librar cheques a su cargo. Estos requisitos para la emisión regular del documento que nos ocupa se conocen como presupuestos de emisión.

"Si el librador no tiene fondos disponibles en poder del librado, el título deja de ser un instrumento de pago; al cubrir el cheque el librador otorgaría crédito al librado; al recibirlo, el tomador haría lo propio, sin poder contar con fondos del mismo librador, disponibles en poder de librado." (44)

Por provisión debe entenderse el derecho de crédito por una suma de dinero que tiene el librador en contra del librado, independientemente del origen del crédito.

Ahora bien, el origen de ese derecho de crédito, la causa de la obligación del librado, puede ser de muy distinta naturaleza, normalmente nace de un depósito irregular de dinero a la vista hecho por el cliente con el hanco librado o de una concesión de crédito por parte del hanco a favor del cliente.

(44) ASCARELLI. Derecho Mercantil. Trad. Felipe de J. Tena. Primera edición. Porrúa S.A. México. 1940. p. 372

C) CONSECUENCIAS BANCARIAS

La Ley de Instituciones de Crédito, en su título quinto, Capítulo I denominado de las prohibiciones, en su artículo 106 señala "A las instituciones de crédito les estará prohibido: ...XIV.- Mantener cuentas de cheques a aquellas personas que en el curso de dos meses hayan librado tres o más de dichos documentos, que presentados en tiempo no hubieren sido pagados por falta de fondos disponibles y suficientes, a no ser que esta falta de fondos se deba a causa no imputable al librador.

Cuando alguna persona incurra en la situación anterior, las instituciones darán a conocer a la Comisión Nacional Bancaria el nombre de la misma, para el efecto de que tal organismo lo dé a conocer a todas las instituciones de crédito del país, las que en un período de un año no podrán abrirle cuenta. El interesado podrá acudir ante la citada Comisión o manifestar lo que a su derecho corresponda.

Lo dispuesto en el artículo que se transcribe, en realidad no se lleva a la práctica principalmente por su alto costo y complicado procedimiento, además de que las instituciones de crédito no cumplen con dicha disposición en base a que les interesa conservar su clientela como

depositantes y cuentahabientes, propiciando que los clientes no se recaten en su conducta antijurídica de emitir cheques sin fondos.

6.- EL ERROR COMO CAUSA DEL SOBREGIRO BANCARIO

"El error es una creencia sobre algo del mundo exterior que está en discrepancia con la realidad o bien es una falsa o incompleta consideración de la realidad." (45)

Al respecto el maestro Borja Soriano señala "El error puede ser: a) de aritmética o de cálculo, el cual da lugar a su rectificación (artículo 1814 del Código Civil), b) de hecho, que es aquel que recae sobre hechos materiales y c) de derecho que es aquel que recae sobre una regla de derecho." (46)

En cuanto al sobregiro, el error se presenta cuando un cuentahabiente efectúa un depósito anotando en la ficha respectiva otro número de cuenta, distinto al que le corresponde, en este supuesto, con frecuencia el cuentahabiente favorecido con el depósito mal realizado,

- (45) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Quinta edición. Cajica. México. 1976. p.273
- (46) BORJA SORTANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Novena edición. Porrúa, S. A. México. 1984. p. 216

hace uso del mismo al darse cuenta de esa situación e inmediatamente después procede a cancelar su cuenta de cheques.

Creemos que en este tipo de error, la institución de crédito, al presentarse el sobregiro, no tiene facultad para realizar el cargo y abono a las distintas cuentas de cheques, para corregir el error, pues puede darse el caso de que el cuentahabiente favorecido podría sostener que no hay error además de que pudiera existir relación extrabancaria entre los mismos clientes y podrían demandar a la institución de crédito por los daños y perjuicios que se les pudiera ocasionar, aunque también puede suceder que al rectificarse el error mencionado, la cuenta resulte sobregirada porque se dispuso en todo o en parte de la cantidad mal abonada, otro caso sucede cuando el cajero por error al momento de entregar una suma determinada de dinero, entrega otra mayor.

Al presentarse los errores mencionados anteriormente, a excepción del último; en los cuales la institución la mayoría de las ocasiones cobra dicha suma al empleado responsable, el banco pasa los sobregiros causados a una cuenta denominada "deudores diversos".

Conforme al criterio del autor Luis Muñoz (47) el error que interesa al derecho es el jurídicamente relevante, como por ejemplo el error sobre la existencia de un precepto legal, sobre si el ordenamiento jurídico tipifica o no un contrato, sobre la naturaleza del acto jurídico, etc.; no así el error sobre acontecimientos sin trascendencia jurídica.

Considera el autor mencionado que el comportamiento o la conducta erróneas no son dolosos, ya que no puede decirse que lo sea el desconocimiento por el agente de que su comportamiento o conducta son contrarios al deber. Podrá apreciarse culpa si el error era vencible, pero nunca dolo.

a) PROCEDENCIA DE LA EXCUSABILIDAD DEL ERROR

El error de derecho no anula el contrato dice el artículo 1296 del Código de 1884; al contrario, el Código de 1928 sujeta a los mismos principios al error de derecho y al de hecho, en su artículo 1813 diciendo: "El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara

(47) MUÑOZ, Luis. Teoría General del Contrato. Primera edición. Cárdenas. México. 1973. p. 281

ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa".

El código vigente ha obrado con acierto y el código anterior es criticable; a este respecto Hémaré hace observar lo siguiente: por el error de hecho, una parte se engaña sobre una circunstancia del contrato (objeto, persona, motivo); el error de derecho es una falsa opinión de un contratante sobre una regla jurídica aplicable al contrato que procede de una disposición de la ley o sobre su interpretación; esta parte no se ha determinado a contratar, sino a consecuencia de su ignorancia o de su inexacta interpretación del derecho, merece protección tanto como lo que se ha cometido un error de hecho. Malamente se ha opuesto contra la admisión del error de derecho, la máxima "se considera que ninguna persona ignora la ley", porque esta máxima no tiene por fin sino asegurar la aplicación de las leyes, y se invoca aquí para consagrar una situación en la cual no ha sido respetada; si una persona que ha cometido un error de derecho esencial no pudiera pedir la protección de la ley, se llegaría al resultado de hacer válida una desobediencia de la ley, bajo el pretexto de hacer valer dicha máxima.

La ignorancia es el desconocimiento que la parte tiene de la situación contractual; y el error la falsa

representación de esa situación, cuando la ignorancia y el error así concebidos deciden la determinación volitiva de una parte, se puede hablar de error motivo y por perturbar el proceso psíquico de la formación de la voluntad, de error - vicio.

Puede recaer el error sobre las consecuencias jurídicas del negocio, y si se trata de consecuencias principales que deban considerarse constitutivos para tipificar aquél, o sea para caracterizar completamente al contrato conforme a derecho, el error incidirá en el contenido; empero, si recae sobre las consecuencias secundarias de derecho supletorio, es irrelevante.

B.- EL SOBREGIRO BANCARIO EN EL CONTRATO DE CUENTA DE CHEQUES.

En todas las operaciones bancarias, las instituciones de crédito juegan un papel preponderante ya que deban de ajustar los medios de información y simplificar en un lenguaje sencillo los pasos que debe seguir el cliente para mejorar el uso de los servicios bancarios. En la práctica, algunos de los principales actos de irregularidad que se cometen son los siguientes:

- 1.- Que los cheques carecen de alguno de los requisitos de forma prescritos por la ley.

2.- Que los cheques se giren sin provisión de fondos o sin autorización.

3.- Que los cheques se giren entre personas que carecen de la capacidad necesaria para ello.

Por lo que hace a la forma o requisitos formales, el artículo 176 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito previene que en el cheque deberá indicarse el lugar en que se expide, el día, mes y año en que se suscribe, debiendo anotarse la fecha auténtica pues si se indica una fecha anterior, nos encontramos con el cheque antedatado y si figura una fecha posterior, el cheque es posdatado, pero deberán ser pagados en el momento de su presentación, pues los cheques son pagaderos a la vista y toda indicación en contrario se tendrá por no puesta.

El documento deberá hacer mención de que es cheque y esa expresión es insustituible, también debe constar en el documento la firma de puño y letra del girador, el nombre del librado (que debe ser una institución de crédito) y el del beneficiario.

El legislador ha procurado la protección legal del cheque con el objeto de que no sea afectado de nulidad por falta de alguno de los requisitos que exige el mencionado artículo 176 de la Ley General de Títulos y Operaciones de

Crédito, por eso vemos que en el artículo 178 de la mencionada ley indica que si se omite la fecha del cheque, este debe considerarse a la vista, lo mismo si lleva alguna indicación contraria al pago a la vista, la cual se tendrá por no escrita.- Cuando falte el nombre del beneficiario, el cheque tiene la consideración de "al portador", cuando se emite a favor de persona determinada y además contiene la cláusula al portador, se reputará "al portador", conforme a lo regulado en el artículo 179 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 177 de la Ley citada anteriormente, para los efectos de el lugar y la fecha en que se expide el cheque, así como el nombre del librado, se reputarán como lugares de expedición y de pago, respectivamente, los indicados junto al nombre del librador o del librado; si se indican varios lugares, se entenderá designado el escrito en primer término y los demás se tendrán por no puestos, si no hubiere indicación de lugar, el cheque se reputará expedido en el domicilio del librador y pagadero en el del librado y si estos tuvieran establecimiento en diversos lugares, el cheque se reputará expedido o pagadero en el principal establecimiento del librador o del librado, respectivamente.

En el supuesto de que falte cualquier otro requisito, que no permita ser subsanado por la ley, se entenderá que el

cheque es nulo y por lo tanto el banco está facultado para eximirse del pago, sin responsabilidad para él.

Algunos ejemplos de cheques a los cuales le falte algún requisito de forma no subsanable por la propia ley, es cuando no lleve la mención de ser cheque, inserta en el texto del documento, situación que no es común ver actualmente toda vez que las instituciones de crédito, entregan talonarios de cheques a sus cuentahabientes, en el cual viene impresa la leyenda "Páguese por este cheque a la orden de" o "Páguese por este cheque a", por lo cual el cliente sólo tiene que llenar el espacio correspondiente.- Otra situación se da cuando no existe la orden incondicional de pagar una suma determinada y la más importante, cuando falta la firma del librador; en estos tres casos no deben ser pagados los documentos pues carecen de los requisitos formales establecidos en la ley, y que no son subsanables en la misma.

En el supuesto de que los cheques se giren sin provisión de fondos o sin autorización, es conveniente indicar que la provisión consiste en una cantidad líquida y exigible que tiene el librador en contra del librado y se produce en el momento de que se presente a cobro un cheque del cual se retiró la provisión antes del transcurso del plazo legal establecido para la válida presentación de los cheques, o por no tener autorización para expedir cheques a

cargo del librado.

En virtud de la provisión, el girador del cheque tiene un derecho de crédito contra el girado, bien porque aquél haya abierto un crédito al girador, o porque éste haya realizado el depósito de dinero en su cuenta, teniendo el derecho a disponer de él por medio de cheques.

En cuanto a la autorización para girar cheques, se precisa la existencia del contrato de cheques, entendiéndose concedida la autorización 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.

En caso de que el cheque no sea pagado por falta de provisión, se anotará en el aviso de devolución la causa número 1 que se maneja en las Instituciones de Crédito como "fondos insuficientes según nuestros libros" (art. 175 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), o si falta la autorización, se anotará como causa de devolución la número 2 "no tiene cuenta con nosotros el librador" (art. 175 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), o la 5 que indica "la numeración del cheque no corresponde a la de los esqueletos ministrados al librador" (art. 175 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

En relación al tercer caso, que cita el supuesto de que los cheques se giren entre personas que carecen de la capacidad necesaria para ello, conviene, mencionar que el girador de un cheque necesita tener capacidad para suscribir títulos de crédito, sólo pueden ser girados las instituciones de crédito autorizadas para ello; en cambio puede ser beneficiario del cheque cualquier persona; el documento que en forma de cheque se libera a cargo de otras personas, dice el artículo 175 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no producira efectos de título de crédito.

Para que los empleados puedan indentificar cuáles son los cheques que carecen de alguno de los requisitos de forma prescritos por la ley, requieren de una capacitación adecuada que les permita identificarlos, ajustándose siempre a lo dispuesto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que nos indica precisamente los requisitos que deben contener estos documentos.

Los cheques que se giran sin provisión de fondos o sin autorización del librado, genera dos aspectos.

a) La problemática bancaria de la expedición de cheques sin fondos, y

b) Desde el punto de vista social y jurídico.

En el primero de los casos, tenemos que la cantidad de cheques que se expiden sin fondos ocasionan problemas internos para las instituciones bancarias, pues anteriormente eran pérdidas deducibles de impuestos pero a partir del oficio circular No. 5869-628 del 8 de febrero de 1967, la Comisión Nacional Bancaria dictó un acuerdo que dice "En lo sucesivo los quebrantos sufridos por los bancos de depósito, derivados de pagos de cheques en descubierto, se rechazarán como deducibles para efectos de la determinación de la utilidad gravable de las instituciones". Actualmente las instituciones han tomado como medida para frenar este problema acciones como el pago de intereses por parte del cuentahabiente que esté dispuesto a cubrir su adeudo; lo que no sucede con los que se niegan hacerlo.

En el segundo de los casos, es decir desde el punto de vista social y jurídico es un verdadero problema la expedición de un cheque sin fondos, provocando así la realización de un cheque irregular.

1.- CAUSAS DEL SOBREGIRO EN LA CUENTA DE CHEQUES

Ya vimos que el sobregiro puede darse por error, ahora estudiaremos otras causas que dan origen al mismo y en particular cuando la institución consiente el pago de un cheque que carece de provisión.

Suele suceder que un gerente o funcionario de la institución de crédito autorice sea pagado un cheque sin que cuente con los fondos suficientes o bien tome en firme remesas sobre otras plazas (cabe mencionar que en la actualidad la mayoría de los bancos pagan sin verificar si tiene fondos suficientes, mientras no se pase de un límite establecido por la propia institución), en la mayoría de los casos, porque el cuentahabiente es buen cliente o sea que mantiene buenos saldos o promedios y confía en que reintegrará el importe.

En este tipo de práctica, el banco, al autorizar o consentir que se sobregire una cuenta, lo está haciendo bajo su responsabilidad, de lo cual se desprendería que en caso de que el cuentahabiente se negara a pagar, el banco tropieza con diversos impedimentos para obtener el cobro inmediato, pues en este caso podría decirse que el banco concedió un crédito al librador, por el monto del documento, tratándose de un crédito mal otorgado e indefinido, además de que el librador podría sostener que la institución realizó un pago de lo indebido, en virtud de la prohibición que establece el artículo 106 fracción XIV de la Ley de Instituciones de Crédito.

Otro caso que se puede presentar es que se pague un cheque sin que el librador del documento tenga cuenta con la

institución o bien ya haya cancelado ésta, por lo que también nos encontramos en el caso de que la institución le esté otorgando crédito al librador, por el monto del cheque.

Al respecto, la mayoría de las ocasiones, la recuperación no es posible, ya por la falta de localización de los acreditados o por la antigüedad de los sobregiros, además de que se causan en su mayoría por la no observancia de lo dispuesto por el artículo 106, fracción VII y XIV de la Ley de Instituciones de Crédito, así como el 175 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dado que las instituciones bancarias no están obligadas al pago de los cheques librados a su cargo cuando el cuentahabiente no posee recursos en la cuenta correspondiente, por lo que los adeudos generados en las cuentas por cheques pagados en exceso de los fondos que la clientela mantenga, consideramos que sólo pueden ser exigibles cuando exista entre el cuentahabiente y la institución algún contrato de apertura de crédito cuyo objeto sea precisamente el pago de tales faltantes en la cuenta.

Otra de las formas en que se presenta el sobregiro se da cuando el cuentahabiente tiene cheques sobre otra plaza y deposita éstos en su cuenta para que sean enviados a su cobro; pero por diversas circunstancias, se le pagan en firme esos cheques, es decir que se le pagan antes de

enviarlos al cobro, ya hemos dicho que el cheque es una orden incondicional de pagar a la vista, de suerte que toda indicación contraria se tendrá por no puesta. Se reputarán como lugares de expedición y de pago, respectivamente, los indicados junto al nombre del librador o del librado; si se indican varios lugares, se entenderá designado el escrito en primer término, y los demás se tendrán por no puestos.

Si no hubiere indicación de lugar, el cheque se reputará expedido en el domicilio del librador y pagadero en el del librado, y si éstos tuvieren establecimiento en diversos lugares, el cheque se reputará expedido o pagadero en el principal establecimiento del librador o del librado, respectivamente, como lo indica el artículo 177 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El cheque es un título destinado a la circulación, de suerte que puede ser endosado sin limitación alguna dentro del plazo de su vida legal, esto es, dentro de los quince, treinta o noventa días, según los casos, la ley señala como plazos máximos para la presentación del cheque, como lo establece el artículo 181 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, pudiéndose dar el caso de que cuando se trate de remesas, depositadas en la cuenta se endose o no el cheque, por lo cual la institución se sitúa en los siguientes casos:

1.- Cuando es endosado el cheque, el cuentahabiente deberá responder del pago del mismo, en virtud de lo establecido en el artículo 7 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que indica "Los Títulos de Crédito dados en pago se presumen recibidos bajo la condición salvo buen cobro".

2.- En el caso de que no se endose el documento, el artículo 39 de la ley citada anteriormente indica... "Las instituciones de crédito pueden cobrar los títulos aún cuando no estén endosados a su favor, siempre que les sean entregados por los beneficiarios para abono de su cuenta, mediante relación suscrita por el beneficiario o su representante, en la que se indique la característica que identifique el título; se considerará legítimo el pago con la sola declaración que la institución de crédito respectiva haga en el título, por escrito, de actuar en los términos de este precepto".

2.- SISTEMAS DE SOLUCION QUE PLANTEA EL SISTEMA BANCARIO MEXICANO EN MATERIA DE SOBREGIRO

La vía que siguen las instituciones de crédito para la recuperación del sobregiro, es tratar de documentarlo para

que así, al vencimiento del título con el cual se documenta (generalmente pagarés), puedan ejercitar acción en contra del deudor o bien, si no es posible hacer lo anterior, castigar el crédito y tratar de hacer deducible el mismo, otra opción que buscan es tratar de que el cliente acepte que se sobregiró y en caso de negarse a firmar algún documento, persuadirle a que realice pagos parciales, con el objeto de documentarlo.

Como se aprecia, la institución de crédito acepta de manera tácita que otorgó un crédito que además, está mal otorgado pues el cuentahabiente al momento de documentar el sobregiro, y en el caso de carecer de bienes que garanticen la recuperación de dicho adeudo, se niega a proporcionar la firma de un aval o coobligado solidario y el banco en su afán de tener un título ejecutivo, no exige los requisitos cotidianos.

En otros casos, cuando el cuentahabiente sobregirado efectúa algún depósito en su cuenta de cheques, el banco le carga el monto del sobregiro sin previo aviso, tomando como fundamento o apoyo para esto, el contrato de cuenta de cheques que establece en la mayoría de la veces que si el cliente tiene un adeudo con la institución de crédito, esta podrá cargar sobre la otra cuenta el importe del adeudo sin previo aviso.

Mas lo anterior puede tener una repercusión en el cliente, pues éste, al no saber que se le está cargando determinada cantidad en su cuenta de cheques, seguirá librando cheques, los cuales no serán pagados por falta de fondos suficientes y en caso de ser pagados ocasionarán nuevos sobregiros. El cargo que realiza la institución de crédito lo hace en virtud de que esta práctica resulta dañina a la economía y desarrollo del país, en virtud de circular dinero que no debiera hacerlo; ahora bien, es válido dicho cargo en virtud de que en el contrato de cuenta de cheques el cuentahabiente consiente en que se le cargue cualquier adeudo que tenga con el banco.

Como se indicó, la institución por medio de pláticas que sostenga con el cuentahabiente, consigue ocasionalmente que éste le efectúe pagos parciales, con lo cual tendría acción que ejercer pues el cliente está reconociendo que efectivamente mantiene un adeudo con el banco y le convence para que firme el documento que le proporcione la vía ejecutiva para su total recuperación.

3.- PROCEDENCIA DE LA ACCION CAMBIARIA EN EL RECLAMO DEL PAGO DEL SOBREGIRO BANCARIO EN LA CUENTA DE CHEQUES.

El artículo 150 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito indica que la acción cambiaria se

ejercita:

I.- En caso de falta de aceptación o de aceptación parcial;

II.- En caso de falta de pago o de pago parcial;

III.- Cuando el girado o el aceptante fueren declarados en estado de quiebra o de concurso.

En los casos de las fracciones I y III, la acción puede deducirse aún antes del vencimiento por el importe total de la letra, o tratándose de aceptación parcial, por la parte no afectada.

Asimismo el artículo 151 de la mencionada ley indica que la acción cambiaria es directa o de regreso; directa cuando se deduce contra el aceptante o sus avalistas; de regreso cuando se ejercita contra cualquier otro obligado.

El artículo 152 menciona que mediante la acción cambiaria, el último tenedor de la letra puede reclamar el pago:

I.- Del importe de la letra;

II.- De intereses moratorios al tipo legal, desde el día del vencimiento;

III.- De los gastos de protesto y de los demás gastos legítimos.

IV.- Del premio de cambio entre la plaza en que debería haberse pagado la letra y la plaza en la que se haga efectiva, más los gastos de situación.

Si la letra no estuviera vencida, de su importe se deducirá el descuento, calculado al tipo de interés legal.

El obligado en vía de regreso que paga la letra tiene derecho para exigir, por medio de la acción cambiaria, conforme a lo dispuesto por el artículo 153 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

I.- El reembolso de lo que hubiere pagado, menos los costos a que haya sido condenado;

II.- Intereses moratorios al tipo legal sobre esa suma desde la fecha de su pago;

III.- Los gastos de cobranzas y los demás gastos legítimos; y

IV.- El premio del cambio entre la plaza de su domicilio y la del reembolso, más los gastos de situación.

Conforme al artículo 196 de la multicitada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, son aplicables al cheque en lo conducente, además de otros, los artículos

citados anteriormente y el artículo 167 indica que la acción cambiaria contra cualquiera de los signatarios de la letra es ejecutiva por el importe de ésta y por el de los intereses y gastos accesorios, sin necesidad de que reconozca previamente la firma al demandado y contra ella no pueden oponerse sino las excepciones y defensas enumeradas en el artículo 80.

"La acción del tenedor en contra del girador es cambiaria y ejecutiva; mas para que el tenedor pueda exigir el cobro es esencial que haya presentado el cheque oportunamente, y que se haya protestado si no se pagó." (48) lo anterior se aplica precisamente cuando un cheque expedido no es pagado por falta de fondos, pero el objetivo que perseguimos es precisamente estudiar qué es lo que pasa cuando un cheque sin fondos es pagado por una institución bancaria.

En lo que se refiere a este punto, el legislador ha tratado de brindar una protección jurídica a aquellas personas que por algún motivo reciben y presentan a cobro un cheque carente de fondos, ocasionándole tal situación diversos perjuicios.

Conforme a la ley, el cuentahabiente que ha celebrado

(48) MIÑÓZ, Luis. Derecho Mercantil. Tomo III. Primera edición. Cárdenas. México. 1974. p.p. 267-269

un contrato previo de depósito irregular de dinero, adquiere el derecho a librar cheques, también se obliga a tener fondos suficientes en su cuenta para que el librado pueda realizar incondicionalmente el pago correspondiente al tenedor del documento que lo presente a cobro en forma oportuna, razón por la cual se sanciona la conducta del emisor de un título de la naturaleza señalada, cuya cuenta no tenga fondos.

La acción del tenedor en contra del girador es cambiaria y ejecutiva, siendo esencial para exigir el cobro que se haya presentado el cheque oportunamente y que se haya protestado si no se pagó, o en su caso por la anotación que realice la cámara de compensación, que surtirá efectos de protesta conforme al artículo 182 de la citada ley.

Fernández del Castillo indica "Las cámaras de compensación obran de la siguiente manera: Diariamente se reúnen representantes de todas las instituciones bancarias, entregando los cheques que tienen en cartera a cargo de los otros bancos, y a su vez reciben de aquellos los cheques que tienen a cargo del banco representado, verificándose con este motivo una compensación mutua. El saldo que resulta a favor de cada uno de los bancos liquida la operación durante el día".(49)

(49) FERNANDEZ DEL CASTILLO, Germán. Apuntes para el curso de Derecho Mercantil. UNAM. México. 1941. p. 294

4.- PROCEDENCIA DE LA VIA ORDINARIA MERCANTIL EN EL RECLAMO DEL PAGO DEL SOBREGIRO EN LA CUENTA DE CHEQUES

Para poder señalar cual sería la vía que procede contra el sobregiro, es importante separarlo conforme a la forma en que se presenta, por lo que en lo que denominamos sobregiro por error, creemos que estaríamos frente a un enriquecimiento ilegítimo por parte del cuentahabiente; aunque para el Lic. Rodríguez Rodríguez no debe existir falta de provisión puesto que si el girador paga sin ella, lo hace bajo su responsabilidad e incurriendo en un riesgo; en que el pago se considere indebido, tanto por los acreedores del girado como por los del propio girador (artículo 175 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). "En la práctica bancaria, se permite el sobregiro en circunstancias que no permiten su sujeción a ninguna regla general y que dependen de la solvencia del cliente y de la cuantía del sobregiro; pero dados los términos de la Ley de Instituciones de Crédito, no se encuentra ningún resquicio de ella que permita interpretar la práctica del sobregiro como una práctica legal."(50)

"La doctrina del enriquecimiento sin causa o ilegítimo se funda en un principio de equidad que afirma que nadie puede aumentar su patrimonio injustamente en perjuicio de

(50) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. op.cit. p. 212

otro, de donde se deriva la obligación de restituir lo adquirido sin causa a expensas de los demás y sin beneficio para ellos." (51)

Por enriquecimiento se entiende el incremento o aumento de valor que una persona experimenta en su patrimonio activo relacionado con la disminución que otra experimenta en su patrimonio pasivo.

El enriquecimiento debe ser pecuniario, el hecho personal del que se ha empobrecido debe traducirse en un sacrificio pecuniario (pago de una suma de dinero, constitución de un derecho real).

La relación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento significa que entre el incremento que sufre un patrimonio, y la disminución que resiente otro, debe existir una relación o conexión directa, pues de mediar un empobrecimiento que no esté relacionado con el enriquecimiento no habrá la fuente generadora de obligaciones que se estudia.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 169 establece que extinguida por caducidad la

(51) DE PINA, Rafael. op. cit. p. 75

acción de regreso contra el girador, el tenedor de la cuenta que carezca de acción causal contra éste, y de acción cambiaria o causal contra los demás signatarios, puede exigir al girador la suma de lo que se haya enriquecido en su daño.

Esta acción prescribe en un año, contando desde el día en que caducó la acción cambiaria.

Como se puede observar, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito también establece el enriquecimiento ilegítimo.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González indica "se tiene como tercera fuente generadora de obligaciones, lo que se conoce como enriquecimiento ilegítimo y junto con ella, se estudia su especie, el pago de lo indebido".(52)

"El Código Civil vigente contiene las disposiciones relativas al enriquecimiento ilegítimo, y en su artículo 1882 establece que el que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido.

(52) GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. op. cit. p. 393

Según el citado artículo, los elementos del enriquecimiento ilegítimo son:

1.- El enriquecimiento de una persona.

2.- El empobrecimiento de otra, o sea el detrimento que sufre ésta por el enriquecimiento de aquella.

3.- Relación entre el enriquecimiento y empobrecimiento, y

4.- Ausencia de causa." (53)

Ausencia de causa.- "Es preciso que el enriquecimiento no tenga su fuente en un acto jurídico que legitime la adquisición." (54) Sin causa quiere decir sin derecho, injusto, ilegítimo.

Se podría hablar de un pago de lo indebido cuando la institución de crédito, a través de un funcionario o empleado de la misma, autoriza que se pague un cheque sin la provisión de fondos suficientes o cheque en descubierto.

(53) DE PINA, Rafael. op. cit. p. 77

(54) BORJA SORIANO, Manuel. op. cit. p. 325

El artículo 1883 del Código Civil indica, que cuando se reciba alguna cosa que no se tenía derecho a exigir y que por error ha sido indebidamente pagado, se tiene obligación de restituirla. Si lo indebido consiste en una prestación cumplida, cuando el que la recibe procede de mala fe, debe pagar el precio corriente de esa prestación; si procede de buena fe, sólo debe pagar lo equivalente al enriquecimiento recibido, por lo cual, el sobregiro es considerado la mayoría de las ocasiones como un pago de lo indebido, pues el pago del cheque sin provisión se realiza contraviniendo lo dispuesto en el artículo 106 fracción VII de la Ley de Instituciones de Crédito, la cual prohíbe aceptar o pagar documentos o certificar cheques en descubierto.

En el supuesto de que el sobregiro se produzca porque se paga en firme una remesa; es decir, que un cliente deposita en su cuenta un cheque de otra plaza, y el banco por cualquier razón lo toma en firme, enviándolos a cobro y el mismo se devuelve por no tener fondos, el criterio que se sigue es que la institución puede demandar el pago al librador del documento con apoyo en lo dispuesto por el artículo 183 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que establece que el librador es responsable del pago del cheque, y cualquier estipulación en contrario se tendrá por no hecha.

En relación al pago de lo indebido, la corte ha tratado

el mismo, transcribiéndose a continuación una de las tesis aplicables del caso.

Enriquecimiento Ilegítimo.- Prestaciones sin causa.- La causa ilícita o inmoral no es verdadero pago de lo indebido, ni repetición, pues su propia antijuridicidad hace imposible el error, separándola de la auténtica acción de repetición o pago de lo indebido. El enriquecimiento sin causa legítima surge de un principio de equidad derivada de que nadie debe enriquecerse a costa ajena, si no hay causa para el acrecentamiento patrimonial de otro, se debe otorgar la acción de *IN REM VERSO*, que no está sometida a condición determinada a diferencia de los provenientes de la gestión de negocios y pago de lo indebido, en esa acción *IN REM VERSO* no funciona la teoría del error, y tiene carácter subsidiario en cuanto que si no existe la acción de pago de lo indebido u otra cualquiera nacida de contrato o cuasi contrato, de delito o cuasidelito, la única posible es la de enriquecimiento sin causa, mediante la que el actor reclama el empobrecimiento, teniendo la acción el carácter de indemnización. En nuestro derecho la acción de enriquecimiento ilegítimo ha sido considerado como igual a la de pago de lo indebido.

Amparo Directo 7219/60 Reginaldo Ramón Sánchez. 5 de agosto de 1968. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela. Pág. 82. Vol. CXVI. Epoca 5A.

5. AUSENCIA DE NORMAS APLICABLES AL SOBREGIRO EN LA LEGISLACION MERCANTIL MEXICANA

Como ya estudiamos anteriormente, conforme al artículo 196 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, son aplicables al cheque en lo conducente, los artículos 78, 81, 85, 86, 90, 109 a 116, 129, 142, 143 párrafos segundo, tercero y cuarto, 144, párrafos segundo y tercero, 148, 199, 150 fracciones II y III, 151 al 156, 158, 159, 164 y 166 al 169, de lo cual se deduce que la acción que el tenedor del cheque tiene contra el girador y sus avalistas es directa, de suerte que aquél puede exigir al girador el pago del importe del cheque, los intereses moratorios y los gastos legítimos que se hayan hecho para obtener el cobro forzoso, la acción del tenedor en contra del girador es cambiaria y ejecutiva, pero para poder exigir el cobro es esencial que se haya presentado el cheque oportunamente para su pago, y que se haya protestado si no se pagó.

Consideramos que el tema a estudio en este trabajo, o sea el sobregiro bancario, reúne los requisitos para que el banco librado reclame el reembolso de lo que hubiere pagado en defecto de fondos, así como intereses y gastos legítimos, adecuándose a lo dispuesto por el propio artículo 152 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que indica "mediante la acción cambiaria, el último tenedor de la letra puede reclamar el pago..."

Consideramos que el librado, como el último tenedor del documento, en este caso el cheque pagado sin provisión, está facultado para reclamar dicho pago; pero en virtud de que en nuestra legislación no se habla nunca de que el último tenedor pudiera ser el propio banco librado, u otra institución de crédito, el criterio de los juzgadores es en el sentido de que el Banco no está legitimado para reclamar el pago, pues lo enfocan en el sentido de que el cheque debe protestarse con el objeto de hacer patente la falta de pago y solamente lo podrá hacer valer el beneficiario que no obtuvo dicho pago, para que éste y nunca el librado, pueda exigir el pago de su importe al librador.

Claramente podemos apreciar que en la mayoría de las veces, los jueces equiparan el término último tenedor únicamente con el de beneficiario, desechando la idea de que el librado pueda ser titular de las acciones derivadas del no pago del documento.

La anterior situación, ocasiona que la mayoría de las veces, las instituciones procedan por la vía ordinaria, lo que provoca que al final de ésta, al obtener una sentencia favorable y por lo tanto la vía ejecutiva, al pretender cobrar, se encuentran con que el deudor dilapidó sus bienes, o realizó diversas maniobras con el fin de no aparecer como titular registral de los mismos, por lo que las instituciones bancarias logran tener recuperaciones

raquíticas en este rubro, lo cual ocasiona un quebranto a la institución que no puede ser deducido de impuestos conforme al oficio circular número 5869-628 de fecha 8 de febrero de 1967 emitido por la Comisión Nacional Bancaria.

El criterio que seguimos es el de que si el banco presentó oportunamente ante la Cámara de Compensación el cheque para su cobro, y el mismo no fue pagado por falta de fondos, realizando así los hechos positivos que la ley le impone, tendría la institución la acción derivada del artículo 196 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que declara aplicables al cheque los artículos 150 fracciones II y III y 151 al 156 de la Ley de Títulos, de los cuales se desprende en síntesis, que la falta de pago total o parcial del cheque da origen, en favor del beneficiario o último tenedor, al ejercicio de la acción cambiaria en contra del librador, endosantes y avalistas; que en virtud de esa acción puede demandar: el importe del cheque o la parte insoluta del mismo; intereses moratorios desde el día del vencimiento y el premio de cambio de plaza, más los gastos de situación cuando se trate de cheques pagaderos en lugar distinto al de su expedición, además de los gastos legales.

Además de lo anterior, y tomando en consideración nuestro punto de vista de que el sobregiro es un crédito que el banco proporcionó a su cuentahabiente, creemos que la

institución bancaria tiene a su favor la vía ejecutiva, con apoyo a lo que dispone el artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito que indica que los contratos o las pólizas en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución de crédito acreedora, serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma, ni de otro requisito. La objeción de los jueces es en el sentido de que el sobregiro no es un crédito y por lo tanto, no es aplicable al caso la disposición mencionada.

6. DIFICULTAD EN LA RECUPERACION VIA JUDICIAL DE UN SOBREGIRO CAUSADO EN LA CUENTA DE CHEQUES.

Como ya se detalló anteriormente, las instituciones de crédito para obtener la recuperación del sobregiro, tratan de documentarlo, y en el caso de que el cliente se niegue a hacerlo, le acepta efectúe pagos parciales del adeudo, de los cuales se deriva la aceptación del mismo, sin que exista documentación idónea.

Ahora bien, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito impone al librador de cheques carentes de fondos, la obligación de pagar una indemnización que no podrá ser menor

del 20% del valor contenido en el título, por concepto de daños y perjuicios ocasionados por el impago, tal indemnización debe otorgarse procesalmente a la persona que ejercite su cobro como último tenedor legítimo, y en virtud de existencia de causa imputable al emisor, toda vez que la institución de crédito ante la cual se haya presentado el documento para cobro no hubiese cubierto la cantidad contenida en el mismo; es decir, cuando no se haya realizado el pago normal del cheque.

La intención del legislador es buena en cuanto trata de proteger la emisión de cheques sin fondos, pero no hace referencia a el pago de cheques en defecto de fondos o sin provisión, además de que el pago de la indemnización que fija, no es satisfactoria sobre todo si se toma en cuenta el tiempo que pudo haber transcurrido entre la fecha de presentación para el pago y la fecha real de pago al que haya sido sentenciado el emisor, de tal manera que si ya han transcurrido meses o inclusive años, el valor real de la cantidad contenida en el cheque ya no será la misma en cuanto a su poder adquisitivo que tenía originariamente y en esta forma, el tenedor de dicho título se estará viendo afectado aún y cuando se le reembolse la cantidad del cheque y su 20% respectivo, por lo que en estos casos consideramos que el porcentaje a pagar por el daño ocasionado con el impago del documento, debería establecerse en la ley, en una cantidad superior.

7. PROPUESTA: ES NECESARIO REGULAR EN LA LEGISLACION MERCANTIL EL SOBREGIRO BANCARIO EN LA CUENTA DE CHEQUES, PARA EVITAR PERJUICIO PATRIMONIAL A LAS INSTITUCIONES DE CREDITO.

Como se ha visto, aún y cuando existe la prohibición expresa por la ley respecto al pago de cheques en descubierto, las instituciones de crédito realizan el pago de los mismos, en virtud de que quieren en la mayoría de las veces, otorgar un servicio mejor y más completo a sus clientes. Esto no sólo lo realizan con el afán de no perder clientela y estar de acuerdo a las necesidades monetarias y más que todo crediticias, sino que para las instituciones es necesario el ofrecer u otorgar los servicios que dan otras instituciones, con el fin de allegarse mayor clientela y desarrollarse conforme a los demás; captando los mayores recursos posibles.

Estando consiente tanto la Comisión Nacional Bancaria, como el Banco de México de esta situación, han tratado de frenar, de poner un alto a los sobregiros por medio de visitas y reuniones que efectúan con las diversas instituciones de crédito, así como el envío de circulares, oficios y la imposición cada vez menor, de sanciones.

Pero las instituciones de crédito tienen ya uniforme su criterio respecto a los sobregiros, tanto para su

otorgamiento, como cuando se produce por un error, que las más de las veces se recupera documentándolo, representando ésto una influencia económica, incluso con el país, ya que el circulante aumenta de manera considerable, dinero que en esencia no debería circular.

El grave problema que esto acarrea, es que no son pocos los sobregiros que se presentan y aún se podría hablar de cantidades sumamente fuertes de dinero, por lo cual la Comisión Nacional Bancaria y el Banco de México, tratan de frenar esta práctica, haciendo incluso que no sean deducibles de la utilidad gravable de las instituciones; pero creemos que la posición que deben guardar estos organismos es propugnar por un estudio más a fondo del problema, y en su caso; pedir la reforma de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, con el fin de establecer en el caso del sobregiro, cuál sería la vía para su posible recuperación e incluso las sanciones a los cuentahabientes que efectúen la práctica del sobregiro pues de no estudiarse y regularse debidamente, se tenderá a que el dinero afectado no sea en su mayoría recuperado, como sucede en la actualidad.

Consideramos que debe otorgarse como vía de recuperación la ejecutiva, con el fin de la pronta recuperación de los adeudos y sobre todo, el garantizar desde el inicio el pago del mismo, conceptuando al sobregiro

como un crédito; pues si su vía judicial sigue siendo la figura del pago indebido, su recuperación seguirá siendo mínima y lenta.

También juzgamos conveniente mencionar como medidas precautorias para que el banco pueda garantizar que el cuentahabiente le va a restituir el monto del sobregiro, se fijen determinados requisitos en el momento que se presente el cliente a la institución para realizar el contrato de cuenta de cheques, como podría ser un estudio socioeconómico, mediante el cual se conozcan los bienes que posee, que puedan garantizar en un momento dado el pago del adeudo, además de la celebración de un contrato de cuenta corriente, para evitar las interpretaciones judiciales que actualmente prevalecen, en las cuales los juzgadores consideran al sobregiro como pago de lo indebido, o por lo menos que se fije el monto de los intereses que se cobrarían a partir de que se genere el sobregiro y no como sucede en la actualidad en que no obstante, se indica el pago de intereses en caso de sobregiro, no se fija el porcentaje de los mismos.

Las ventajas que se tendrían con este proyecto consideramos podrían ser:

- 1) Para el tenedor o beneficiario del documento, el de hacer efectivo el pago en una forma rápida, toda vez que no

deberá realizar ningún otro movimiento al presentar el cheque para su cobro.

2) Para el cuentahabiente, cumplir con la obligación que tiene con el beneficiario, con la única responsabilidad de poner a disposición de la institución bancaria los depósitos en efectivo para cumplir con la relación contractual existente entre la institución y el cuentahabiente.

3) Para la Institución de Crédito, sería una medida para recuperar adecuadamente sus recursos monetarios además de ayudar a cumplir con la función que tiene el cheque dentro del ámbito jurídico.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El cheque es un título de crédito bancario que puede expedirse a la orden o al portador y que tiene las características propias de esa especie de documentos; la literalidad, la incorporación, la autonomía y la legitimación, además de ser un documento formal que se utiliza como instrumento de pago en las operaciones mercantiles.

SEGUNDA: El cheque es un documento mercantil en el que previamente a su surgimiento, debe existir la celebración de un contrato de depósito irregular de dinero entre el cuentahabiente y una institución de crédito, mediante el cual se establecen derechos y obligaciones a cargo de los contratantes en base a la provisión.

TERCERA: Los elementos personales de todo cheque son: el librador, quien para ostentar esta personalidad y expedir el título, realiza el depósito de una suma determinada de dinero ante un banco; el librado, que será siempre la institución de crédito, y el beneficiario o último tenedor.

CUARTA: En la Ley de Instituciones de crédito se regula

debidamente la prohibición respecto al pago de cheques en descubierto; no obstante, los bancos realizan el pago de los mismos confiando en que el cuentahabiente cubrirá oportunamente su adeudo, contribuyendo con ésto a generalizar esta práctica que han denominado "Sobregiro bancario".

QUINTA: El problema económico que se ocasiona con los sobregiros, se debe al hecho de que se presentan con mucha regularidad y se podría hablar de cantidades sumamente fuertes de dinero que en la mayoría de los casos, no es recuperado.

SEXTA: La Secretaría de Hacienda, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y el Banco de México, han tratado de frenar esta práctica por medio de sanciones impuestas como la no deducibilidad de los sobregiros para efectos de la determinación de la utilidad gravable de las instituciones, y para los acreditados, la cancelación de la cuenta, y la prohibición de abrir al deudor otra cuenta de cheques por el período de un año, en ninguna institución de crédito del país.

SEPTIMA: La sanción anotada anteriormente respecto del cuentahabiente, es actualmente inoperante en virtud de que el procedimiento que impone la

Comisión Nacional Bancaria es complicado, laborioso, demanda muchas horas hombre y es costoso llevarlo a la práctica, por lo cual no se aplica.

OCTAVA: El libramiento de un cheque en descubierto lesiona la economía de las instituciones de crédito, además de causar un descrédito del valor del cheque como instrumento de pago subrogatorio de la moneda.

NOVENA: Deben buscarse caminos para la recuperación del sobregiro, los cuales pudieran establecerse desde las leyes bancarias, en donde se enunciara claramente la figura del mismo, los casos en que se pueden presentar y su vía de recuperación.

DECIMA: Debería reformarse la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para regular el sobregiro, considerando cuáles son los requisitos para obtener la vía ejecutiva en caso de sobregiro, con el fin de una pronta recuperación y unificación de criterios judiciales, pues actualmente su vía de recuperación concedida, es como enriquecimiento ilegítimo o pago de lo indebido, lo cual ocasiona

una lenta y frugal recuperación.

DECIMA

PRIMERA: Debe pactarse expresamente en el contrato de apertura de cuenta de cheques de manera general que, cuando se de el caso de que la cuenta se sobregire, se aplicará una tasa de interés determinada, que podría ser como actualmente la fijan los bancos para otros tipos de crédito y que es el costo porcentual promedio dado a conocer mensualmente por el Banco de México, o la tasa promedio de certificados de tesorería, más los puntos que se fijen para esta figura, tomando en consideración los riesgos bancarios.

BIBLIOGRAFIA

- 1.-ASCARELLI. DERECHO MERCANTIL. TRADUCCION DE FELIPE DE J. TENA. PRIMERA EDICION. PORRUA, S.A. MEXICO. 1940.
- 2.-ASTUDILLO URSUA, PEDRO. LOS TITULOS DE CREDITO. SEGUNDA EDICION. PORRUA, S.A. MEXICO. 1989.
- 3.-BARRERA GRAF, JORGE. DERECHO MERCANTIL. TOMO II. SEGUNDA EDICION. UNAM. MEXICO. 1979.
- 4.-BORJA SORIANO, MANUEL. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. NOVENA EDICION. PORRUA, S.A. MEXICO. 1984.
- 5.-CERVANTES AHUMADA, RAUL. TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO. TERCERA EDICION. HERRERO, S.A. MEXICO. 1954.
- 6.-DAVALOS MEJIA, CARLOS FELIPE. DERECHO BANCARIO Y CONTRATOS DE CREDITO. PRIMERA EDICION. HARLA. MEXICO. 1988.
- 7.-DE PINA, RAFAEL. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO. TOMO II. SEGUNDA EDICION. PORRUA, S.A. MEXICO. 1966.
- 8.-ESCUTI, IGNACIO. TITULOS DE CREDITO, LETRA, PAGARE Y CHEQUE. SEGUNDA EDICION ACTUALIZADA. ASTREA. BUENOS AIRES. 1987.
- 9.-FRANCESCO, MESSINEO. CONTENIDO Y CARACTERES JURIDICOS DE LA APERTURA DE CREDITO. TRADUCCION DE EZIO CUZI M. SEGUNDA EDICION. JUS. MEXICO. 1944.
- 10.-GARRIGUES, JOAQUIN. CURSO DE DERECHO MERCANTIL. QUINTA EDICION. PORRUA, S.A. MEXICO. 1973.
- 11.-GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. QUINTA EDICION. CAJICA. MEXICO. 1976.
- 12.-KOTLER, PHILIP. DIRECCION DE MERCADOTECNIA. TRADUCCION DE RAMON PALAZON. TERCERA EDICION. DIANA. MEXICO. 1971.
- 13.-MANTILLA MOLINA, ROBERTO. DERECHO MERCANTIL. DECIMA PRIMERA EDICION. PORRUA, S.A. MEXICO. 1973.
- 14.-MOSSA, LORENZO. DERECHO MERCANTIL. TOMO II. SEGUNDA EDICION. UTEHA. ARGENTINA. 1944.
- 15.-MUÑOZ, LUIS. DERECHO MERCANTIL. TOMO III. PRIMERA EDICION. CARDENAS. MEXICO. 1974.
- 16.-MUÑOZ, LUIS. TEORIA GENERAL DEL CONTRATO. PRIMERA EDICION. CARDENAS. MEXICO. 1973.

- 17.-PALLARES, EDUARDO. TITULOS DE CREDITO EN GENERAL. PRIMERA EDICION. BOTAS. MEXICO. 1992.
- 18.-PINA VARA, RAFAEL DE. TEORIA Y PRACTICA DEL CHEQUE. TERCERA EDICION. PORRUA, S.A. MEXICO. 1984.
- 19.-PUENTE MUÑOZ, TERESA. EL CONTRATO DE CONCESION MERCANTIL. TERCERA EDICION. REUS. MADRID. 1977.
- 20.-RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN. CURSO DE DERECHO MERCANTIL. NOVENA EDICION. PORRUA, S.A. MEXICO. 1971.
- 21.-RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN. DERECHO BANCARIO. SEGUNDA EDICION. PORRUA, S.A. MEXICO. 1945.
- 22.-ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. DERECHO CIVIL MEXICANO. TOMO I SEGUNDA EDICION. ROBLEDO. MEXICO. 1963.
- 23.-SALANDRA, VITTORIO. CURSO DE DERECHO MERCANTIL. TRADUCCION ESPAÑOLA. SEGUNDA EDICION. JUS. MEXICO. 1949.
- 24.-SANCHEZ CALERO, FERNANDO. INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL. TOMO I. SEGUNDA EDICION. CLARES.- ESPAÑA. 1967.
- 25.-TENA, FELIPE DE JESUS. TRATADO DE DERECHO MERCANTIL MEXICANO. TOMO II. SEGUNDA EDICION. PORRUA, S.A. MEXICO. 1953.
- 26.-URIA, RODRIGO. DERECHO MERCANTIL. DECIMA NOVENA EDICION. MONTECURVO. MADRID. 1977.
- 27.-VIVANTE, CESAR. TRATADO DE DERECHO MERCANTIL. TOMO III. TRADUCCION ESPAÑOLA. PRIMERA EDICION. REUS, S.A. MADRID. 1936.

LEGISLACION

- 1.-CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- 2.-CODIGO DE COMERCIO.
- 3.-CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- 4.-CONSTITUCION POLITICA MEXICANA.
- 5.-LEY DE AMPARO.

- 6.-LEY DE QUIEBRAS Y SUSPENSION DE PAGOS.
- 7.-LEY FEDERAL DE PROTECCION AL CONSUMIDOR.
- 8.-LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO.
- 9.-LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO.
- 10.-LEY DE NAVEGACION Y COMERCIO MARITIMO.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

- 1.-AMPARO DIRECTO 7216/60. REGINALDO RAMON SANCHEZ. 5 DE AGOSTO DE 1968. 5 VOTOS. PONENTE. MARIANO AZUELA. PAGINA 82. VOLUMEN CXVI. EPOCA 5A.
- 2.-BETTI, EMILIO. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. REVISTA DEL DERECHO PRIVADO. MINERVA. MADRID. 1971.
- 3.-CABANELLAS, GUILLERMO. DICCIONARIO DE DERECHO USUAL DUODECIMA EDICION. HELLASTA. ARGENTINA. 1931.
- 4.-CERVANTES AHUMADA, RAUL. EL CONCEPTO DEL DERECHO. REVISTA BRASILEÑA DE FILOSOFIA. SAO PAULO. BRASIL. 1977.
- 5.-DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. PRIMERA EDICION. BRUGER. MADRID. 1977.
- 6.-FERNANDEZ DEL CASTILLO, GERMAN. APUNTES PARA EL CURSO DE DERECHO MERCANTIL. UNAM. MEXICO. 1941.
- 7.-MANTILLA MOLINA, ROBERTO. EL PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO PARA LA REPUBLICA MEXICANA. REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO. UNAM. MEXICO. 1952.
- 8.- ROCCO, ALFREDO. PRINCIPIOS DE DERECHO MERCANTIL. REVISTA DE DERECHO PRIVADO. MINERVA. MADRID, 1931.