

DON JOSE GOMEZ GORDOA*

Don José Gómez Gordoa nació en San Luis Potosí, SLP., el 20 de septiembre de 1915.

Ingresó a la Escuela Libre de Derecho en febrero de 1931 y sustentó examen profesional en julio de 1936, con una tesis sobre la "Integración jurídica del pueblo del Estado".

Postulante durante 20 años y posteriormente asesor jurídico de empresas. Al mismo tiempo, consejero de instituciones bancarias e industriales. De 1970 a 1976, Director General del Banco Mexicano, S.A.

En 1977 Director General del Banco Internacional, S.A.

De agosto de 1977 a junio de 1979, Embajador de México en España y posteriormente hasta febrero de 1980 Director General del Instituto Mexicano de Comercio Exterior.

Actualmente, además del ejercicio profesional, Director General de Aseguradora Hidalgo, S.A., Institución Nacional de Seguros.

Profesor del Segundo Curso de Derecho Mercantil en la Escuela Libre de Derecho de 1953 a la fecha.

Rector de la Escuela Libre de Derecho desde el 3 de febrero de 1977 al 25 de enero de 1984.

Asociaciones a que pertenece:

Ilustre y Nacional Colegio de Abogados.

Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la de España.

EL CHEQUE COMO INSTRUMENTO DE PAGO

JOSÉ GÓMEZ GORDOA

Tanto la doctrina internacional, como la propia mexicana y nuestra legislación, han considerado siempre al cheque como un instrumento de pago.

Sus antecedentes son ampliamente conocidos, teniendo como fondo a las operaciones bancarias de depósito.

La evolución, que a lo largo de los años ha tenido la operación bancaria, decidió en un momento dado que el depósito de dinero no debería tener exclusivamente como su fin principal, el de la custodia, sino que debería utilizarse ese depósito como base para hacer pagos.

* Tomado de la Memoria publicada por la Escuela Libre de Derecho en su septuagésimo aniversario. México, 1982.

Hay en toda operación de pago, un acreedor y un deudor. El deudor que cuenta con depósitos de dinero en un banco, instruye a éste para que haga el traspaso a su acreedor de una determinada suma depositada.

En otras palabras, el depositante, con el derecho absoluto a retirar sus depósitos en efectivo, cuando lo deseara, está autorizado plenamente a ordenar al banco depositario, que en vez de que le devuelva sus depósitos, como obligación fundamental de todo depositario, los entregue a un tercero. En la simplicidad de esta operación, está su importancia.

Históricamente podremos considerar como antecedentes del cheque, desde la Edad Media a la letra de cambio, especialmente en las ciudades del norte de Italia. El banco de San Ambrosio de Milán autorizaba a retirar las cantidades depositadas en él por medio de órdenes de pago que se llamaban "cédule di cartulario".

La palabra "cheque" indica en su etimología el origen inglés de un documento que ha tenido en Inglaterra un enorme desarrollo.

En el siglo XIII los reyes ingleses expedían mandatos de pago contra su Tesorero, los cuales se llamaban "billa de scaccario" o "ex-chequer bill". De allí la denominación actual de "check" o "cheque".

Independientemente de las Reuniones y Conferencias de unificación del Derecho sobre cheques, todas las legislaciones del mundo contemplan, a su respecto, los mismos criterios sustanciales, como son: a) la preexistencia de los fondos depositados; b) que el cheque siempre es pagadero a la vista; c) que es esencialmente diferente a la letra de cambio, y d) que la misión del librador es pagar el cheque.

En síntesis podemos decir que hay un consenso mundial para diferenciar a la letra de cambio del cheque, siendo la primera un instrumento de crédito y el segundo un instrumento de pago.

Las reglas fundamentales son: 1a.) el cheque establece como requisito previo la existencia de un contrato de depósito bancario de dinero, en los términos del Art. 267 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a la letra dice: "El depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o de divisas o monedas extranjeras, transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie, salvo en lo dispuesto en el Artículo siguiente". (El Artículo siguiente se refiere sólo a los depósitos que se constituyen en caja, saco o sobres cerrados, en tanto pierden su carácter de bienes fungibles.)

2a.) El cheque es siempre pagadero a la vista o sea, en el acto de la presentación.

La razón de esta disposición, contenida en el Art. 178 de la mencionada Ley, que así lo dice: "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 Secretaría de Hacienda y Crédito Público al interpretar dicho precepto, respecto a la práctica de que se rehusasen pagos de cheques fechados con posterioridad al día de su presentación, manifestó siempre que el proce-

dimiento de expedir cheques postdatados, ciertamente constituye no sólo una infracción a lo dispuesto en la Frac. II del Art. 176, contrariando lo que se previene en la primera parte del Art. 178 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sino también es una forma de desvirtuar la naturaleza jurídica del cheque mismo, convirtiéndolo, de instrumento de pago en instrumento de crédito.

Vale la pena comentar aquí, en lo conducente, el Dictamen que el señor Lic. Antonio Carrillo Flores, que fuera Director General de Crédito de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en el año de 1942, emitió en el sentido de que los cheques postdatados deben ser pagados a la vista cuando el girador tenga fondos como una interpretación que fue del concepto jurídico del cheque.

Dictamen: Secretaría de Hacienda y Crédito Público.—Director General de Crédito.—Oficina del Director.—Número: 305-2768.

ASUNTO: Esta Secretaría mantiene su criterio acerca del alcance del Art. 178 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En efecto, la única forma generalizada, tanto en México como fuera de México, del cheque con vencimiento diferido, es el cheque postdatado. El cheque con indicación de plazo o con dos fechas —una de emisión y otra de vencimiento— podrá ser una posibilidad teórica, pero no se da en la realidad. ¿Es creíble que el legislador de 1932 quisiera limitarse a regular una situación irreal y que en cambio no deseara llevar a la eficacia del principio por él acogido en el artículo 178 a los casos reales? Ello habría significado una inconsecuencia; más aún un franco y grave error de técnica legislativa que precisamente por tratarse de una ley tan bien elaborada como la de Títulos y Operaciones de Crédito, no puede imputarse a sus autores.

Toda la argumentación del Dictamen se encamina a pretender demostrar los inconvenientes del sistema acogido para el cheque en Ginebra y a sugerir la superioridad de la solución de La Haya. Es en realidad el Dictamen, una crítica al artículo 178, no una interpretación de él, que fue lo que la Secretaría de Hacienda quiso llevar a cabo;

La finalidad de la ley fue —y esto lo corroboran las numerosas citas del Dictamen— impedir que el cheque pierda su carácter propio de instrumento de pago y se convierta en instrumento de crédito. *La única manera de que esta finalidad se realice es no dar eficacia a la voluntad expresada por el emisor, ya en forma de fijación de vencimiento o de simple postdatación.*

En resumen, la Secretaría mantuvo siempre su criterio acerca del alcance del artículo 178 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y especialmente acerca de las ventajas de ese criterio para las prácticas bancarias.

Ahora bien, desde el punto de vista económico, la función del cheque es distinta de la que corresponde a la letra de cambio.

Si bien la letra de cambio en su origen sirvió como instrumento de pago, pues ya Vivante la calificaba como el "papel moneda de los comerciantes", es decir que se la usaba como dinero, en verdad, que al paso del tiempo, la

letra de cambio fue un instrumento de crédito y mediante ella se negociaban las operaciones a plazo.

En cambio, el cheque es siempre un medio de pago y por eso, repitiendo a Garrigues, podemos decir con toda razón que quien crea una letra, necesita el dinero, pero que quien libra o pone en circulación un cheque, tiene dinero.

La misión fundamental del cheque consiste en sustituir el pago en metálico o en billetes de banco, haciendo las veces de dinero efectivo, aún cuando jurídicamente el pago mediante cheques no surta los mismos efectos que el pago en dinero.

Aquí entramos a un problema, por demás interesante en esta materia.

La única diferencia que existe entre el cheque, como la orden que el depositante da al depositario de que le devuelva su depósito o lo entregue a un tercero, con dinero efectivo, está en que exista realmente el depósito previo en la institución bancaria librada.

Dicho esto, si la naturaleza jurídica del cheque es la de un instrumento de pago; si el que libra o entrega un cheque a un tercero lo hace para librarse de una obligación y ese documento, que tiene la jerarquía legal de un título-valor, está destinado a circular de acuerdo con su Ley de circulación, o sea mediante endosos, si el cheque es nominativo o por traditio si es al portador, el que lo puso en circulación está asumiendo una muy grave responsabilidad frente a su beneficiario y frente a todos los demás tenedores legítimos del título.

Si el cheque no es pagado por la institución bancaria depositaria, porque se carece de los fondos necesarios previamente depositados, hay una brutal frustración en el uso de este instrumento; es evidente que hay un engaño per se, que puede tener una trascendencia gravísima, no sólo en función de la cuantía del cheque, sino porque va a involucrar a un número ilimitado de personas, dentro de la lógica transmisión del cheque a muchas manos.

El que expida un cheque, en favor de un tercero, está realizando un acto jurídico, que no por su simplicidad final deja de tener una profunda solemnidad.

En realidad el librador, está levantando su mano y no sólo poniendo su firma, en señal de que protesta decir verdad, comprometiéndose en ese documento, con el tomador o beneficiario, al cual le dice que al poner a la vista del banco librado ese documento, le será entregado en efectivo la suma correspondiente.

En otro lenguaje podríamos decir que es un juramento con todas sus consecuencias y efectos o sea, que si no se cumple, por culpa del librador, que lo haya juramentado, está abriendo una grieta y provocando una desconfianza en ese instrumento, tan formal como solemne, que puede producir resultados destructivos, respecto de su uso.

De poca importancia sería el tratar aquí las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del contrato que implica la emisión del cheque. Podríamos hablar de la teoría de la cesión de un crédito que se tiene con el banco depositario, o sobre la teoría de la *estipulación a favor* de un tercero o de la

teoría de la estipulación *a cargo* de un tercero. Igualmente podríamos hablar de la teoría del mandato o la teoría de la autorización y finalmente de la teoría de la delegación, pero en realidad lo que nos interesa es considerar que una persona que desea pagar a otra una suma de dinero, le da una orden formal y solemne a su banquero depositario, para que entregue esos fondos al beneficiario del cheque.

Parecerá inútil enfatizar que en estas condiciones, este instrumento de pago, como sustitutivo del dinero, es una masa de efectivo, superpuesta sobre el circulante monetario, que indudablemente debe ser considerada por los técnicos y los especialistas en la materia, sobre todo ahora en que el mundo padece los efectos epidémicos de la inflación.

A mayor abundamiento, no podemos negar que el uso del cheque ha sido quizás, uno de los instrumentos más importantes en el desarrollo económico del mundo moderno, pudiendo parangonarse con los más importantes aportes del Derecho a la vida económica, como lo ha sido la Sociedad Anónima, el mercado de valores, etcétera.

No podríamos concebir al ritmo en que se vive, un mundo económico sin el cheque.

Quizás el grado de avance de los países civilizados se pueda medir comparando sus desarrollos con el uso del cheque; así de objetivo y espectacular es el efecto que produce el poder disponer de los fondos depositados en una institución bancaria, mediante un documento que cada persona depositante puede crear, a su sola voluntad y entregarlo a un tercero, solventando así una obligación de pago.

Consideremos ahora el problema derivado, consistente en la diferencia del cheque y el dinero efectivo.

Si el cheque no es pagado porque el librador no tuvo los fondos necesarios al expedirlo o porque los retiró antes de la presentación del cheque o porque nunca pudo expedir el cheque porque no tenía el contrato previo de depósito bancario de dinero, con la presunta institución librada, entonces estamos frente a la crisis del cheque.

Existen zonas y épocas en las que el mal uso del cheque se repite indebidamente.

Existen circunstancias críticas en virtud de las cuales deliberadamente los libradores utilizan el cheque, que por su propia naturaleza es pagadero a la vista, para convertirlo en un instrumento de crédito, o sea que su presentación se trate de posponer para cuando se tuviesen los fondos.

Existe también la posibilidad, de que el tomador del cheque tenga conciencia y conocimiento de que su deudor le está entregando un instrumento de pago que en realidad no puede hacer efectivo de inmediato y que ambos convienen en que se presente posteriormente, para dar lugar a que el deudor consiga los fondos y haga el depósito provisorio.

Es claro que pueden existir una serie de circunstancias que distorsionan la prístina naturaleza de este título-valor.

Pero, en verdad, no podemos aceptar que el desvirtuamiento de un instrumento jurídico, respaldado por una doctrina y por disposiciones del

Derecho positivo en el mundo entero, pueda cambiar su naturaleza porque existan, en mayor o menor grado, esas violaciones.

Si el narcotráfico es un delito severamente perseguido y en algún momento la farmacodependencia aumenta en forma alarmante, no debemos caer en la tentación, como han caído algunos países, de autorizar el uso de las drogas, porque al fin y al cabo, se dice, ya es un hecho al que concurre un número importante de violadores de la Ley y es aconsejable la tolerancia.

Debemos por tanto, mantener incólumes nuestros principios, porque si abrimos la puerta al acto jurídico, que consiste en el libramiento del cheque, como medio para procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido, como se ha pensado, abrimos una inmensa puerta a la interpretación subjetiva de los hechos, a las probanzas y a las decisiones presionadas, derrumbándose la objetividad de los actos sancionables, por contravención a la norma existente.

Lamentablemente en el Diario Oficial de la Federación del 13 de enero de 1984, aparecen publicadas las reformas a nuestro Código Penal del Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.

En efecto, el Art. 387 del citado Código en su Fracción XXI, ha quedado como sigue:

"XXI. Al que libre un cheque contra una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva o por carecer éste de fondos suficientes para el pago. La certificación relativa a la inexistencia de la cuenta o a la falta de fondos suficientes para el pago, deberá realizarse exclusivamente por personal específicamente autorizado para tal efecto, por la institución o sociedad nacional de crédito de que se trate.

No se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

Las Instituciones, Sociedades Nacionales y Organizaciones Auxiliares de Crédito, las de Fianzas y las de Seguros, así como los organismos Oficiales y Descentralizados, autorizados legalmente para operar con inmuebles, quedan exceptuados de la obligación de constituir el depósito a que se refiere la fracción XIX."

En otras palabras, no se procederá contra el agente cuando el libramiento no hubiese tenido como fin el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

En estas circunstancias, estamos ante un hecho consumado y se ha cambiado la tesis jurídica, del delito formal, al delito intencional.

Se ha abierto la puerta para que en todos los procesos que se inicien con el libramiento de cheques sin fondos o sin autorización, se alegue por el

acusado que no fue su intención el procurarse ilícitamente una cosa u obtener un lucro indebido.

El instrumento de pago llamado cheque ha recibido un golpe.

Habremos de observar el comportamiento de esta nueva disposición en la práctica.

Insistimos en que la intención de obrar ilícitamente y la búsqueda de un lucro indebido, no deben perjudicar al tercero de buena fe, que adquirió este título de crédito, en el mercado de títulos-valores individuales.

Creemos haber aportado elementos de juicio para concluir que el cheque, como instrumento de pago no puede ni debe cambiar su normatividad.

Si el cheque se usa mal, se está utilizando un instrumento para engañar, pues de nada vale que el beneficiario pueda estar conforme con la transgresión del librador, para utilizarlo como un instrumento de crédito, desde luego a plazo, pues todo ello sería ignorar uno de los principios fundamentales de los títulos-valores, como es el de su circulabilidad, en tanto puede haber terceros que adquieran legítimamente ese cheque, que no tienen por qué conocer las características de su emisión, con la "intención" de que fuera un instrumento de crédito entre el librador y tomador.

El rigor de nuestra Ley de Títulos y Operaciones de Crédito no debe reblandecerse, ni debemos aceptar que esta institución jurídica denominada cheque se desvirtúe.

Por el contrario, como ha ocurrido en nuestros tribunales sentenciadores, cuando se coluden librador y tomador, para que se acepte un cheque que sirva como garantía o como documento que habrá de cobrarse a determinado plazo, ambos están cometiendo un delito o son sus coautores.

Veamos ahora nuestra jurisprudencia:

La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia

La doctrina que pudiera recogerse en reformas a nuestro Código Penal, recogería nuevamente la tesis de la Suprema Corte de Justicia establecida como obligatoria en la *Compilación* de 1954 bajo el número 316.

"*Cheque sin fondos.* Debe absolverse cuando llega a demostrarse que no hay engaño ni, en consecuencia, delito, al entregar un cheque, no por vía de pago (que es la función normal y ordinaria de esta clase de títulos de crédito), sino como una mera garantía por convenir así el librador y la parte beneficiaria del documento, estando advertida esta última de la inexistencia de fondos para que el librador cubra el documento."

Esta jurisprudencia se opuso a la establecida con anterioridad por nuestro más alto tribunal y que se había fijado en 1948 (Apéndice al Tomo XCVII del Semanario Judicial No. 325):

"*Cheques girados sin fondos.* Las disposiciones del Código Penal, en la parte relativa, quedaron derogados por el Artículo 193 de la LCTOC, y

de acuerdo con él, hasta que el librador expida un cheque que no es pagado por no tener fondos disponibles al expedirlo, para que incurra en las sanciones que establece el Código Penal para el D.F. al delito de fraude, independientemente de que tal hecho, haya tenido el propósito de engaño o de obtener un lucro ilícito, puesto que lo que la Ley pretende es dar toda clase de seguridades al manejo de los títulos de crédito, fomentando con ello la confianza en los mismos y sancionando severamente, no precisamente la defraudación, el engaño o el artificio, sino el uso ilícito de un título como cheque."

Sin embargo, en 1960, la Corte adoptó nuevamente esta tesis, volviendo a considerar el delito de libramiento de cheques sin fondos en sus aspectos meramente formales, y tutelando al cheque "como mero instrumento de pago":

"Delito previsto en el Artículo 193 de la LGTOC: Si de las constancias de autos se prueba plenamente que el acusado expidió cheques, con pleno conocimiento de que carecía de fondos presentados a cobro dentro del plazo legal y no cubiertos por tal motivo, se tipifica el delito previsto. . . sin que la circunstancia, invocada por el quejoso, de que los cheques fueron dados en garantía y postfechados sea relevante, puesto que se trata de un delito *especial* que se integra con la sola expedición del cheque, dado que el bien jurídico tutelado. . . es la seguridad del crédito y la confianza que el público debe tener en los cheques y no, como equivocadamente se ha pretendido, el interés patrimonial de los particulares." (Informe del Presidente de la Primera Sala de la S.C. de J. 1960 p. 24.)

La Corte también ha establecido la coparticipación en este delito, para quien acepta, a sabiendas, un cheque sin fondos, en la siguiente jurisprudencia definida:

La expedición de un cheque presentado oportunamente para su pago y no cubierto por causa imputable al librador configura el delito previsto por el Artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito sin consideración a que el documento se haya expedido postfechado, o en garantía de un adeudo; pues el cheque como instrumento destinado a desempeñar una función económica social, tutelada por el Estado, representa para el beneficiario la suma de dinero que motivó la expedición, sin más requisito que la presentación ante el banco librado para su pago inmediato. De ahí que cuando el cheque se expide sin fondos, nazcan contra el girador acciones distintas de las que origina cualquier otro documento de crédito insatisfecho, con las consecuencias de carácter penal que precisa la ley. Y cuando el beneficiario del cheque es quien induce al librador a que lo expida, sabedor de que carece de fondos, así como cuando lo admite a sabiendas de esta última circuns-

tancia, incurre en responsabilidad criminal como coautor del delito previsto por el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. (Apéndice 1917-1975 Jurisprudencia 2a. parte, la. Sala No. 101.)

Estas interpretaciones han sido confirmadas por la Suprema Corte hasta nuestros días y, por lo mismo el Artículo 162, Frac. IV del Anteproyecto de Código Penal, vendría a romper con las tesis jurisprudenciales aplicadas por los tribunales mexicanos desde 1960, al adoptar, nuevamente, un criterio antiformalista. Implícitamente, este artículo reconoce que ante un libramiento de cheques sin fondos se deben proteger penalmente, los intereses del tenedor y del librador del cheque y no los intereses económicos de la sociedad, como establece actualmente la jurisprudencia definida de la Corte. Además, acentúa el carácter *fraudulento* de dicha acción, opinión que también ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia de la Corte como lo prueba la siguiente jurisprudencia definida:

La Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, en su carácter de ley federal y posterior al Código Penal del Distrito y Territorios Federales, estructuró, en su Artículo 193, un delito formal con elementos constitutivos propios que difiere del de fraude previsto en la Frac. IV del Artículo 386 del Código Penal, tratando de proveer una tutela específica del cheque, dada su trascendencia en el terreno bancario y monetario; lo que lleva a concluir, que el hecho delictuoso a que se refiere el mencionado Artículo 193, es de orden federal y de la competencia de los tribunales de este fuero, de acuerdo con lo preceptuado en el Artículo 41, Frac. I, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. (Apéndice 1917-1975 Jurisprudencia 2a. parte, la. Sala No. 99.)

En definitiva, ante un instrumento jurídico mercantil, como es el cheque, que es un título-valor, en cierta forma sustitutivo del dinero, debe respetarse su naturaleza jurídica.

La característica fundamental del título-valor de ser circulable, exige diferenciar al documento formal, que cumpliendo requisitos rígidos se introduce legalmente en la corriente circulatoria de los cheques, como instrumentos de pago, que deben ser y son aceptados por los tenedores de los mismos, del documento que emana de un negocio causal, no admitido en nuestro Derecho Cambiario, en el que existe una voluntad y una "intención", delictiva o no. Es como en la Teoría del "Riesgo Creado".

El que crea el instrumento peligroso, crea el riesgo. En el cheque, el que crea el cheque crea el riesgo.

No se puede crear el riesgo y demostrar que no quería hacerlo peligroso.

En todo caso, si el primer beneficiario lo sabía, ¿el posterior tomador de buena fe, queda frustrado?

Podrá decirse por los partidarios de la tesis de la "intención" que su beneficiario conjugó el peligro, pero ¿qué hay del tercer adquirente? ¿no podrá acaso coludirse librado y beneficiario para defraudar a terceros?

Es demasiado importante el "formalismo" del cheque para que se pueda prescindir de sus elementos jurídicos y económicos, en aras de una seria preocupación de muchos de nuestros destacados penalistas, que si en su propio campo es válida, no lo es tanto en el que corretea y circula el cheque, como documento autónomo, abstracto y objetivo, no sujeto a contingencias subjetivas.

Sería de desearse que a la luz de los procesos que se lleven a efecto, con base en la reforma penal a que se ha hecho referencia, nuestro Poder Ejecutivo reconsidere la iniciativa enviada al Congreso de la Unión, y pueda volverse un día a la tesis ortodoxa que considera este tipo de delitos como "penales", atenta la naturaleza jurídica del cheque.

DISCURSOS PRONUNCIADOS EN LA CEREMONIA
LUCTUOSA CELEBRADA EN HONOR DEL SEÑOR
LICENCIADO DON GUSTAVO R. VELASCO
EL 9 DE NOVIEMBRE DE 1983