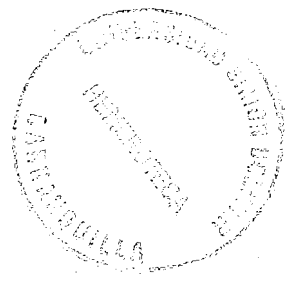


DR 03572-1A

103



373

TRATADO JURIDICO DEL ENDOSO Y EL AVAL

IVETH ROSMIRA ARRIETA PEREZ

GLORIA MARIA ESCORCIA TROYA

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1991

TRATADO JURIDICO DEL ENDOSO Y EL AVAL

IVETH ROSMIRA ARRIETA PEREZ
GLORIA MARIA ESCORCIA TROYA

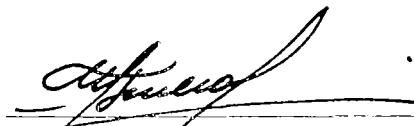
Trabajo de grado presentado como
requisito parcial para optar al
título de : Abogado.

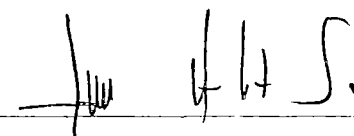
BARRANQUILLA
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR .
FACULTAD DE DERECHO

1991

Nota de Aceptación

= Aceptada =


Presidente del Jurado


Jurado

Jurado

Barranquilla, Julio 24 de 1.991.

DIRECTIVA

RECTOR

DOCTOR JOSE CONSUEGRA H.

SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RAFAEL BOLAÑOS

DECANO

DOCTOR CARLOS LLANOS

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1.991

" A G R A D E C I M I E N T O S "

Al Decano doctor Carlos Llanos, a los profesores de la Facultad de Derecho que por su abnegación en entregarnos con marcado desinterés las Ciencias Jurídicas que en ellas impera; sin mirar en nosotros futuras competidoras.

A nuestro Asesor doctor Rodolfo Pérez, que por su valiosa ayuda se hizo posible esta investigación.

"DEDICATORIA"

Es para mí muy humroso dedicar éste triunfo a DIOS ser supremo , para que me guie a defender con el título que hoy recibo una verdadera justicia. A mis familiares queridos pongo a sus pies la terminación de mis estudios en homenaje al amor y sacrificio con lo cual hicieron posible que esta etapa de mi vida se cristalizara felizmente y a todas aquellas personas que por su solidaridad humana y noble generosidad me apoyaron e insentivaron a culminar mi carrera en Derecho.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	
1' EL ENDOSO	1
1.1 NOCION Y CONCEPTO	1
1.1.1. Concepto de endoso	2
1.2. REQUISITOS DEL ENDOSO	2
1.3. CLASES DE ENDOSO	5
1.4. EFECTOS DEL ENDOSO	15
1.5. DIFERENCIA ENTRE LA SECCION DE CREDITO Y EL ENDOSO	16
2. LA ACEPTACION	19
2.1. PRESENTACION POTESTATIVA	22
2.2. QUIENES LA PUEDEN PRESENTAR	24
2.2.1. A quien puede hacer la presentación	25
2.3. LUGAR Y FORMA DE ACEPTACION	25
2.4. LA ACEPTACION	27
2.5. LA CANCELACION DE LA ACEPTACION	33
3. QUE ES EL AVAL?	35
3.1. LOS SISTEMAS BANCARIOS Y EL AVAL	35
3.2. LA CONCEPCION DEL AVAL COMO UNA FIANZA	36
3.3. LA CONCEPCION DEL AVAL COMO UN ENDOSO	38

4. REQUISITOS DEL AVAL	44
4.1. LA FIRMA DEL AVALISTA EN EL MISMO TITULO	44
4.2. QUIEN PUEDE SER EL AVALISTA	46
4.3. ¿PUEDE OTORGARSE EL AVAL EN UN DOCUMENTO SEPARADO DEL TITULO VALOR?	47
4.4. EL AVAL DEBE SER INCONDICIONAL PERO PUEDE SER PARCIAL	48
4.5. RAZON DE SER Y CONVENIENCIA DE LA INDICACION DEL AVALADO	49
4.6. LA OBLIGACION Y LOS DERECHOS DEL AVALISTA	52
4.7. COMO SE EXTINGUE LA OBLIGACION DEL AVALISTA	53
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFIA.	

INTRODUCCION

El aval es "una garantía típica cambiaria" de origen francés, que tiene como fin garantizar obligación de otra persona, comprometiéndose al pago total o parcial del título valor.

Aparentemente "el aval" presenta analogías con figuras jurídicas como la fianza, endoso y la firma de favor, pero indudablemente se presentan diferencias notables porque el endosante es siempre un obligado de regreso, mientras el avalista por estar garantizando todas las obligaciones sería un obligado directo. Con la fianza no son accidentales, sino de fondo.

De otro lado la investigación, realiza un recorrido por las diferentes características en que se ha constituido al aval en varias legislaciones o sistemas cambiarios como el francés, anglo-americano, germano-italiano y por último analizamos de fondo los requisitos esenciales del aval entre estos la firma, incondicionalidad, conveniencia y razón de ser, etc.

1' EL ENDOSO

1.1. NOCION Y CONCEPTO.

Como quedó dicho anteriormente, la hacer la clasificación de los títulos valores, son aquellos que se expiden en favor de personas determinadas y se les agrega la cláusula a la orden, o se expresa en el mismo instrumento que son transferibles por endoso o se diga que son negociables, o se indica su denominación específica del título valor (651 del C. de C.). El hecho de que se expidan a la orden quiere decir que se respeta la autonomía del primer beneficiario, lo que el orden, el destino que quiere darle al documento, es decir, cobrarlo directamente o negociarlo; además, por mandato de ley se determina su forma de circulación al decir el art. 651 del C. de Co. "y que se transmitirán por endoso y entrega del título", y lo que quiere decir que el endoso y la entrega o sea el desplazamiento material del título de manos del endosante al endosatario, son los únicos elementos que hacen posible la circulación de este tipo de títulos valores. Citando como ejemplo de documentos que pueden ser títulos a la orden y lógicamente participar de esta forma de

circulación, tenemos la letra de cambio, el cheque, la factura cambiaria, el bono de prenda, la carte de porte y el conocimiento de embarque , y los bonos.

1.1.1. Concepto de endoso: Es una cláusula accesoria e inseparable al título, por virtud de la cual el titular del mismo o acreedor cambiario se sustituye por un tercero, con carácter limitado o ilimitado.

Como se observa, hay un cambio de acreedores que solamente se puede verificar en el estricto sentido de la palabra con la entrega del instrumento, o sea que para el endoso en realidad se perfecciona cumpla sus efectos, tenga eficacia , debe realizarse dicha entrega o tradición.

1.2. REQUISITOS DEL ENDOSO.

a) Debe constar por escrito: Esta característica es esencial para que exista el endoso, puesto que no se concibe la existencia de endosos en forma verbal; puede hacerse constar en el mismo texto del título valor, o en hoja de adherida a él (allonge) cuando el anverso o el reverso del instrumento está totalmente copado, entonces se necesita hacer una nueva inscripción cambiaria, o en hoja adherida a él cuando la autoriza así la ley (art. 653.666 del C. de C.) . Este escrito se integra al documento, hacer parte física de él, conforme a la unidad.-

b) Debe ser puro y simple: Esto quiere decir que los endosos no pueden estar sujetos, ni a plazo ni a condición.

En el primer caso, simplemente limitar su exigibilidad al transcurso del tiempo; cosa muy distinta es que el endoso se someta a la fecha del vencimiento que trae el mismo título valor'.

Por otra parte tampoco puede estar sujeto a una condición o sea el acontecimiento futuro e incierto que no se sabe si sucederá o no, pues el mismo art. 655 del Código de Comercio dice que si se pone una condición ésta se tendrá por no puesta, lo que quiere decir que aunque las partes quieran poner condiciones, el endoso se tendrá como puro y simple.

c) Debe comprender la totalidad de la prestación: Cuando hace la transferencia de un título por endoso debe incluirse todos los derechos, tanto los principales como los accesorios. No puede haber un endoso por cantidad menor a lo indicado en el título valor, pues cuando sucede se aplica lo que especifica el artículo antes mencionado "el endoso parcial se tendrá por no escrito", lo que quiere señalar que el requisito de transferir la totalidad de los derechos mediante el endoso es un requisito esencial a su existencia, pues como quedó transcrito si es parcial se tiene por no escrito y lo que se tiene por no escrito no existe, a diferencia de los endosos condicionales puesto que la condición se

mira como no escrita, pero el endoso sigue existiendo puro y simple por mandato del mismo artículo.

d) Firma del endosante: Para que exista el endoso se requiere la firma del endosante o persona que transfiere el título. Esto constituye un requisito esencial, pues el art. 654 del C. de C. dice en su parte final que la falta de la firma hará el endoso inexistente; sin embargo el mismo Código de Comercio trae una excepción en cuanto al endoso se perfecciona sin la firma del endosante, es el caso del art. 665 que se refiere al endoso entre bancos. Dicho artículo indica que el endoso entre banco bastará simplemente el sello del endosante, que como es lógico no es una firma en el sentido estricto de la palabra. Aunque la parte general de los títulos valores cuando se refiere a la firma, (ver capítulo IV, literal C, 3A), se permite la sustitución de la firma por medios mecánicos, creemos que este es uno de estos casos. Por otra parte, si el firma como endosante, es un apoderado o mandatario de un tercero, además de la firma se requiere que acredite dicha calidad (art. 663 y 640 del C. de Co.) se advierte que la firma es el único requisito esencial del endoso.

e) Fecha del endoso y nombre del endosatario: El primero de los elementos mencionados, es decir la fecha, no es esencial para la existencia del endoso; en caso de que falte el artículo 660 del C. de Co. trae la solución al respecto como nor

ma supletoria que es, especificando que a falta de fecha ó cuando esta se omite, se presume que la fecha del endoso es la misma en que se verificó la entrega del título valor por parte del endosante al endosatario.

Aparentemente la fecha no tendrá valor alguno; sin embargo al establecerla como factor comparativo con la fecha de vencimiento del título valor se halla su importancia, aspecto que trataremos cuando veamos el endoso propio e impropio.

Por otro lado el nombre del endosatario tampoco es esencial a la existencia del endoso pues de falta aquel, simplemente estaríamos frente a un endoso en blanco con las características y los efectos que se explican más adelante.

1.3. CLASES DE ENDOSO.

a) Endoso en blanco. Es aquel en que el endosante estampa únicamente su firma (art. 657 del C. de C). En este tipo de endoso el endosatario, es decir, el que recibe el instrumento tiene una de cuatro posibilidades: La primera colocar el nombre suyo al pié de la firma del endosante en el momento en que el título valor será exigible para poderlo cobrar al deudor. La segunda, colocar su nombre al pié de la firma del endosante con el fin de transferir el título valor, es decir negociarlo; claro está que en este último caso debe colocar o estampar también su firma y el efecto

principal es que lo vincula cambiariamente . La tercera posibilidad es el momento de transferir el título valor; colocar el nombre del tercero al cual se transfiere y la cuarta. de acuerdo con los usos mercantiles, es simplemente transferir el título de valor sin colocar ningún nombre. Las dos últimas posibilidades tienen un efecto importante pues el tenedor del título valor endoso en blanco que lo transfiere de esas dos maneras se desvincula cambiariamente, de tal forma que en el futuro contará él no se puede iniciar una acción cambiaria de ninguna especie.

b) Endoso al portador. Es aquel en que no solamente vá la firma del endosante, sino también "La expresión al portador" (C. de Co. art. 654), pero este endoso produce los mismos efectos de un endoso en blanco luego está sujeto a las mismas cuatro posibilidades que vimos anteriormente. En Colombia se acepta perfectamente dicho endoso; sin embargo, en otras legislaciones comerciales como la del Ecuador y Venezuela, el endoso al portador es totalmente nulo, ya que se considera que desfigura la forma de negociabilidad de los títulos a la orden, esta es, la cambia automáticamente.

c) Endoso impropio. Es aquel que se produce posteriormente al vencimiento del título valor por eso es importante, como decíamos anteriormente, establecer una comparación entre la fecha del endoso y la fecha del vencimiento del título valor de esta comparación resulta si el endoso es impropio cuando

se ha hecho con posterioridad a dicho vencimiento; pero con antinomia si se hace antes de vencimiento el endoso es propio.

Pero, cual es el efecto, la importancia de hacerlo antes o después del vencimiento del título ? Escribe simplemente no tanto en la existencia sino en los efectos, pues el artículo 660 del C. de Co. . Es muy claro al expresar que el endoso posterior a la fecha de vencimiento del título produce los efectos de una cesión ordinaria, lo que quiere decir que ya no se aplicará las normas comunes del endoso sino las indicadas en los artículos 1959 y ss del C.C.C. para la cesión de créditos o derechos , además que estaríamos frente a un endoso que es solamente de nombre.

d) Endoso judicial o remedio. Este se da por parte de un Juez Civil del Circuito a través de un proceso de jurisdicción voluntaria (art. 653 del C. de Co.) es decir, que el Juez cuando una persona por medio de este proceso justifique que se le ha transferido un título a la orden por medio diverso del endoso, debe dejar constancia en hoja adherida al título (allonge) de la transferencia del mismo.

A su vez , el inciso último del artículo 653 del C. de Co. dice que la constancia que ponga el juez en el título se tendrá como endoso. Este inciso se puede interpretar de dos maneras: que solamente vale como endoso, si la constancia va

en el mismo instrumento, pero no vale como endoso si vá en hoja adherida a él, o sea en una allonge, o simplemente que en ambos casos se tiene como endoso pero la norma es un poco oscura, en el sentido de que no establece de la manera clara cuáles otros medios hay de transferencia de los títulos a la orden diversa del endoso. Creemos que hay dos formas de tipo de transferencia del título diferentes del endoso:

La transmisión por recibo, que desde luego no se le aplica el artículo 653 del c. de Co, puesto que tiene su regulación propia dada por el art. 666 del mismo estatuto legal. Pero si se aplica a la cesión de crédito u otras formas de transferencia es decir, que sin un título a la orden que especialmente es endosable para hacerlo circular se transfiere mediante una cesión de crédito, creemos que puede la persona adquiriente dirigirse al Juez Civil del Circuito para que consigne la constancia y dicha constancia valga como endoso.

Por otra parte hay que aplicar en este caso lo que especifica el artículo 652 del C. de Co., al advertir que cuando una persona transfiere un título a la orden por medio diverso, del endoso se subroga en todos los derechos posibles que tenga el título, pero que a esa persona al adquiriente se les puede oponer todas las excepciones que el deudor hubiera po

dido ponerle al enajenante. Lo que significa que al adquirente en este caso hereda prácticamente las mismas excepciones del enajenante, o sea en cabeza de este y oponibles por parte del deudor.

e) Endoso sin responsabilidad: Es aquel en que una persona (endosante) transfiere un título a la orden, mediante endoso con una cláusula especial que diga, "si mi responsabilidad" o cualquiera otra equivalente con el fin de liberarse de la obligación cambiaria respecto de tenedores futuros.

Sí así circulase el título valor no se le puede cobrar ni judicial ni extrajudicialmente, en virtud de dicha cláusula (art. 657 del C. de Co.). Esto tiene un efecto importantísimo puesto que si el tenedor de un título valor inicia acción cambiaria contra él que ha endosado sin responsabilidad este puede oponer perfectamente la excepción de ilegitimidad pasiva en la causa, numeral 13, artículo 684 , del C de Co.

f) Endoso en retorno: Es aquel que el título valor a la orden vuelve a uno de los endosantes anteriores. Así si X gira un título valor a A, posteriormente se produce una cadena de endosos, el endoso de A, luego el de B, luego el de C., luego el de D, y finalmente el último tenedor en M, el cual a su vez lo endosa a B, llamándose este acto endoso en retorno porque vuelve a un endosante anterior, de tal mane

ra que B, es endosatario en retorno, de aquí surgen dos consecuencias: si B quiere endosar el título debe conservar intacto los endosos posteriores a él, pues estos garantizan la obligación cambiaria respecto de A, y respecto del girador o librador u otorgante que es X ya que respecto de ello se da la calidad en el acreedor cambiario pero no lo puede hacer respecto de los obligados cambiarios posteriores (C.D.M) pues en relación con ellos se produce la doble calidad de acreedor y deudor, pudiendo dicho endosatario ante el cobro judicial de aquel oponerle la excepción de confusión a que se refieren los arts. 1724 del C. de Co. y 667 del C. de Co. por otra parte si el endosatario en retorno coincide con el girador aceptante u otorgante, según el caso la obligación cambiaria se exige de pleno derecho.

g) Endoso bancario. Al respecto distinguimos las dos formas aquel endoso que se hace de un banco a otros según el art. 665 del C. de Co. se faculta a los bancos a realizar endoso únicamente con su sello, sin necesitar la firma del representante legal sea gerente, director o presidente del mismo, el otro caso simplemente es el reconocimiento que hace la ley (art. 664 del C. de Co) a los que los usos mercantiles se conoce con el nombre de sello de cange, que es una facultad legal que se da a los Bancos en caso de que aún cuenta correntista suyo le entreguen títulos valores para ser abonados en la cuenta. Esta facultad consiste en poder cobrar dicho título aún cuando el que se los entrega no se los haya en-

dosado, es decir, haya o nó endoso la ley los autoriza para cobrar judicial o extrajudicialmente dicho título, pero exige como requisito el que el Banco anote en el mismo título la calidad con que actúa y haga constancia del recibo de los títulos ya sea el mismo texto o en el mismo instrumento, o en hoja adherida a él o sea en un allonge, pero esta forma de endoso que a nuestro juicio es un endoso en procuración de fuente u origen legal es limitado el cobro judicial o extrajudicial del instrumento de tal manera que el Banco no puede endosar en propiedad del título valores ni tampoco garantía de sus obligaciones; además en la práctica no sólo se aplica esta segunda forma de endoso en el caso de que una persona entregue títulos para abonarlos en cuenta corriente, sino también cuando se trata de entrega de estos títulos, para ser abonados en una cuenta de ahorros y vivienda u otra entidad similar. Es muestra de este segundo tipo o forma de endoso cuando una persona que tiene una cuenta corriente en el Banco de Bogotá, hace una consignación en la cual está entregando cheques de Bancos distintos como por ejemplo del Banco Comercial Antioqueño, del Banco Popular, etc. por el mero hecho de la consignación se entiende que el Banco de Bogotá sólo puede cobrar dicho cheque y abonar el importe a la cuenta de depositante de los mismos.

e) Endoso en propiedad: es aquel en el cual el endosante, transfiere todos los derechos inherentes al título, es de

cir, no solamente los principales sino también los accesorios al mismo, y además la facultad para que el endosatario ejerza dichos derechos (art. 656 del C. de Co.). Esta está en concordancia con lo que consagra el artículo 628 del C. de Co.

En contraposición con este artículo y el endoso en propiedad o endoso pleno, están los endosos en procuración y en garantía en los cuales no se transfiere la propiedad (o en doso pleno), sino ciertas facultades legales, que veremos a continuación.

i) Endoso en procuración: es aquel que mediante cláusula especial expresa, el endosante transfiere al endosatario facultades específicas determinadas por la ley. La cláusula expresa quiere decir que al pie de la firma del endosante debe ir en enuncao de una fórmula como es en procuración el cobro o cualquiera otra similar, como puede ser en la práctica.

Según el concepto se transfiere en endosatarios facultades especiales de características legales, tales como son las posibilidades por parte de este último de presentar el título valor para la aceptación, artículos 680 a 690 y art. 778 del C de Co.; cobrarlo judicialmente, art. 780 y ss del C. de Co.; extrajudicialmente; endosarlo en procuración, art

658 del C. de Co. , y protestarlo, art. 697 del Co. 727 y 795 del C. de Co. Pero a diferencia de las anteriores facultades no tiene probabilidad puesto que no lo autoriza la ley de endosar el título en propiedad, ya que sólo se ha transferido unas facultades, no del dominio del título luego no puede disponer del mismo, ni tampoco puede endosar en garantía o entregarlo en prenda; además la ley, art. 658 del C. de Co., establece o le dá al endosatario la calidad de representante por lo tanto sujeto a las mismas normas que regula la representación y con los derechos y obligaciones del representante según los artículos 832 y ss del C. de Co.

Sin embargo dentro de esos derechos que tiene aquí el Código repite la prohibición en el sentido que no puede transferir el dominio es decir, endosar el documento en propiedad o en forma plena, a su vez el representado o endosante puede revocar o dejar sin efecto el endoso teniendo la obligación de comunicar estas circunstancias a terceros a través de medios idóneos como son el de colocar la Nota de revocación en el mismo título, o dejar constancia en el proceso en el cual se están haciendo efectivo los títulos valores entregados al endosatario y, en defecto de los anteriores, mediante notificación al deudor. A pesar de esto el artículo 658 del C. de Co. establece en su parte final que cuando el deudor paga al endosatario, ignorando la circunstancia de la revocación por haberse comunicado ésta por los dos

medios idóneos anteriores o simplemente lo he conocido aunque no se haya comunicado el pago que realiza el endosatario es totalmente nulo, pues la revocación se le puede oponer al representado al deudor como causa de no pago de dicha obligación al endosatario.

j) Endoso de garantía. Es áquel que mediante cláusula expresa se constituye un derecho de prenda sobre el título valor en favor de un tercero. La cláusula expresa debe llevar algún enunciado, como puede ser garantía en prenda o cualquier otro equivalente. El endosatario en garantía tiene la facultad del endosatario en procuración, pues el título valor puede llegar a vencerse en sus manos y hacer necesario el levantamiento del proceso, la presentación para la aceptación o su cobro judicial o extrajudicial. Además de estas facultades de endosatario en procuración, tiene dos derechos de acreedor prendario derivados de la prenda con tendencias pues es esencial la entrega de los títulos valores. Tales derechos los podemos resumir en el derecho que tiene el acreedor prendario a los gastos de conservación de los títulos valores como puede ser el depósito en una cajilla de seguridad en un banco o el derecho de retención mientras no se le cancele la obligación garantizada con dicho endoso y dicha transferencia, y también hacer efectivo el crédito que se garantiza de esta manera mediante la subasta o remate político de los títulos valores.

Por otra parte el endosatario en garantía no se le puede poner las excepciones personales que hubiera podido ponerse a tendores (art. 659 del C. de Co.)

1.4. EFECTOS DEL ENDOSO.

Podemos citar dos tipos de efectos del endoso:

a) Uno es el legitimar tanto al tenedor como al obligado en el primer caso, es legítima al tenedor del título valor, si la cadena de endoso es ininterrumpida, de lo contrario estará legitimando, es decir, no tendrá la facultad para ejercer los derechos incorporados en el título; a su vez en tratándose de la legitimación pasiva, esto es el sentido de la obligación o del deber que tiene el obligado de pagar el derecho incorporado en el título, el art. 662 de nuestro código de comercio especifica que el obligado debe verificarse la continuidad de los endosos, por una parte, y por otra, identificar al último tenedor; si se cumple con estos dos requisitos el obligado estará legitimado para hacer el pago.

b) Otros efecto del endoso es el de darle autonomía al endosatario en su relación cambiaria con los anteriores obligados o con el suscrito del título valor, sin embargo, este tiene una excepción tratándose del endoso impropio, es decir, aquel que se verifica después de la fecha del vencimien-

to del título pues como quedó dicho atrás, tal endoso produce efectos de una cesión ordinaria y la cesión ordinaria permite que al tenedor del título valor se le opongan las excepciones personales que tiene el deudor contra el cedente o contratenedores anteriores.

1.5 DIFERENCIA ENTRE LA SECCION DE CREDITO Y EL ENDOSO

Un título valor aunque esencialmente endosable puede transferirse mediante una sección de crédito, ya sea antes o después del vencimiento, claro está que por excepción, pero en caso general los títulos valores a la orden se transfieren mediante endoso y es preciso algunas diferencias entre esta institución y la cesión de créditos, establecido por el código civil, a partir del artículo 1959.

a) La sección de crédito puede verificarse sobre un derecho incorporado en un título valor, necesariamente, no puede verificarse sobre un derecho que no conste en el título valor.

b) La sección de crédito puede hacerse mediante documentos separado del título valor, esto como regla general, a diferencia del endoso que por excepción se puede hacer en hojas adherida al título valor (allongue) cuando digamos en el anverso y el reverso del título valor no hay espacios para

hacer el endoso, o en los casos autorizados por la ley, art. 653 del C. de Co.

c) Para que la sección de créditos produzca efecto respecto del deudor y de terceros, debe notificársele al deudor o ser aceptado por éste o por medio de la contestación a la demanda o un principio de pago por escrito, o cualquier hecho que le suponga (art. 1960, C.C.).

Mientras que el endoso para que produzca efectos respecto de los deudores y de terceros no requiere la notificación (art. 651 del C. de Co.)

d) En la sección de crédito se requiere la designación de la persona a quien se transfiere el derecho (seccionario) en el mismo documento (art. 1961, C.c.).

e) En la sección de crédito si no hay la notificación o la aceptación que hemos dicho, se considera que el crédito existe todavía en cabeza del cedente (art. 1963 C.C.) Estas situaciones son totalmente extrañas al endoso.

f) En la sección de crédito, a cedente, o sea el que transfiere el derecho, garantiza la existencia del derecho en el mo.

mento de la sección y por excepción garantiza la solvencia presente o futura del deudor, solamente cuando así lo exprese, esto si se trata de una sección a título generoso, pues si se trata a título gratuito puede hacerlo o no (art. 1965 del C. de C), mientras que en el endoso la existencia del deudor se garantiza en todos los casos.

g) La cesión puede ser total o parcial; mientras que en el endoso puede ser total (art. 655 del C. de Co.).

h) En la cesión se transfiere una cosa incorporal (derecho) y el endoso se transfiere una cosa corporal, pues como nosotros manifestamos al hablar de la incorporación, el derecho se materializa en el título y este es una cosa corporal, muebles ya que el derecho existe por el título.

i) Se dice que en la cesión el deudor si puede oponer al cesionario las excepciones personales que hubiera podido poner al tenedor del título, mientras que en el endoso el tenedor del título sólo puede poner excepciones personales en contra de su endosante y no de tenedores anteriores.

2. LA ACEPTACION

Tratándose de letras pagaderas a día cierto después de la vista, deben ser presentadas por el tenedor a su aceptación dentro del año que siga a su fecha, (art. 680 del C. de C)

La razón por la cual se exige como obligatoria la presentación en este caso, está en que ella marca el momento a partir del cual se ha de contar el plazo de vencimiento del título y no se exigiera como obligatoria la presentación eso podría significar un gravamen excesivo para las partes vinculadas ya cambiariamente y aún para el mismo girado que si bien hasta no acepte que es obligado cambiarlo, no por eso deja de tener un compromiso extracambiario para aceptar la orden dada por el girador. Por eso la ley quiere limitar el poder discrecional del tenedor imponiéndole la obligación de presentación; esta obligación no se excepciona en el caso que el girador como la autoriza el artículo 680, amplía el plazo dentro del cual debe hacerse la presentación o inclusive prohíba que se haga antes de una determinada época pues aún en esos casos la presentación sigue siendo obligatoria.

La ley permite ampliar el plazo de presentación porque presume entre el girador y el girado algún acuerdo intercomercial en virtud del cual puede dar órdenes de pago al último y esa posibilidad de ampliar el plazo debe suponerse también acordada entre ellos.

Por esa razón, es decir por no existir ninguna relación extracomercial entre el girado y los futuros tenedores, la ley no admite que éstos pueden ampliar dicho plazo. Lo que sí permite es que los mismos obligados lo reduzcan. Los tenedores no pueden ni ampliarlo ni reducirlo lo que es lógico pues eso pondría en situaciones difíciles a los obligados presentes y futuros ante una presentación imprevista por demasiado rápida o ante una indefinida expectativa, por falta de presentación. Ello inclusive podría presentar graves inconvenientes a los mismos tenedores en el supuesto de que un obligado quebrara o muriera.

Cuales razones podría tener el girador para ampliar los plazos o para prohibir su presentación antes de determinado tiempo? Para lo primero podría ser un pacto con el mismo girado o aún con el tomador. Para lo segundo el deseo de asegurarse, en ausencia de previo acuerdo, la aceptación por parte del girado, de su orden de pago. Normalmente sucede que el girado acepta la orden de pago que le dá el girador bien por

que es deudor o porque quiere prestarle el dinero o por cualquier otra circunstancia¹. La ley colombiana no exige la existencia previa de la provisión de fondos en manos del girado (o al menos considera que su regulación es objeto propio del derecho común y no de cambiario) que fue común en varias legislaciones vigentes antes de la ley uniforme de Ginebra, la colombiana en el derogado C. de C, entre ellas (art. 774 y ss). La relación de provisión se da en virtud de cualquier relación extracambiaria por la cual el girado está obligado a cumplir la orden de pago emitida por el liberador (Legón, op.cit 107 en nota no. 255).

Normalmente la relación de provisión consistía en dinero en mano del girado, a disposición del girador y que se afectaba al pago de la letra de cambio. Esta relación de provisión jugaba un papel importante en materia de descuentos bancarios de las letras pues aquellas instituciones no la descontaban si no les aseguraba un pago efectivo mediante la transferencia a que el tenedor hacía al banco de esa provisión que venía a constituir una verdadera garantía en el momento en que el girador emite la letra, el girado ni la debía ni en general está obligado a aceptar su orden de pago.

1. BONFANTI Y GARRONE, Tomo I, Pág 358 y ss)

La ley le concede al girador la facultad de ampliar los plazos de presentación pero podrá acortarlos? Obsérvese que la presentación señala el comienzo de un plazo para exigibilidad de la letra y si es así se podría decir que mientras más corto sea aquél para la presentación más rápido podría ser exigido el pago del título, cuestión que favorecería a su tenedor de que el girador pueda reducir el plazo de un año pues en él deben estar interesados los futuros tenedores de título que a lo mejor no tendrían la posibilidad de cumplir esa carga en el reducido tiempo que impusiera el girador, perdiendo en consecuencia la acción de regreso que podría ser el efecto de la no presentación oportuna. Ello, como puede adivinarse, se prestaría a acuerdos entre el girador y el girado para perjudicar a los tenedores.

Piensese, por ejemplo, en el caso en que el girador exija que la presentación debe hacerse en un mes y que el girado esté en otro lugar al cual es difícil el acceso por cualquier circunstancia que no alcance a constituir fuerza mayor. La consecuencia sería la pérdida por parte del tenedor de la acción de regreso contra el girador.

2.1 PRESENTACION POTESTATIVA

En el caso de que se trate de letras giradas a día cierto después de la fecha, la presentación para la aceptación po

testativa. El girador, si lo indica en el título puede convertir la en obligatoria y señalar un plazo para que realice (ar. 681). El carácter potestativo de la presentación para la aceptación es un principio que se consagra en varias legislaciones y se justifica diciendo que la obligación del girado no es propiamente aceptar sino pagar la letra. El hecho de que la ley permita las acciones cambiarias a consecuencia de la negativa a la aceptación no significa que se contradiga lo anterior sino simplemente que la ley presume quien no quiere aceptar posiblemente no querrá pagar y ante esa incertidumbre quiere proteger al tenedor del título.

Si la presentación para la aceptación es potestativa y el tenedor quiere ejercer esa facultad debe presentarla a más tardar el último día hábil anterior al del vencimiento. La razón es lógica. si deja cumplir la letra lo único que debe hacer es reclamar su pago o no ser que acuerde con el girado un plazo adicional de cumplimiento (plazo de gracia) pero tal acuerdo no tiene efecto cambiario o no ser que con signe en otra letra. Y si no tiene efectos cambiarios eso significa que él puede dar los respectivos avisos por falta de pago y reclamar en vía de regreso.

Y bien la presentación para la aceptación es potestativa los tenedores estarán interesados en obtener aquella pues

eso les reporta una mayor seguridad para la efectividad de su crédito o, al menos refuerza la confianza en la letra.

Puede ocurrir que el girador haga obligatoria la presentación para la aceptación pues el también está interesado en saber si el girado acepta o no su orden de pago para determinar en forma segura las responsabilidades patrimoniales que surgirían a consecuencia de aquella. En efecto, si existe la aceptación el advierte que su patrimonio se desafecta en la medida en que el aceptante pagará y que su responsabilidad como obligado de regreso apenas si será inicialmente nominal.

2.2 QUIENES LA PUEDEN PRESENTAR

La ley colombiana no dice expresamente quien puede presentar la letra para la aceptación aunque en el artículo 682 se refiere al tenedor de la misma para indicar que en el caso de que se señalaren varios lugares para la presentación aquél podrá escoger cualquiera de ellos.

Iguales referencias se hacen en los artículos 686 y 688. Deberá entenderse que únicamente el tenedor esto es quien está legitimado para cobrar en virtud de ser titular del título valor puede presentar la letra para la aceptación cuan

do sea ella nominativa o al portador? Al parecer se opone a que cualquier detentador de la letra puede presentar para la aceptación cuando ella debe ser presentada, pues si en general se puede decir que la aceptación favorece al girado, quien puede negarse a aceptar y en el caso de que acepte no queda comprometido a pagarle a quien se la presentó sino a quien se le legitime con una serie interrumpida de endosos, no existe ninguna razón para decir que sólo el tenedor o titular de la letra puede presentarla. Por eso si la letra está en manos de su titular o de un agente de él o aún de quien se la encontró o sustrajo, cualquiera de ellos puede presentarla para la aceptación. En caso de que la letra sea presentada por quien no es su titular podría decirse que el actúa en virtud de un mandato tácito o como agente oficioso.

2.2.1 A quien puede hacerse la presentación. La presentación debe hacerse a la persona designada en el título como girado o su representante. Si son varios se hará a todos ellos. La ley no dice si pueden señalarse varios girados en forma disyuntiva pero nada se oponera ello,.

2.3. LUGAR Y FORMA DE ACEPTACION.

La letra deberá ser presentada para su aceptación en el lugar o dirección indicados en ella. Si no se indica en nin-

gún lugar (debería decir dirección) se hará o bien en el establecimiento, o bien en la residencia del girado, a elección del tenedor. La misma posibilidad de elección tiene el tenedor en caso de que ella se hubiera varios lugares. (art. 682.).

Puede suceder que el girador indique un lugar de pago distinto al domicilio del girado. En tal caso la ley le permite al girado, al momento de aceptar, señalar en aquel lugar la persona que habrá de pagar por él. Si no lo indica él quedará obligado a pagar allí (12) a la letra presentable en el lugar del domicilio del girado y pagadera en otro lugar se le llama la letra domiciliada. La letra domiciliada puede ser perfectamente domiciliada como cuando es pagadera en otro lugar por persona diferente al aceptante e imperfectamente domiciliada cuando se hace pagadero por el aceptante, pero en lugar diferente a su domicilio. Ambos tipos de letra son poco usados e inclusive se ha dicho que este tipo de letra ha desaparecido del derecho cambiario moderno.

El girado no puede cambiar motu proprio el lugar del pago y lo más que puede hacer es indicar una dirección diferente, dentro de su domicilio en la cual se hará el pago, pero só-

lo en la particular circunstancia de que el lugar se haya indicado en general; pero si el girador puso además la dirección específica el girado no la puede cambiar.

En tal caso, si él no está conforme con la dirección lo que puede hacer es negarse a aceptar. Es importante anotar que a pesar de que el girado no puede cambiar las órdenes del girador, si lo hace en la práctica el título valor no pierde su eficacia y lo más que puede ocurrir es que el girador pueda oponer, en caso de que se le vaya a cobrar el importe del título, la excepción de alteración que prevee el artículo 784 numeral 5o. del C. de C. y que será objeto de estudio posteriormente (Ver infra las excepciones cambiarias):

2.4. LA ACEPTACION.

Presentando el título al girado, el es libre de aceptar o rechazar, vale decir, no existe, previa a la aceptación, ninguna obligación cambiaria de aceptar la orden de pago. Aún en el supuesto de que el girado sea deudor del girador o se haya comprometido por él o inclusive con el mismo tenedor, a aceptar la letra, no tiene porqué cumplir compromisos consuetudinarios por alguna norma cambiaria. Si él decide romper aquellos compromisos lo más que surge es una obligación de indemnizar los perjuicios causados con su negativa. Esa indemnización de perjuicio se rige por las normas de derecho común y no por las propias de los títulos valores. Si deci

de aceptar, se convierte en obligado principal o directo y la orden de pago dada por el girador se transforma en una promesa de pago.

A la vez por el acto de aceptación o adquisición de compromisos cambiario principal, la letra se convierte en un título funcionable con plenos efectos pues si antes de su aceptación ella era formalmente un título completo sus efectos estaban limitados en la medida en que sólo el girador era el único responsable cambiario principal, con una obligación que a pesar de ser la principal no era más que una obligación de regreso. Faltaba el compromiso cambiario del girado, compromiso de carácter directo.

La obligación del girado-aceptante como obligación abstracta que no está sujeta en su cumplimiento a circunstancias extracambiarias como sería la de que el girador fuera su acreedor a la época de vencimiento. Es por eso que el artículo 690 dice que la obligación del aceptante no se altera aún en el caso de quiebra, interdicción o muerte del girador acaecidas antes o después de la aceptación. Es que en ellas todas son circunstancias extracambiaria cuyo efecto está fuera de la relación cambiaria como tal.

La aceptación dice el artículo 685 se hará constatar en la letra misma y se indicará por medio de la palabra "Acepto " u otra equivalencia seguida de la firma del girado. La sola

firma será bastante para que la letra se tenga por aceptada.

Se requiere pues , que la manifestación de la aceptación aparezca dentro de la letra misma. Eso quiere decir que cualquier acuerdo celebrado entre el girado y el tenedor que no aparezca en el título, no produce ningún efecto cambiario y si por ejemplo el girado admite aceptar en un documento separado habrá de entenderse que rechaza la aceptación.

La aceptación debe hacerse constar con la palabra "acepto" u otra equivalente como "pagaré. o "vista". Debe tenerse sí cuidado en la clase de palabras utilizadas para evitar cualquier equívoco. Aunque no se ponga ninguna palabra especial se entiende que existe aceptación si aparece en la letra firma del girado, no importa si está en el averso ó en el reverso. No se exige en la legislación colombiana como lo hace la Argentina por ejemplo, que la firma cuando no está acompañada de ninguna otra expresión, se ponga en el reverso para que se entienda que hay aceptación. Los peligros de una simple firme de aceptación puesta en el reverso se hace indicar en que puede confundirse con una firma por aval o con la firma de algún endosante en caso de endoso en blanco, pero si se observan las disposiciones pertinentes, del aval y del endoso se podrá apreciar que los peligros, si existen son muy remotos pues en el caso de una firma de en-

doso ella será identificable a través de la cadena que debe ser continúa entre endosante y endosatario. En el caso del aval la ley dice (art. 634) que se considerará aval la sola firma puesta en el título cuando no se le puede ya atribuir otro significado y precisamente a la sola firma del girado puesta en el reverso se le puede atribuir el significado de ser la firma del girado pues su nombre como tal aparece en el cuerpo de la letra como sujeto de la orden dada por el girador.

La aceptación debe darse en el instante en que se hace la presentación y si el girado pide algún plazo para resolver si acepta, está en manos del tenedor decidir si lo concede o no. Para hacer eso deberá tener cuidado pues en caso de una letra con protexto obligatorio, puede ocurrir que por darse un plazo muy largo, si el jurado decide al fin no aceptar, aquél se colocaría en la imposibilidad de hacer un protesto oportuno por lo cual su acción de regreso contra el girador caducaría.

En caso de tratarse de una letra pagadera a día cierto después de la vista o cuando de alguna indicación especial debe ser presentada dentro de algún plazo determinado dice el art. 686, el aceptante deberá indicar la fecha en que aceptó y si la emitiera o no quisiera ponerle el tenedor puede hacerlo.

La razón de la necesidad de la fecha es que a partir de ella se va a contar el plazo en que será pagada (letra pagadera en día cierto después de la vista) o se va a determinar si el plazo dentro del cual ella debía ser presentada ha sido cumplido.

La ley colombiana al permitirle al tenedor poner el mismo la fecha de presentación en caso de omisión por parte del girado, ha facilitado la circulabilidad libres de trabas de la letra de cambio. En países como Italia (art. 30 RD 16 69 / 32 y Argentina(art. 27 D. 5965/63) que no permiten al tenedor poner él mismo, la fecha, se exige que se levante; un protesto comprobado la falta de la fecha, con la cual indudablemente se entorpece un poco la libre circulación y se encarece la misma.

En caso de que tenedor omita levantar el protesto no puede iniciar la acción de regreso contra el girador y los endosantes.

2.4.1. Aceptación parcial. La aceptación por parte del girado puede limitarse a una parte de la cantidad expresada en la letra. Podría decirse que ésto perjudica al tenedor de la misma, pero la verdad es que ella al marcar la verdadera capacidad o voluntad económica de pagar que tiene el girado, le asegura un casi recaudo de la suma aceptada cuan

do la letra se haga exigible. Además , como la ley autoriza (art. 780) a iniciar la respectiva acción cambiaria por la parte no aceptada en forma inmediata no correrá la eventualidad de una aceptación hecha por encima de la capacidad o voluntad real del pago del girado-aceptante.

Qué solución práctica se le daría a esta situación que surge del Código ?. El tenedor de la letra aceptada parcialmente debe guardar el título no sólo para exigir el pago cuando la letra se haga exigible sino también para poder negociarla; a la vez como él está autorizado para indicar la respectiva acción cambiaria para reclamar el pago de la letra no aceptada, tiene que hacerlo no sólo exhibiendo el título sino entregándolo y dando el respectivo recibo (art . 624 y 877). Como no hay sino un título él no podrá iniciar la acción de regreso o no podrá reclamar el pago de la parte aceptada. Cuál podría ser la vía apropiada para ejercer las dos acciones ?. Indudablemente que aquí el tenedor va a encontrarse con una traba que le va a dificultar el ejercicio de las dos acciones sobre todo cuando ellas deban ejercerse simultáneamente.

Lo práctico es cobrar lo aceptado y anotar al reverso de la letra el pago parcial y con el título iniciar acción por el remanente y viceversa, cobra judicialmente y pide desglose del título para cobrarle al aceptante.

Fuera de la posibilidad de efectuar una aceptación parcial ella tiene que ser pura y simple, no admitiéndose ninguna otra modalidad, por ejemplo, la de que pagará si al momento de hacerse exigible la letra, él es deudor del girador. Si se pone alguna condición en la letra se considerará como no aceptada. Sin embargo, agrega el artículo 687, el girado no queda completamente desligado pues el responde ante el tenedor conforme a las reglas de derecho común (2) que dice que el aceptante (que acepta condicionalmente) queda obligado en los términos de su aceptación, expresa que esa es una obligación exigible cambiariamente de ese tipo de aceptación. Significará esa expresión que el tenedor puede accionar siempre contra el girado aún en el supuesto de que haya sido pagado completamente por el girador o que el girado es responsable ante quien haya sufrido la pérdida. La expresión no es clara y si no se interpreta sanamente podría dar lugar a que abuse el tenedor, obteniendo un beneficio que la ley no ha querido conceder.

2.5. LA CANCELACION DE LA ACEPTACION.

La aceptación de la letra debe ser irrevocable. De allí que una vez entregado el título, con la firma de aceptación al tenedor, el aceptante no pueda volverse atrás y cancelar

2. LEON op.cit. pág. 115. art. 28 D, 596/63.

su firma solicitándole el título al tenedor. Sin embargo si tiene el título y lo ha firmado pero no lo ha entregado la ley le permite tachar la firma, lo que significa negativa a la aceptación.

La ley Argentina que tiene disposición similar, contiene además, la presunción de que toda cancelación se reputa, salvo prueba en contrario, hecha antes de la restitución, disposición al parecer conveniente pues es preferible considerar como rechazada una letra que soporta una firma del presunto aceptante tachada, que mantener su validez ya que nadie irá a negociar una letra en tales condiciones con lo que resultarían frustrados los propósitos de fácil circulabilidad del título, por la confianza que los terceros depositen en ellas.

3. QUE ES EL AVAL?

De acuerdo al diccionario de la Real Academia es la firma al pie de un documento de crédito para responder de su pago en caso de no verificarlo la persona obligada a él. Es crito en que responde de la conducta del otro.

Al derecho dentro del comercio; es afianzamiento, dado por un tercero para pagar una letra de cambio.

"De bajo de" ó "De lado de "

Un acto jurídico unilateral, abstracto, de naturaleza cambiaria que obliga en forma autónoma distinta y personal a quién la dá (avalista), por el pago de la obligación cartular.

3.1. LOS SISTEMAS BANCARIOS Y EL AVAL.

Los sistemas que explican la letra de cambio o los títulos valores en general se han preocupado por resolver cómo se puede garantizar el ejercicio del derecho incorporado en es

tos documentos, sin que tal consideración haya podido escapar la aplicación particular de los criterios que individualizan y diferencian a cada sistema cambiario. Por esta razón no existe, ni puede existir, un concepto unánime sobre el aval.

Es acertado afirmar que el aval tiene una peculiar manera de ser considerado, según que se trate de un sistema francés, del anglo-americano o del germano italiano.

Adoptamos la siguiente noción del aval como guía de estos comentarios, que aunque resulte incompatible con algunos sistemas y con las soluciones de unos pocos países, trata de interpretar la posición mayoritaria de América Latina, teniendo en cuenta que catorce países siguen en este punto el sistema germano-italiano, tres el sistema francés y uno el sistema anglo-americano: el aval es la garantía típica cambiaria mediante el cual una persona se compromete al pago total o parcial del título-valor.

3.2. LA CONCEPCION DEL AVAL COMO UNA FIANZA.

El sistema cambiario francés originalmente concibió el aval como una especie de fianza, lo que resultó consecuente con la tendencia a explicar la letra de cambio, sus relaciones, efectos y garantías con las instituciones del derecho común.

Planteadas así las cosas , no cabía establecer diferencias de fondo, entre el aval y la fianza sino, cuando más, destacar de manera especial, no excepcional, cómo se manifestaba esta clase de fianza.

Si se tiene en cuenta que la fianza es fundamentalmente "un contrato en donde el fiador se obliga hacia el acreedor de otro a responder del cumplimiento de la deuda de este", inmediatamente surgen las limitaciones que tiene la garantía del título-valor, al ser considerada como una fianza. Las principales son las siguientes:

1. El aval se convierte en la garantía de la obligación de una persona determinada y puede someterse a condición o a plazo.
2. Como la fianza tiene una completa libertad de forma este aval se puede significar de distintas maneras, una de ellas fuera del título, o en documento separado.
3. Al ser el aval una fianza, procede el beneficio de excusión. Es decir , el fiador podría exigir que antes de proceder contra él, se persiga la deuda en los bienes del deudor fiador.
4. Sólo un tercero, extraño al título valor, podría otorgar fianza.

5. Al seguir el aval el régimen de la fianza, no cabe hablar de título valor frente a algunos obligados y en consecuencia ciertos derechos no resultan autónomos, ni el título es ejecutivo (en los países que declaran automáticamente ejecutivos a los títulos - valores), por ejemplo.

Únicamente Chile (arts. 680) Paraguay (679) y República Dominicana (arts. 141 y 142) tratan el aval como una fianza, y como puede deducirse de los textos chilenos por ejemplo, tal concepción resulta hoy en día, desde un punto de vista práctico, inadecuada, para garantizar el pago de un título valor.

3.3. LA CONCEPCION DEL AVAL COMO UN ENDOSO.

En el sistema anglo-americano no se distingue claramente la garantía del instrumento negociable y su negociación o endoso, razón por la cual el aval que no existe bajo ese nombre, se resuelve con las instituciones del endoso. Sin embargo como tal asimilación no puede ser total, la misma NIL introduce tal cantidad de salvedades que al final hay que concluir que un acto de garantía del instrumento negociable no puede ser exactamente igual a un endoso, como efecto no lo es, . La misma nomenclatura de la ley norteamericana revela la imposibilidad de una total correspondencia ya que para estos casos utiliza expresiones como "endoso irregular" y llama "parte del acomodoamiento" al signatario que

se ha colocado dentro del título para otorgar una garantía y "parte acomodada" a aquella por la que se otorga la garantía (avalista y avalado, respectivamente, según nuestra terminología)..

El acto de suscribir el instrumento sin recibir un valor (parte de acomodamiento) con el objeto de afianzar la responsabilidad de otro (parte acomodable) se llama en la ley de instrumentos negociables la firma, lo que no debe confundirse, de ninguna manera, con un acto de representación.

Cuando no media un valor, es necesario, para que valga el instrumento o la obligación contraída en el mismo que se dé el ánimo de afianzamiento, o sea la voluntad de prestar la firma a otra persona. Ordinariamente se da la firma por acomodamiento para que se haga uso de ella por la parte acomodada mediante la negociación del instrumento antes del vencimiento. Quien firma por acomodamiento puede ocupar cualquier posición en el instrumento, puede ser girador, otorgante, aceptante, endosante, ". La parte por acomodamiento, es, pues, una parte que queda dentro de la cadena de endosantes, o que figura como un girador o aceptante, de manera literal dentro del mismo documento.

Puede ocurrir también que aparezca la firma de una persona extraña al título mismo". un eslabón suelto en la cadena de negociaciones del instrumento" lo que se toma como un endoso

irregular o anómalo, que encuentra su trámite en los arts. 65 y 66 de la NIL. En el primero de ellos está lo fundamental de la regla según la cual toda persona que coloque su firma en un instrumento sin que sea otorgante, girador o áceptante, se entiende que es un endosante, a menos que indique claramente, con palabras apropiadas, su intención de obligarse con otro carácter norma que equivale, a la regla que adopta el sistema germano-italiano al decir que toda firma que no tiene significación precisa dentro del título se toma como firma de avalista.

En resumen, en el, sistema anglo-americano la obligación cambiaria se puede garantizar mediante la institución de la parte por acomodamiento o dándole a la firma que no esté en la cadena de endosos, o que no tenga otra significación precisa, el valor de un endoso irregular.

Como se sabe, la NIL ha quedado incorporada en el uniforme Commercial Code de Estados Unidos, pero a pesar de que este tema tiene un tratamiento más ordenado se conservan las mismas instituciones, aclarándose o adicionándose lo siguiente:

1. Un endoso que no esté en la cadena se toma como parte por acomodamiento.
2. La parte por acomodamiento es siempre una garantía.

3. La obligación de la parte por acomodamiento se determina según la calidad con que haya firmado.

4. Para determinar que un obligado es parte por acomodamiento se admite hasta la prueba oral, salvo que sea contra un tenedor en debida forma.

5. La parte por acomodamiento no está obligada frente a la parte acomodada y si paga el instrumento tiene recurso, en virtud del título, contra la parte acomodada.

6. Se suscribe del artículo 31 de la NIL la parte que decía "sin recibir valor alguno por ello" , ya que se considera que la acomodación es siempre onerosa, estos documentos superan la finalidad simplemente probatoria y son tomados como cosas que llevan consigo el mismo derecho que se trata de negociar - y en este caso de garantizar- es decir, como bienes muebles mercantiles sometidos a un rigor y a unas formalidades especiales que se justifican por las ventajas que otorgan a quienes lo constituyen o de alguna manera los aprovechan.

Dentro del sistema germano-italiano, (cuyos hitos más notables son la ordenanza germana del cambio, el reglamento uniforme de la Haya, las leyes uniformes de Ginebra y en América Latina la ley Mexicana y el proyecto Intal), la noción del aval tiene que ser compatible con la noción y estructu

ra del título valor. Como consecuencia, el aval es una garantía exclusiva de los títulos valores y por eso se lo califica como la garantía típicamente cambiaria resultando al menos inapropiado utilizar esta denominación para otra clase de seguridades, como ocurre con frecuencia en la operación bancaria.

El título valor puede garantizarse por otros medios, una fianza, por ejemplo, pero eso ni afecta al título valor (no va a dejar de serlo), ni somete la fianza al rigor de lo cambiario. El aval, por su parte, no tiene ningún sentido como garantía de una obligación que no se acambiaría (un título valor), y por más que se designe de esa manera a la garantía que se constituya para otra clase de obligaciones ni sería un aval, ni convertirá en cambiaria a esa otra obligación.

Al ser el aval una garantía típicamente cambiaria queda sometido a la formalidad y al rigor de lo cambiario, lo que da como resultado las siguientes características generales que a su vez, establecen la diferencia con la concepción de otros sistemas:

1. Debe constituirse entre el mismo título y circular con él, según los principios de la literalidad y de la inescindibilidad del documento y del derecho.

2. Debe ser incondicionable y no puede someterse a plazo.

La garantía se otorga por el pago del título y no por la obligación de una persona determinada y como consecuencia resulta extraño el beneficio de excusión.

4. La obligación del avalista es autónoma, es decir, independiente de las demás, razón por la cual puede otorgar el aval tanto un tercero, extraño al título, como alguien que lo haya firmado en una determinada calidad cambiaria.

5. Igualmente , el derecho que surge del título para el avalista es autónomo.

4. REQUISITOS DEL AVAL.

Para que una garantía sea aval, y para que produzca sus efectos especiales, debe cumplir una serie de requisitos, es decir, adecuarse al rito que determinan las mismas leyes cambiarias. Esos requisitos son mínimos, pero tan precisos, que su simple observación pone de presente las diferencias con otras instituciones cercanas, en cuanto cambiarias, como el endoso, el giro, y la aceptación, por ejemplo.

Para que exista aval, la firma del avalista debe figurar en el mismo título; la garantía debe otorgarse de manera incondicional, pero puede limitarse a parte de la obligación; y aunque no es necesario, conviene indicar la persona avalada. A continuación nos referiremos a cada uno de estos elementos indicando su respectiva limitación o excepción.

4.1. LA FIRMA DEL AVALISTA EN EL MISMO TÍTULO.

Como toda obligación cambiaria, la del avalista también se deriva de un acto jurídico de formación unilateral.

- Su voluntad de otorgar la garantía que debe expresarse li-

teralmente dentro del título valor mediante la consignación de su firma, en esa calidad, sin que resulte indispensable ninguna fórmula especial para ello.

Debe tenerse presente que las firmas de un título valor tienen la calidad que directamente se indique o la que incuestionablemente se deduzca de su ubicación dentro del documento y de su confrontación con otras menciones, pero si fuere imposible atribuirle a una firma un significado preciso, tal firma debe tomarse como de avalista, aplicando las reglas según la cual toda firma colocada en un título valor tiene una función cambiaria determinada que, de resultar confusa, se toma como firma de avalista.

La necesidad de que la firma del avalista figure en el mismo título suscita algunos desacuerdos en la legislación Latinoamericana, cuyos aspectos más importantes son los siguientes: con relación a la persona del avalista se pregunta si puede cualquier persona firmar el título valor como avalista, o si sólo puede hacerlo un tercero, extraño al documento; y con relación a que la firma debe ser colocada en el mismo título debe resolver que ocurre con un aval otorgado en un documento separado, distinto del título valor. Véamos de qué manera se resuelven estos puntos o, al menos, cuáles son las reglas básicas para resolverlos en cada país.

4.2. QUIEN PUEDE SER EL AVALISTA.

Sólo un tercero. Los países que siguen en este punto el sistema francés y que como consecuencia le aplican al aval las reglas de la fianza que el aval se otorgue únicamente por un tercero, extraño al título, es decir , por una persona que no se haya comprometido dentro de la letra en ninguna otra calidad, tal y como se observa en Chile (art. 684) Paraguay (679) y República Dominicana (art. 142) , mientras que Bolivia no permite que el girador ni el aceptante otorguen aval, y el Perú le impone esa limitación al aceptante únicamente.

Las anteriores son, sin embargo, las excepciones. La solución mayoritaria es que cualquier persona puede otorgar aval por una letra de cambio, ya se trate de un tercero extraño al título o de una persona que se encuentre comprometida cambiariamente dentro del mismo documento. Tiene algún sentido que alguien que ya se encuentra vinculado cambiariamente al título sea como girador, aceptante o endosante, otorgue, además, aval ?. La respuesta debe formularse desde una perspectiva eminentemente práctica, y es afirmativa. Una parte que ya se encuentra obligada cambiariamente por el título valor puede otorgar aval si con ello mejora cuantitativamente o cualitativamente, o en ambos sentidos, su responsabilidad cambiaria original; si ello no ocurre, nos encontramos frente a un acto cambiario sí, pero vacuo desde el

punto de vista de la estrategia ejecutiva.

Resolver la conducencia o no de éstos avales es una cuestión eminentemente práctica y, como concluye Cámara " el mejor criterio para resolver el problema dependerá de un hecho real: La garantía prácticamente inócua no será admitida ni tampoco prestada, mientras sucederá todo lo contrario en caso de reforzar el vínculo cambiario"

4.3. ¿ PUEDE OTORGARSE EL AVAL EN UN DOCUMENTO SEPARADO DEL TITULO VALOR ?

- Si se concibe el aval como una fianza, nada impide que se extienda en un documento separado de la letra o del título valor en general, ya que la fianza tiene completa libertad de formas para constituirse. Por eso Chile (art.881), Paraguay (art.680) y República Dominicana (art. 142) , consecuente con el sistema que sigue en el aval, permite que se extienda en un documento distinto y separado de la letra de cambio.

Pero si se concibe el aval desde una perspectiva más estricta, como una garantía cambiaria típica, resultan incongruentes que estas aplicaciones de las reglas de la fianza. En efecto, en este caso hay que tener en cuenta y aplicar los principios básicos de los títulos valores (especialmente de

la unidad literal y documental), contra los que iría el aval en documento separado. Esta es la razón para que los países que regulan el aval como una garantía cambiaria típica sólo permitan que el aval se otorgue dentro del mismo título valor, resultando Argentina (art. 33) Colombia (art. 634) y Ecuador (art. 439) las únicas excepciones al sistema, puesto que permiten el aval en documento separado.

4.4. EL AVAL DEBE SER INCONDICIONAL PERO PUEDE SER PARCIAL.

Si se concibe el aval como una garantía cambiaria, sometidas al principio del derecho cambiario, fácilmente se concluye que debe ser incondicional, tanto para facilitar la circulación del título como para la poca utilidad que representa, en la vida práctica, condicionar la garantía de una prestación incondicional.

Sin embargo, si se considera al aval como una simple especie de la fianza, la conclusión contraria, no tiene ninguna dificultad, pues como lo indica en forma general los códigos civiles "la fianza puede otorgarse hasta o desde cierto día o bajo condición suspensiva o resolutoria, regla que tiene su equivalente para el aval en los países que siguen las pautas del sistema francés.

En consecuencia, solo Chile, Paraguay y República Dominicana

na aceptan los avales condicionales.

Por otra parte, el aval puede ser parcial, es decir, otorgarse por parte de la obligación, solución eminentemente práctica que muchas veces facilita los mismos fines del aval al permitir la concurrencia, en forma independiente, de varios avalistas para garantizar la totalidad de la obligación, lo que resultaría de la suma de los avales parciales. Nos referiremos, por supuesto a avalistas independientes, no parí gradu, ya que si son varias personas las que otorgan, el mismo aval total, estamos ante una hipótesis distinta.

Todos los países permiten el aval parcial, y en los países que conciben el aval como una simple fianza tal solución resulta obvia, ya que " el fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal, pero puede obligarse a menos". C.C. arts. 2369.

Por supuesto, sino se indica que el aval es parcial, se entiende que se garantiza la totalidad de la obligación.

4.5. RAZON DE SER Y CONVENIENCIA DE LA INDICACION DEL AVALLADO.

No es necesario, pero si conveniente, que se indique al avallado, es decir, a la persona por quien el avalista se vincu

la cambiariamente a la letra, o, en otras palabras es conveniente que el avalista indique como quién (en qué calidad cambiaria) responderá por el pago del título valor.

No debe pensarse que el avalado equivale al deudor garantizado, como ocurre en la fianza con el fiado, ya que por el aval no se garanriza la obligación de una persona determinada, sino que se asume una determinada posición cambiaria para responder desde ella por el pago del título valor.

Se exige la indicación del avalado, pero si ello no se hace se presume que el aval se otorgue o como aceptante o como la persona que descargue el mayor número de obligados, lo que en otros términos significa que cuando el avalista no precisa dentro del título a la parte avalada, la obligación que asume es igual a la del máximo obligado cambiario que se encuentre en el título, entendiendo como tal aquella parte que al pagar extinguen, prácticamente, la vida del título valor. Con una técnica un poco diferente, es ese el significado del art. 637 de Colombia que dice: " En el aval debe indicarse la persona avalada. A falta de indicación que darán garantizadas las obligaciones de todas las partes en el título".

Si bien el aval no es ni puede entenderse como una garantía por la obligación del avalado, conviene que se indique el nombre del avalado porque éste es el único medio de que dis

pone el avalista para precisar el grado de su responsabilidad, ya que no es lo mismo tener que pagar el título como girador (creador del título, último obligado de regreso) que como beneficiario (primer endosante), último endosante (primer obligado de regreso), o aceptante (obligado directo o principal). Como puede ya deducirse, el avalado no es el deudor garantizado (como ocurre en la fianza con el fiado) sino el medio técnico jurídico para darle un contenido preciso a la obligación del avalista, ya que éste ocupa, exactamente, el puesto del avalista, de aquel y su obligación es exactamente igual a la del avalado. Por esta razón si se otorga aval por un endosante sin responsabilidad no existe aval, como tampoco puede haberlo si se otorga por el girado que como se recordará sólo resulta obligado a partir de la aceptación.

Esto serán dos casos de aval vacuos y además ingenuos por que literalmente figuran todos los elementos para deducir, prima facie, la inutilidad de tales aspiraciones cambiarias puesto que no existe obligación cambiaria por parte del avalado (endosante sin responsabilidad y girado), cuya posición asume el avalista y de quien deduce, a la vez, su propia obligación que, en el caso no existe.

Otra cosa ocurre cuando, habiendo existido la obligación del avalado, por alguna causa resulta inválida o nula, caso en el que tiene pleno efecto el principio de la autonomía y

se resuelve, de manera general, que si existe aval. Es ese el sentido de normas como el art. 636 de Colombia que dice: "El avalista obligado en los términos que corresponderían, formalmente al avalado y su obligación será calida aún cuando la de este último no lo sea".

4.6. LA OBLIGACION Y LOS DERECHOS DEL AVALISTA.

De lo tratado en el punto inmediatamente anterior se deduce que " el avalista queda obligado en los mismos términos que aquél por quien ha otorgado el aval" (LUG, art'32), de donde se colige la necesidad de que el avalado sea una parte efectivamente obligada en la letra de cambio.

El avalista garantiza el pago del título y, según la posición cambiaria que asuma, también garantiza la aceptación.

Recuérdese, a propósito, que alguna diferencia existe entre ser girador, ser endosante o ser aceptante, por más de que todos sean obligados cambiarios, y ello mismo determina que la obligación del avalista varíe según que el avalado sea una u otra de las partes mencionadas.

¿ Qué derechos tiene el avalista que paga?. "El avalista que paga la letra tiene acción cambiaria contra el avalado y contra los que estén obligados para con éste en virtud de la letra (Honduras, art.532). Lo que nos confirma que el avalis

ta asume la posición cambiaria del avalado no sólo para responder por el pago del título sino, también para recuperar la obligación de todos aquellos que resulten obligados frente al avalado.

4.7. COMO SE EXTINGUE LA OBLIGACION DEL AVALISTA.

Como se obliga cambiariamente, extinguido el título por cualquier motivo, desaparece su obligación, normalmente como desaparece la de su avalado (art. 636). Además "el vencimiento" de la letra de cambio y de todo título valor, marca el fin de la vida cambiaria del documento y a partir de ese momento su negociación sólo produce efecto de cesión y quien resulte poseedor del documento debe presentarlo para su pago.

CONCLUSIONES

El aval es una acción típica cambiaria que permite garantizar el pago de cualquier título valor.

El aval históricamente se confundía con la fianza y lo siguen tres países : Chile, Paraguay y República Dominicana y en otros como endoso y el sigue Panamá; pero ya posteriormente en el derecho germano-italiano, comienza a decantarse y a surgir con sus peculiaridades propias.

El mínimo literal para que una garantía pueda ser tomada como aval es que la firma del avalista se decrecen dentro del mismo título valor o en un documento separado del título con la expresión "por aval".

Las obligaciones del avalista es autónoma, es decir, independiente de los demás y que se haya constituido dentro del título; pero su calidad, grado y cuantía, salvo que se haya estipulado por una cantidad menor será igual a la del avalado.