

GARANTÍAS Y TÍTULOS VALORES CAMBIARIOS

Dra. Alicia Alvarez Martínez

Juez Letrada en lo Civil de Primera Instancia de Maldonado
Maestrando en Derecho de la Empresa en la Universidad de Montevideo

I) INTRODUCCIÓN. GARANTÍA-CONCEPTO. II) GARANTÍAS CARTULARES. SOLIDARIDAD CAMBIARIA. AVAL. III) GARANTÍAS EXTRACARTULARES. A) PERSONALES-FIANZA. B) REALES. - PRENDA – HIPOTECA: HIPOTECAS ABIERTAS O GENÉRICAS.

I) INTRODUCCIÓN - Garantía-concepto

El objetivo de este trabajo es realizar una somera sistematización de las garantías que aseguran el pago de los títulos valores cambiarios, profundizándose, en el estudio del aval, por constituir la típica garantía cambiaria y asimismo, por su actualidad y aplicación práctica, en la hipoteca cambiaria, antes y después de la reforma legislativa, que aún genera polémica. A esos efectos el punto de partida estará en el concepto de garantía.

Como expresa Héctor Alegría en «El aval» la palabra garantía como otras en derecho puede tener diversas acepciones. Se utiliza en derecho constitucional, procesal, administrativo, laboral, etc..

Desde el punto de vista de lo patrimonial, el sentido vulgar del término garantía tiene también una amplia gama. Económicamente, se concibe garantía, genéricamente, como el respaldo de un derecho de contenido patrimonial. En esta concepción se habla de garantía cuando se hace referencia a ciertas obligaciones o responsabilidades connaturales a algunos contratos. Así se habla de obligación de garantía cuando se alude por ejemplo a la evicción o a los vicios redhibitorios, sin perjuicio de recordar en ese campo contractual cuanto hace a las prestaciones de garantía de funcionamiento o reparación de objetos vendidos. Pero también encuentra otra gran acepción consistente en la constitución de una nueva obligación que refuerza un vínculo obligatorio originario preexistente, del cual es conceptualmente diversificada. Esto es, la agregación de un nuevo respaldo patrimonial a derechos anteriores. Es en ese sentido que tanto las garantías reales como las personales forman parte de esta gran categoría conceptual. En las garantías reales se agrega un nuevo derecho, especificado sobre un bien y en las personales un nuevo vínculo subjetivo al anterior (cf. Ripert-Boulanger, T. VII págs. 15 y ss y 20 y 21).

Con relación a las garantías personales destaca el autor que pueden contener diversas especies. La atribución a una obligación del carácter de garantía respecto de otra puede basarse en vínculos de subordinación o simplemente relaciones de coordinación. En el primer caso, se encuentran las garantías accesorias, en las que la subordinación produce la accesoriedad jurídica de la obligación de garantía a la obligación garantizada. El ejemplo clásico es la fianza que además tiene origen contractual. En las garantías que nacen de la coordinación se encuentran, entre otras, las que se relacionan con necesidades funcionales del crédito, y son ejemplo clásico las garantías cambiarias: las que son connaturales al endoso, a la libranza, al aval. La ley cambiaria llama a los obligados de regreso, garantes, en el sentido de que asumen responsabilidad cambiaria refleja por su intervención en el título pero reconociendo en otro sujeto cambiario la deuda principal. No puede decirse que el endoso o la libranza sean accesorias de la aceptación, pero sí que endosante y librador garanticen la obligación que surge de tal aceptación. La garantía pues surge de la coordinación y no de la accesoriedad. Consecuencia de lo expuesto es que no todas las instituciones de garantía en esta acepción conceptual responden a idéntico esquema jurídico (ni a iguales necesidades prácticas). Por el contrario, pueden tener, y de hecho tienen principios y consecuencias muy diversas. Así, por ejemplo no es connatural a la obligación de garantía la accesoriedad jurídica sustancial del negocio de garantía al acto garantizado, siendo suficiente la coordinación.

En el mismo sentido, Luis Muñoz, en «Títulos Valores Crediticios», señala que genéricamente, puede definirse la garantía o caución como el medio único o plúrimo de que puede valerse el acreedor para asegurar su crédito en caso de insolvencia total o parcial del deudor y cualquiera que sea el origen de esa insolvencia. Las garantías pueden ser personales y reales. Las primeras ofrecen ciertamente la seguridad al acreedor, al aumentar el número de sus deudores, pero el crédito continúa siendo quirografario y desprovisto de las prelación que ofrecen las garantías reales. Entre las garantías reales pueden mencionarse, y con relación a las legislaciones basadas en el derecho romano, la prenda, la hipoteca, la anticresis y el derecho de retención

Como señala el autor, quien firma un título valor, por ejemplo una letra de cambio, queda obligado y la simple firma lo vincula, ya sea como obligado principal o eventual a pagar el importe de la letra, dependiendo la naturaleza de la obligación del carácter de la firma. Cita a Arminjón y Carry (*"Lettre de change et billet a ordre"*) quienes escribieron que en la letra de cambio no hay firmas inútiles o inexpressivas, de tal manera que a las que no revelan una función específica se les atribuye una de garantía.

Alberto Bueres y Jorge Mayo en «Lineamientos generales sobre las garantías de la obligación en el derecho privado» (Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 2), enseñan que la palabra garantías o simplemente garantía, tiene múltiples acepciones en el derecho en general y en el derecho privado en particular. El vocablo fue utilizado en los ámbitos constitucional, procesal, administrativo, laboral, etc, así se habla de declaraciones, derechos y garantías; de las garantías del debido proceso, etc.

En un sentido muy amplio, la garantía sería tanto como cualquier medio dirigido a asegurar el crédito, el goce de un derecho, el cumplimiento de una obligación. La doctrina no es uniforme cuando incluye en la aludida acepción lata las plurales hipótesis de garantías. Así se menciona la garantía que emerge de la responsabilidad del deudor del cumplimiento o del incumplimiento, esa garantía se presta con todos los bienes; se hace hincapié esencialmente en las potencialidades que posee el crédito por sí y en sí mismo considerado, a efectos de que el acreedor despliegue sus poderes coactivos de agresión sobre el patrimonio del obligado.

Cuando se enraiza el asunto con los medios generales de protección al crédito, se enfatiza en las facultades que éste lleva anejas y en aquellas aptitudes que se le añaden (por ejemplo cláusula penal o fianza).

Pero también se vincula la expresión garantía con ciertas responsabilidades u obligaciones que son connaturales a algunos contratos que son la garantía de evicción y de vicios redhibitorios. Estas llamadas garantías pueden encorsetarse sin esfuerzo en la acepción lata del vocablo, ya referida, cuando ellos son incorporados a los contratos onerosos, pues en dichos negocios la ley siempre hace responsable a quien transmite una cosa o un derecho, salvo que en la convención se establezca lo contrario. Por tanto no hay propiamente un refuerzo agregado al crédito sino que nos encontramos con responsabilidades que emanan de la propia eficacia de él. Tal vez sería aceptable que se predique la existencia de garantías en la acepción específica o estricta del vocablo, cuando la responsabilidad por evicción y vicios redhibitorios sean previstos por las partes en el contenido de los contratos gratuitos, dado que en tales casos se trata de un elemento accidental del negocio implicado- de donde es indudable que esos medios de refuerzo no fluyen 'ope - legis' de la propia entidad del crédito.

Para una mejor comprensión de la significación lata o amplia del giro garantía explican los autores referidos el engarce del giro con la estructura institucional de la obligación. Tal estructura abarca dos fases: deuda y responsabilidad. No existen en los tramos citados dos relaciones obligatorias diferentes, o bien una expectativa jurídica- que no alcanza a ser un derecho subjetivo- en el débito y una auténtica obligación en la responsabilidad. En consecuencia, media un unitarismo que sólo justifica la escisión teórica- meramente teórica- de los tramos de deuda y responsabilidad con el solo propósito didáctico de que pueda contemplarse «cinematográficamente» la obligación. A la vista de lo expuesto, el derecho subjetivo del acreedor, en un primer paso, supone el poder de exigir un comportamiento del deudor destinado a satisfacer un interés de aquél. Pero ese cúmulo de facultades que emergen del derecho subjetivo no se agota en ello, pues también comprende la posibilidad de que el acreedor despliegue sus poderes de agresión (o poderes coactivos) sobre el patrimonio del deudor, en supuesto de que éste cumpla la prestación en tiempo y forma. De tal suerte, cuando es menester la puesta en marcha de los poderes de agresión se ingresa en la etapa de la responsabilidad como resultado de una actuación del derecho objetivo (que opone a modo de sanción por no observarse estrictamente la conducta debida) y de una actuación anómala o impropia del derecho subjetivo inmerso en la relación jurídica obligatoria enderezada a colmar normal o anormalmente el interés de éste. La ejecución forzada y la 'aestimatio rei' no son nuevas obligaciones derivadas del acto ilícito del incumplimiento ni tampoco cuadra entender, que el contravalor pecuniario es una obligación accesoria del crédito originario. En todos los casos se está ante la misma obligación, la cual cuando se verifica la ejecución por equivalente - o

ejecución indirecta- aparece inalterada en sí aunque presenta una simple modificación en el objeto. En definitiva, la relación poder - deber ínsita en la obligación se manifiesta con idéntica plenitud en los tramos de deuda y de responsabilidad por derivación lógica de ese unitarismo. El sujeto pasivo debe una conducta espontánea y asume de entrada y ad 'omnen eventum' el deber de dar respuesta al interés del acreedor con todos sus bienes-entre los cuales, en ocasiones- se encontrará el bien debido. La responsabilidad es asumida de manera potencial y como quedó asentado, si la prestación no se satisface, tal responsabilidad potencial se trasuntará de manera fáctica. En otros términos, la responsabilidad supone el asumir la realización de la conducta debida, e insatisfecha ésta, en hipótesis, el hilo de dicha responsabilidad sigue su curso a través de la ejecución forzosa o de la ejecución por equivalente. El deudor contrae responsabilidad por conducta a satisfacer y por insatisfacción de esa conducta.

En resumidas cuentas, la expresión responsabilidad tiene según los autores diversas acepciones. Algunas son ortodoxas o correctas mientras que otras carecen de rigor científico por su imprecisión e inexactitud. No habría inconveniente para aceptar como acepciones correctas del vocablo la que se refiere al afianzamiento apriorístico de la conducta y la que se concatena con la sanción fluyente a causa del incumplimiento de la prestación. En ambos casos, se ponen en evidencia dos momentos de una misma situación, o de una misma relación poder-deber. Esta posición para la cual el deudor responde del cumplimiento o en todo caso que el garante responde del cumplimiento a observar por el deudor, se registra también en el derecho francés.

Un sector de la opinión cree que la etapa ideal de la responsabilidad no comprende la ejecución forzada específica.

La responsabilidad aparecería entonces cuando entra en funcionamiento la ejecución por equivalente o sea el contravalor dinerario. Estiman los autores que dentro de esta significación la responsabilidad tiene que abarcar la total sanción que el ordenamiento jurídico incorpora al deber asumido y transgredido. consecuentemente comprende la ejecución forzada obtenida del propio deudor, la ejecución por tercero a costa del deudor y en fin, la 'estimatio rei'.

Se plantean si responsabilidad es igual a garantía dado que a veces en las obras y monografías se habla en forma indiscriminada de responsabilidad y garantía o se las emplea como sinónimos. Es necesario, según los autores, ajustar los conceptos que no son iguales. El deudor es responsable, cuando incumple la prestación, en tanto que la garantía no emana del susodicho deudor sino de sus bienes, su patrimonio. Responsabilidad y garantía son nociones autónomas aunque complementarias. la garantía confiere efectividad a la responsabilidad. De ahí que puede haber responsabilidad y no garantía. La responsabilidad siempre se predica del sujeto que está en situación de deber sea antes de incumplirlo, bien después de incumplido. En este último sentido, responsabilidad es la posición del sujeto sometido a la necesidad de experimentar de manera efectiva la pérdida de un bien o varios bienes a título de sanción.

Por último, hay una acepción de garantía en sentido estricto de acuerdo con la cual la garantía es una norma de derecho o un precepto de la autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que éste no tiene por sí mismo de modo que esa adición o yuxtaposición refuerza al acreedor la seguridad de que ha de ser realizado su derecho. Se genera una ampliación del poder jurídico del acreedor con respecto a los poderes que ostenta de ordinario. Existe un derecho subjetivo o una facultad. Parecida a esta noción es la de la garantía latu sensu que se utiliza como factor de atribución en la responsabilidad contractual y extracontractual. La garantía en sentido amplio-que siempre constituye un criterio de imputación de responsabilidad de naturaleza objetiva- comprende: 1) la garantía stricto sensu que fundamenta el deber de reparar del deudor obligacional o del principal por hecho de los dependientes y 2) la obligación de seguridad que opera en el sector hecho propio y que genera responsabilidad directa y objetiva del deudor contractual. En semejantes supuestos no hay un crédito principal sino que hay dos obligaciones de reparar indistintas o concurrentes que nacen al mismo tiempo. Así el dependiente causa daño a un tercero y responderá por su culpa sin que este factor de atribución monopolice la posibilidad de imputar jurídicamente el daño al agente directo. A su vez, el principal responde por la garantía legal que debe si se infringe por otro el 'alterum non laedere'. El esquema es válido para el deudor contractual por hecho del tercero dependiente en cuyo caso aquel responde por la garantía contractual.

Al igual que los anteriores autores distinguen las garantías personales de las reales. Las primeras conceden al acreedor el poder jurídico de exigir una conducta del deudor para satisfacer el interés del mentado acreedor. Las segundas, otorgan a éste un poder jurídico que recae sobre cosas concretas y determinadas, en definitiva son las que acuerdan al titular un derecho real respecto del objeto. Las personales otorgan al acreedor un derecho de crédito contra un tercero que asume la deuda junto al deudor o en todo caso en sustitución de éste (fianza, aval, etc.) o bien conceden al señalado acreedor una facultad subsidiaria contra el solvens quien de tal modo debe una prestación adicional (cláusula penal).

Asimismo distinguen, los autores, las garantías que suponen el agregado de un nuevo derecho subjetivo o de una mera facultad al crédito y están en situación de subordinación, pues tales garantías son accesorias del derecho al cual van incorporadas. Sin embargo, así como hay vínculos de subordinación, también existen de coordinación (en los que está ausente la accesoriedad). Son garantías de coordinación las que se relacionan con ciertas necesidades funcionales del crédito como las garantías cambiarias por ejemplo las connaturales al endoso, libranza, aval, etc.

Ahora bien, ingresando al ámbito de las garantías de los títulos valores cambiarios, señala Héctor Cámara en "Letra de Cambio y vale o pagaré" T. II, expresa que la ley cambiaria, facilitando la circulación de los títulos valores confiere protecciones especiales, legales y convencionales. Entre las garantías cartulares menciona la solidaridad, el aval y la firma de favor, y dentro de las seguridades extracambiarias, la fianza, el derecho de hipoteca y de prenda.

Uría en «Derecho Mercantil» expresa que el cumplimiento de las obligaciones puede ser garantizado por otra persona distinta del deudor principal que se obliga a responder también de la obligación (fianza) o bien afectando especialmente determinados bienes al cumplimiento de éste y constituyendo sobre éstos un derecho real accesorio de la obligación que aseguran (prenda e hipoteca). Destaca el autor que, en materia mercantil, han sido más frecuentes las garantías personales que las reales y quizás por ello, el Código francés no regula más contrato autónomo de garantía que la fianza (arts. 439 y ss.) limitándose a considerar la prenda de efectos o valores públicos como una modalidad accesorio del préstamo (arts. 320 y ss). Pero con el desarrollo actual, no bastan las garantías personales (fianza y aval) las empresas han tenido que acudir para movilizar y conseguir crédito a específicas garantías reales adaptadas a las exigencias del comercio. Así al lado de la prenda e hipoteca normales aparecieron nuevas instituciones de garantía real como la prenda sin desplazamiento y la hipoteca mobiliaria.-

Para Pablo C. Barbieri en «Manual de Títulos Circulatorios» cuando se refiere a las garantías para el pago de la cambial necesariamente debe comenzarse por enumerar todos los sujetos y obligados cambiarios: librador, aceptante y endosantes. Pero junto a ellos frecuentemente aparecen otros obligados que garantizan el cumplimiento de las obligaciones cambiarias asumidas por los mismos: los avalistas, que se incorporan a la estructura de sujetos cartulares mediante un acto jurídico cambiario llamado aval.

El profesor español Antonio Vázquez Bonome en su "Tratado de Derecho Cambiario", señala que existen diversos medios para garantizar el pago de una letra de cambio, unos ordinarios y otros cambiarios. Entre los primeros cita el contrato de afianzamiento civil (arts. 1822 y ss. C.C.) o mercantil (arts. 439 a 442 C. de Com.) en cuyo caso sus efectos se limitan a los contratantes sin que se afecte a los demás firmantes de la letra. En cuanto a los segundos, expresa que una letra se garantiza por medio de todos los firmantes que intervienen en ella lo que da lugar a que puedan producirse dos tipos de garantías: una común, que deriva de la responsabilidad solidaria del librador, aceptante o endosante; y otra que es la típica de la letra de cambio y tiene carácter extraordinario que es el aval (art. 35 L.C.). De modo que todos los firmantes de la letra de cambio se constituyen en garantes de la misma reforzando el crédito cambiario. Pero, al lado de esta garantía cambiaria que podemos llamar encubierta o indirecta, y que va implícita en toda declaración cambiaria, existe otra expresa y manifiesta que es el aval.

En nuestro país, Sagunto Pérez Fontana en Títulos Valores- Obligaciones cartulares, t. II, enseña que la doctrina generalmente vincula los negocios de garantía con el más general de la intervención de un tercero en una relación de deuda pre-constituida, distinguiendo claramente, los que dan origen a una obligación accesorio y subsidiaria de la obligación principal del deudor, de los que dan origen a una obligación principal asumida por el garante. La garantía puede consistir en una nueva obligación que refuerza un vínculo preexistente y del que también es distinta. Entendida en sentido amplio no comporta el atributo de accesoriedad que generalmente se le asigna de la obligación del garante con la que es objeto de la garantía. Como refuerzo del crédito cambiario originario, a través de la constitución de nuevas obligaciones cambiarias, y a favor de los que entran sucesivamente en la circulación, se puede hablar de garantía de la letra con referencia al endoso y así lo hace nuestra ley, aunque su finalidad no sea la constitución de una relación de garantía y también con referencia al aval y a la aceptación por intervención, figura esta última que nuestra ley desconoce. La función de garantía de las firmas cambiarias está estrechamente ligada al principio de la responsabilidad solidaria de los firmantes del título frente al portador como los establece el art. 105 del dec-ley 14701. Ninguna firma cambiaria garantiza la obligación de cualquier otro firmante pero todos garantizan de forma más o menos directa y típica el pago del título. En "Títulos Valores"- Obligaciones Cartulares III, Letras de Cambio, Vales, Pagarés, págs. 95 y ss. expresa que los autores refieren como garantías cambiarias el aval y la solidaridad, omitiendo la que la ley impone a los endosantes; asimismo señala que otros autores agregan como garantía cambiaria la provisión de fondos. Para el autor, el aval, es una declaración unilateral de voluntad mediante la cual un tercero ajeno a la relación cambiaria asume la responsabilidad por el cumplimiento de la obligación

cambiaria (arts. 15 y ss). Se trata de una típica garantía cambiaria y sólo se concibe en los títulos cambiarios, aunque en la práctica diaria para expresar que una persona garantiza una obligación que emane de un contrato cualquiera, se dice que prestó su aval. Esa expresión carece de efectos legales dado que esa fianza no se rige por las disposiciones que reglamentan el aval sino por las del Código Civil relativas a la fianza. Respecto de la provisión de fondos, de acuerdo a los principios en que se funda la ley vigente -y lo mismo durante la vigencia del Código de Comercio- no es un requisito para la validez de la letra de cambio; es una garantía externa y por lo tanto extra-cambiaria, y se refiere a las relaciones entre el librador y el girado. Es una derecho de crédito que el primero tiene contra el segundo cuyo origen puede ser distinto, por ejemplo, el saldo del precio de una compraventa, el importe de un préstamo, un depósito, el precio de un arrendamiento, etc.- La provisión de fondos es indiferente para la existencia y validez de la letra de cambio en el sistema seguido por la ley y por eso en ella no se disciplina ni menciona.

Destaca que los autores incluyen entre las garantías eventuales la aceptación por intervención, que aunque mantenida en las leyes ha caído en desuso por lo que la ley no disciplina la aceptación ni el pago por intervención; apenas refiere a ellos incidentalmente en los arts. 94 y 95.

Finalmente afirma que el pago de la letra de cambio además de la garantía típica cambiaria de naturaleza personal o sea el aval, puede tener otras garantías. Así puede ser garantizado por una fianza, lo que no es frecuente, y por garantías reales como la hipoteca o la prenda, señalando al respecto que atento a que la ley no ha previsto la constitución de estas garantías, su validez, constitución y efectos se rige por lo dispuesto por el Código Civil. Estas garantías no se utilizan en nuestro país en materia de letras pero sí en vales, pagarés o conformes.

La profesora Beatriz Bugallo en "Títulos Valores", señala que como título de circulación, la existencia de otro patrimonio comprometido en el pago de la obligación facilita la negociación del título valor, del punto que tendrá mayor posibilidad de circulación por el respaldo económico contenido por tal garantía. Las obligaciones contraídas por medio de la suscripción de títulos valores tales como letras de cambio, cheques o vales, pueden ser garantizadas por los mismos actos y negocios que cualquier otra obligación. Según cuál sea el medio elegido- garantía personal o garantía real- deberá recurrirse a diversas normativas aplicables a cada caso concreto de contrato; debiendo tenerse presente que en todo caso se trate de contratos mercantiles pues acceden a obligaciones que constituyen actos de comercio a tono con lo dispuesto por el art. 7 del Código de Comercio. Pero además de los instrumentos de garantía del derecho común, el derecho cambiario reglamenta un medio típico que denomina «aval» que comparte las características sustanciales de los títulos valores.

II) GARANTÍAS CARTULARES

A) Solidaridad Cambiaria

Francesco Messineo en "Tratado de Derecho Civil y Comercial" T. VI, con referencia a la letra de cambio señala que la misma, cuando sea completa, contiene al menos dos firmas: la del librador y la del girado aceptante, las cuales importan obligaciones pasivamente solidarias, aunque no en el mismo grado. La firma del librador es la primera en orden cronológico y lógico, se la debe poner en la cara anterior o anverso de la letra. El librador al suscribir la letra además de sellar el momento de creación de ésta asume dos caracteres separados aunque conexos: de un lado él es el ordenante respecto del girado y como tal dirige a éste (ordenado) un 'iussum' (el de pagar); de otro lado, él, respecto del ordenatario (tomador) o de aquél en cuyas manos la letra puede venir a encontrarse en lo sucesivo, asume dos obligaciones derivadas de su cualidad de promitente del hecho del tercero (girado); cualidad que subsiste (aunque no aparezca la fórmula empleada en el documento) e incluso tiene su confirmación precisamente de la asunción de dichas obligaciones de las cuales derivan dos responsabilidades derivadas por hecho del tercero y por el hecho propio.

Pero, como afirma el Maestro, la letra puede contener otras firmas. Puede estar la del avalista, la del endosante y la del interviniente; incluso las firmas de endoso pueden ser innumerables, su número depende de la duración de la vida de la letra, de la intensidad de su circulación y también de la velocidad de esa circulación. Al multiplicarse el número de firmas, la letra aumenta el propio valor ('vires crescit eundo') puesto que, siendo finalidad última de ella el pago y la entrada conexas de la suma (indicada en la letra) en el patrimonio del poseedor (al vencimiento) y acreedor, cuantas más son las firmas tanto mayor es la probabilidad de que alguno de los suscritores pague la letra.

Todo suscriptor de la letra asume una obligación, de ordinario, a título diverso; a veces al mismo título (coobligados). La obligación puede ser principal y a ella corresponde un obligado principal (directo) que es aquel al cual en primer término incumbe pagar (girado -aceptante, avalista del aceptante, interviniente principal) o de regreso; y a ella corresponde un obligado de regreso (librador, endosante respectivo, avalista, intervinientes de regreso). Estar obligado de regreso significa que la obligación está subordinada a la falta de cumplimiento por parte del obligado principal y el acreedor debe dirigirse, ante todo al obligado principal; de lo cual se infiere que el obligado principal y el obligado de regreso no se encuentran en el mismo plano. En general, el obligado de regreso es aquel que puede ser llamado por el acreedor a pagar en vía eventual, o sea, solamente cuando el deudor principal (u otro obligado de regreso de grado anterior) no pague. Los obligados cambiarios de regreso están ligados entre sí y en beneficio del acreedor por el vínculo de la solidaridad pasiva, lo que significa que el acreedor puede escoger entre los varios deudores de regreso en la ejecución sin deber seguir ningún orden, independientemente del momento en que la suscripción del obligado de regreso se ha estampado y la obligación solidaria ha sido asumida.

En la asunción de la obligación cambiaria principal y en la asunción de la obligación cambiaria de regreso, los obligados pueden ser más de uno, a igual título, en cuyo caso se tiene la figura del coobligado cambiario (coemitente, coaceptante, coavalista, coendosante y cointerviniente) donde la respectiva posición singular la asumen dos o más personas en vez de asumirla una sola. El coobligado cambiario está caracterizado por el hecho de que el mismo está obligado en igual grado con el otro obligado al mismo título.

Asimismo destaca el autor que un mismo sujeto puede suscribir la letra a títulos diversos: puede ser librador y ordenatario conforme al art. 3 primer apartado de la ley cambiaria; librador y girado, y por consiguiente posible aceptante; librador y avalista o endosante y avalista (art. 35 ley cambiaria). En tales casos, el sujeto asume en el nexo cambiario otras tantas diversas posiciones, en correlación; y adquiere derechos y asume obligaciones en consecuencia.

Héctor Cámara, en la obra citada, expresa que la ley en defensa del crédito establece la responsabilidad de todos los firmantes del título valor, sea aceptante, librador, endosante, avalista, etc., fortaleciendo innegablemente la situación del portador. Este principio de solidaridad pasiva goza de antiguo abolengo. La Ordenanza Francesa de 1673 no lo recepta expresamente pero es admitido por la jurisprudencia y la práctica en el antiguo derecho y las Ordenanzas de Bilbao lo consagran (art. 1º cap. XIII). Hoy lo proclama uniformemente el derecho comparado; de lo contrario, la cambial no podría cumplir su importante función de instrumento fecundo y maravilloso del crédito, sucedáneo de la moneda en la vida negocial internacional.

La solidaridad cambiaria exhibe una fisonomía propia distinta de la común; así se habla de solidaridad "imperfecta" o "modificada", tanto que para Ghini ni siquiera puede echarse mano de la solidaridad. De Semo refuta exitosamente esta última postura entendiendo que la autonomía de las obligaciones cambiarias aisladas no contraría en sustancia los principios generales, desde que, por un lado, el vínculo solidario del derecho común deriva de una pluralidad de obligaciones distintas y en alguna medida independientes, aunque no tan marcada como en el derecho cambiario; por otro lado, en la indicada autonomía de las obligaciones podría verse una pluralidad del Derecho cambiario a la cual se superpone, sin embargo el vínculo solidario de los firmantes.

En el derecho argentino, el Código de Comercio de 1889 asentaba la solidaridad cambiaria en el art. 669-1ª parte-, facultando al portador para dirigir su acción contra cualquiera de los obligados de la letra, librador, aceptantes y endosantes que responden solidariamente todos a los resultados de la letra. El art. 736 asimismo establece que todos los que giran o dan orden para el giro, endosen o acepten letras de cambio o firmen aval, aunque no sean comerciantes, son solidariamente garantes de las letras y quedan obligados a su pago, con interés y recambios, si los hubiere, y todas las costas y gastos legales, con derecho regresivo, desde el último endosante hasta el librador, con tal que la letra haya sido presentada y debidamente protestada. No obstante, señala el autor que los exegetas de dicho cuerpo legal polemizaron sobre si el portador podía demandar conjuntamente a algunos o todos los obligados cambiarios o si sólo correspondía la acción individual contra cualquiera de ellos, rechazándose por la doctrina y jurisprudencia prevaleciente la acción colectiva; salvo que fueren dos obligados de igual grado (coendosantes, coavalistas, colibradores, etc.), que reclamaren partes distintas de la obligación y que la acción se entable contra el avalista y el avalado porque ambas prestaciones tienen el mismo contenido. El basamento de esa construcción estaba en la segunda parte del art. 669 que después de asentar el principio de la solidaridad expresaba que el portador podría dirigir su acción contra quien mejor le convenga de los referidos librador, endosantes o aceptantes, pero intentada contra uno de ellos no puede ejercerla contra los demás sino en caso de insolvencia del demandado.

Como afirma el profesor, la normativa actual disipa toda duda sobre la solidaridad pasiva de los deudores cambiarios. Aunque se trate de obligados de grado diverso, lleva respecto del portador de la letra a las

consecuencias extremas en el sentido que la ley consiente al acreedor buscar y encontrar rápidamente a un obligado que pague. Es el favor cambiario al máximo de eficacia, como no sucede en ningún otro campo del derecho privado. Así el art. 51 del Dec.-Ley 5965/63 dispone: "Todos los que firman una letra de cambio, sea como libradores, aceptantes, endosantes o avalistas, quedan solidariamente obligados hacia el portador. El portador tiene derecho de accionar contra todas esas personas individual o colectivamente sin estar obligados a observar el orden en que las obligaciones han sido contraídas. El mismo derecho corresponde a cualquier firmante que hubiere pagado la letra. La acción promovida contra uno de los obligados no impide accionar contra los otros, aún cuando fuesen posteriores a aquel contra el cual se ha procedido primero".

De dicha norma concluye que la ley proclama la solidaridad pasiva con la mayor amplitud a favor del portador del título valor a lo que no obsta la diversa situación de los suscriptores en el nexa cambiario. Los obligados sean directos o regresivos de grado diverso -art. 46- o tengan el mismo grado-colibradores, coavalistas, etc.- corresponde la acción conjunta contra todos, uno o algunos. La única diferencia está en que satisfecha la prestación por el aceptante, la cambial se extingue; ello no pasa cuando la atiende un endosante, quien puede perseguir el cobro contra los obligados anteriores que le responden pero no contra los posteriores cuyas obligaciones fueron canceladas con ese pago. Por otra parte, el portador para gozar de este beneficio debe requerir el pago al vencimiento del deudor principal, y en caso de resultar infructuoso documentar fehacientemente la negativa, salvo mención en contrario. Si bien obligados cambiarios son todos los que firman una letra de cambio, sea como libradores, aceptantes, endosantes o avalistas, el texto peca por exceso y por defecto. Lo primero, porque el endosante posterior al vencimiento escapa a la solidaridad desde que "su endoso" tiene efectos de cesión de créditos según el art. 2; lo mismo sucede con el endosante que consigna la cláusula "sin garantía" o equivalente-art.16-. Asimismo, el avalista y aceptante, si bien responden solidariamente, su situación es diversa a los demás cuando limitan el monto de la obligación. Lo segundo, porque responde solidariamente el 'falsus procurator', quien suscribió el documento en representación de otro conforme al art. 8., otro tanto ocurre con el avalista por documento separado que responde solidariamente aunque no suscribió la letra de cambio.

La solidaridad beneficia al portador o a cualquier firmante que hubiera pagado la letra, esto es, a su legítimo titular en el momento del vencimiento -legitimado por la tenencia del documento con la cadena regular de endosos- como también a cualquier deudor cambiario que reembolsó el importe. Esto contraría la norma de la solidaridad común donde el deudor que paga solo puede recurrir pro-parte contra los demás. Este derecho de reembolso integral del 'solvens' se justifica por el carácter sucesivo de las obligaciones cambiarias y su autonomía. Además, es diversa la situación del "portador" de la del obligado regresivo que pagó; éste sólo puede accionar contra quienes le responden no contra los endosantes posteriores que quedan liberados por ese pago. Quien recibió por endoso la letra de cambio post-protesto ejercita el derecho del último endosatario. Y el endosatario en garantía no propietario de la letra de cambio también goza de la solidaridad legal pasiva ostentando un derecho autónomo para hacer valer la garantía según el art. 20. El endosante que pagó un letra perjudicada no queda incluido porque abonó algo que no debía, su pago es una liberalidad.

Como ya estableció, el portador tiene amplia libertad para escoger al deudor o deudores cambiarios, no estando obligado a seguir un orden ni ocurrir antes a los obligados más próximos. Cabe el recurso saltuariamente contra todas esas personas individual o colectivamente sin estar obligado a observar el orden en que las obligaciones han sido contraídas, promovida la acción contra uno o varios puede proseguirla también contra otros aún cuando fueren posteriores a aquellos.

Agrega el autor que la normativa actual también recepta el 'ius variandi', de modo que la acción promovida contra uno de los obligados no impide accionar contra los otros, aun cuando fuesen posteriores a aquél contra el cual se ha procedido.

Si bien cuando hubiere varios coobligados -coendosantes, coavalistas, colibradores, etc.-podrán ser demandados todos o algunos de ellos, cuando uno de ellos pagare la cambial dispone de acción cartular contra los otros obligados que responden solidariamente, pero no contra su o sus copartes cuyas relaciones se rigen por las disposiciones relativas a las obligaciones solidarias (art. 59). La solidaridad no juega contra los herederos de un obligado cambiario quienes pueden liberarse pagando su parte.

Si alguno dio fianza por un obligado cambiario no responderá solidariamente más que con el deudor caucionado.

Contrariamente a lo señalado por Lescot y Roblot en cuanto a que la solidaridad no es de orden público por lo que puede dejarse sin efecto mediante convenio de partes-librador, endosantes, avalistas, etc.- expresamente, estima Cámara que la solidaridad hace a la esencia de la responsabilidad cambiaria.

Agrega el autor que el pago de la letra de cambio también puede garantizarse indirectamente

mediante la suscripción de un determinado tercero, quien toma la calidad de librador, aceptante, endosante, etc., figura encuadrada dentro del favor cambialis y que la doctrina francesa denomina efectos de complacencia; se trata de la firma de favor. La misma se caracteriza porque una persona suscribe el instrumento cambiario a fin de facilitar el crédito a otro pero sin responder por el pago; este acto se cumple gratuitamente con el objetivo de prestar un servicio.

Se ha sostenido que constituye el medio empleado para procurarse crédito que no se tiene, en muchas quiebras se descubre que el fallido ha utilizado las letras de complacencia presumiéndose constituyen prueba de cesación de pagos. Han sido mal miradas por facilitar el abuso del crédito. Para Cámara no importan siempre una operación de propósito avieso o nocivo, no obstante que en algunos casos son peligrosas, no pueden ser castigadas como ilícitas.

Con relación a su naturaleza jurídica se han dado diversas tesis, algunas hablan de falta de causa, causa ilícita, falsa causa, mandato, etc., Conforme a La Lumia, Cámara distingue dos nexos: el preparatorio o precambiario, donde el favorecedor frente al favorecido consiente otorgar la garantía y otro que es el vínculo de fianza entre favorecedor y acreedor, confirmando la caución personal en beneficio del último. La convención de favor constituye el antecedente del negocio de favor propiamente dicho.

En punto a los efectos de la firma de favor señala que: A) El favorente se obliga a asentar su firma en la cambial agotando su prestación al asumir la responsabilidad cartular; el favorecido, por su parte debe evitar que al vencimiento del título- valor el dador de la firma de favor sea compelido al pago, enviando los fondos pertinentes-aceptante- o pagando para extinguir la relación cambiaria-obligado regresivo. El dador de firma de complacencia, que demandado pagó, tiene, en opinión del autor, acción de reembolso contra el favorecido comprensiva del capital, intereses y gastos, en virtud de la convención de favor, no como repetición de pago de lo indebido ni como enriquecimiento injusto. B) El negocio de garantía obliga al favorecedor como deudor cartular frente a cualquier tercero portador de buena fe, excepcionalmente responderá por vía causal, cuando hubiere celebrado una contrato de fianza garantizando la relación fundamental.

Con respecto al tercero que conoce que la firma es de favor se plantea el autor si hay mala fe concluyendo que dicha parte es obligado según el instrumento a favor del tenedor por valor, aunque éste al tiempo de tomarlo haya sabido que aquél no era sino una parte del acomodamiento; sólo podría valer la defensa cuando el tercero hubiera participado en la convención de favor, obligándose con un 'pactum de non petendo'. La 'exceptio doli' procederá si el portador adquirió la cambial en colusión con el favorecido para dañar al firmante de favor.-

Luis María Jaureguiberry en «La letra de cambio y el pagaré en el nuevo régimen cambiario» señala que la firma en los negocios jurídicos unilaterales como la letra de cambio es la manera de exteriorizar la voluntad que tienen los distintos suscriptores que se obligan precisamente desde el momento por el solo hecho de poner la firma en el instrumento. Cuanto más firmas se acumulen o cuanto más firmas de obligados cambiarios se recojan en la letra, tanto mayores serán las probabilidades del tomador y de los tenedores sucesivos de que le cumplan la promesa de pagar la suma de dinero expresada. Las firmas de los distintos deudores como las obligaciones que ellas importan son autónomas y redundan en beneficio de la circulación y de la bondad del título. Garantes de las letras según señala el autor son los eventuales obligados de regreso. El art. 10 de la ley cambiaria establece que el librador es garante de la aceptación y del pago. Él puede liberarse de la garantía de la aceptación mas toda cláusula por la cual pretenda liberarse del pago se considera no escrita. El fundamento de este último apartado está en que siendo la letra de cambio una promesa de pago que hace el librador por medio del girado, de no hacerla éste lógicamente no puede dejar de cumplirla aquél. Sin embargo, la responsabilidad del librador, tanto en caso de falta de aceptación o de pago es eventual o sea que es de regreso o garantía ya que por la ley el obligado directo o principal es el girado cuando acepta, o su avalista porque ocupa su lugar.

En cuanto al endosante, el art. 16 edicta que el endosante es garante de la aceptación y del pago de la letra salvo cláusula en contrario; y puede prohibir un nuevo endoso, en tal caso no será responsable hacia las personas a quienes posteriormente se endosare la letra de cambio. El endosante es un obligado de regreso, responde eventualmente en defecto de la aceptación o del pago de parte del deudor principal -girado-aceptante- siempre que la letra no se haya perjudicado y haya sido debidamente protestada. Como el endoso según el autor es un nuevo giro, el endosante, a semejanza del librador puede limitar su responsabilidad respecto de posteriores tenedores y dado el carácter literal del endoso ello se consigue insertando en el contexto la cláusula «sin garantía» u otra similar cual sería «sin responsabilidad de regreso» o «sin reembolso». El endoso convierte al endosante en obligado de regreso respecto del inmediato y de los posteriores endosatarios de la letra, mientras que a su vez confiere derecho de regreso frente a los endosantes precedentes y frente al librador. Si por efecto del regreso el endosante debe pagar la letra de cambio, este pago libera

a los endosantes posteriores y también a sus avalistas pero no libera a los endosantes anteriores, ni al librados y sus respectivos avalistas. El endosante que paga la letra conserva el regreso contra los endosantes precedentes, el librador y sus avalistas, derecho que puede ejercitar mediante la acción llamada de reembolso.

Por su parte, Osvaldo Gómez Leo en «Manual de Derecho Cambiario», enseña que los actos cambiarios documentados en una letra de cambio son concretados, por razones de unidad estructural mediante una declaración unilateral de voluntad cuya expresión documental mínima es la firma del sujeto que la extiende: sea librador, aceptante, endosante, avalista, interviniente- constituyéndolo en responsable solidario del pago de la letra (art. 51 antes transcripto). El conjunto de estos obligados forma una cadena en cuyos extremos hay un solo obligado al pago (el aceptante) y un solo acreedor autorizado a exigirlo (el último endosatario). Las demás personas que firman el título (librador, endosantes y sus respectivos avalistas) quedan entre los extremos de la cadena con el doble carácter de acreedores y responsables eventuales. Acreedores cada uno respecto de los anteriores poseedores del título y responsables frente a quienes les sucedieron en aquella cadena. En virtud de la responsabilidad que lleva consigo el hecho de girar la letra, y por razón de la obligación de garantía que recae sobre los endosantes, éstos, así como el librador le aseguran al tenedor del documento el pago de la suma contenida en el título para el caso de que el librado no pague. Es decir, a mayor número de firmantes, mayor número de obligados, lo cual implica mayores posibilidades de cobro.

A la luz de la normativa cambiaria vigente, la garantía que presta el librador de la letra es una garantía esencial ya que no puede relevarse de ella de ninguna forma; si pretendiera hacerlo, incluyendo en el libramiento una cláusula especial, la misma se tiene por no escrita (art. 10 L.C.).

La solución legislativa entronca en la estructura de la promesa obligacional que efectúa el librador al crear la letra de cambio, esto es, prometiendo el hecho ajeno (del girado) y en subsidio el hecho propio, si el girado a quien le imparte la orden no aceptara y se le permitiera al librador liberarse de la garantía de cambio de la cambial ésta carecería de sentido- económico y jurídico - pues el tomador que percibió la letra no tendría posibilidades de efectivizarla ante ningún sujeto .

En cuanto a la garantía que asume el endosante, entiende el autor que puede catalogarse como natural porque puede faltar. Ello ocurre cuando la letra no circuló ya que no hay endosantes o cuando habiéndolos se incluyó la cláusula «sin garantía» (art. 16 pár. 1 L.C.). En tal caso, el endoso tiene efecto legitimante pues habilita al endosatario a ejercer todos los derechos resultantes del título, y efecto traslativo, pues otorga la propiedad del documento y la titularidad del derecho, pero carece de efecto vinculante para el endosante quien queda excluido en virtud de esta cláusula dispensaria de toda responsabilidad cambiaria. Agrega que asimismo es garantía natural la que asume el librado al aceptar pues tal acto puede faltar; ello ocurre en las letras a la vista, en las letras no aceptables y las no aceptadas.

Destaca asimismo la existencia de una garantía eventual que es la intervención regulada en la ley en el capítulo VIII (arts. 74-82) instituto actualmente en desuso adoptado por todas las legislaciones del mundo que adhirieron al sistema de la Convención de Ginebra de 1930. Se distingue la intervención en la aceptación de la del pago; la primera, como los demás actos cambiarios es un acto jurídico cartáceo unilateral, literal y completo que se comporta como negocio abstracto en virtud del cual el sujeto interviniente queda obligado hacia el portador legitimado y hacia los endosantes sucesivos del sujeto por quien ha intervenido en los mismos términos que éste. En tanto garantía de la letra de cambio tiene carácter eventual expreso en algunos casos y espontáneo en otros

Luis Muñoz, en la obra citada, afirma que conforme al art. 51 multicitado, todos los que firman una letra de cambio sea como libradores, aceptantes, endosantes o avalistas quedan solidariamente obligados al portador, el portador tiene derecho a accionar contra todas esas personas individual o colectivamente sin estar obligado a observar el orden en que las obligaciones han sido contraídas. El mismo derecho corresponde a cualquier firmante que hubiere pagado la letra. La acción promovida contra uno de los obligados no impide accionar contra los otros aún cuando fuesen posteriores a aquél contra el que se ha procedido primero. Según la jurisprudencia una estipulación que menoscabe la solidaridad cambiaria desnaturalizaría al título valor.

Señala que hay diferencias entre la solidaridad civil y la cambiaria. En la civil, cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores solidarios o en contra de uno de los deudores beneficia o perjudica a los otros (arts. 39, 94 y 713 C.C.) . En cambio, conforme al art. 97 de la ley cambiaria argentina, la interrupción de la prescripción solo produce efectos contra aquel respecto del cual se cumplió el acto interruptivo. En la común, una vez cumplida la obligación por pago, la deuda se divide entre todos los obligados por partes iguales, pudiendo el deudor que ha pagado la totalidad, exigir la parte que corresponde a los codeudores. Si alguno resultare insolvente, todos contribuirán por igual a sufragar su parte. En la cambiaria, cualquier obligado, sea directo o de regreso, puede ser elegido para pagar y el que paga, si no es

el aceptante tiene pleno derecho de repetir el total del importe de la letra a cualquier otro obligado que le preceda. En la común, el pago efectuado por cualquier obligado libera a los codeudores; en la cambiaria, el único pago que libera a todos es el del girado aceptante; otro obligado que pague sólo libera a los obligados que le siguen mas no a los que le preceden. Conforme al art. 51 el portador de la letra tiene derecho a accionar individual y conjuntamente contra cualquiera de los obligados cambiarios, esto es, demandar a los coobligados de igual grado (colibrador, coendosante, coavalista), o a uno solo de los codeudores o coobligados de la letra. No está obligado a observar el orden en que las partes se han obligado (art. 51 num.2) o sea que en la serie de obligados de regreso puede escoger al inmediato endosante (regreso 'per ordinem'), o a un obligado de regreso anterior (regreso 'per saltum'), y lo mismo puede hacer si decide accionar conjuntamente contra dos o más obligados de regreso. El propio precepto establece que la acción contra uno de los obligados de regreso no impide accionar contra los otros, aún cuando sea posterior en el nexa cambiario a aquel contra el cual se ha procedido primero. Va de suyo que se abandonarán las acciones si uno cualquiera de los obligados paga íntegramente la letra. Con Cámara entiende que si uno de ellos paga, tiene acción cartular contra los otros obligados que responden solidariamente, pero no contra su o sus copartes cuyas relaciones se rigen por las disposiciones relativas a las obligaciones solidarias (art. 59). La solidaridad cambiaria, aunque se trate de obligaciones de grado diverso produce consecuencias plenas puesto que la ley permite al acreedor cambiario buscar y encontrar un obligado que pague. La doctrina habla de solidaridad imperfecta, modificada, de pseudo solidaridad, etc. Al igual que Cámara entiende que la misma es de orden público y no puede derogarse por las partes.

El acreedor cambiario cuenta con la solidaridad pasiva de los deudores también cambiarios, de suerte que si uno no paga, cualquiera de los otros está obligado a pagar la suma entera (cf. Cámara Civil y Comercial de La Plata, «El Derecho», t. 29, pág. 319). Empero son obligaciones autónomas las de quienes suscribieron la misma cambial como librador, aceptantes, avalista o endosante. Ahora bien, el acreedor debe proceder de excusión primeramente contra el deudor principal o su avalista, y sólo en caso de excusión infructuosa, podrá proceder de excusión contra los deudores singulares de regreso (arts. 10, 16 y 34). Así según Messineo (T. VI, pág. 344) como escribe Cámara (T.II, pág. 107), el portador debe requerir el pago al vencimiento del deudor principal, y en caso de resultar infructuoso documentar suficientemente la negativa, salvo mención en contrario. Empero, no cabe duda que el acreedor puede por vía ejecutiva accionar contra cada uno de los deudores cambiarios individualmente o en forma conjunta sin observar el orden o grado en que se hayan obligado. El principio de solidaridad cambiaria nos autoriza a afirmar que la pluralidad de firmas, con referencia a diversas obligaciones autónomas persigue un mismo fin: el pago de la cambial. Todas y cada una de las firmas representan la garantía del cumplimiento de la obligación cartular puesto que tienen la virtud de vincular cambiariamente a su autor.

La solidaridad cambiaria asegura la eficacia del título de valor y por consiguiente del derecho incorporado. Nada tiene que ver con el endosante que endosó la cambial después del vencimiento porque su endoso produce los efectos de una cesión de créditos (art. 21); lo propio sucede cuando el endosante inserta la cláusula «sin garantía» u otra equivalente (art. 16). Quien suscribe la cambial en representación de otro sin tener poder (art.8), como 'falsus procurator' responde solidariamente; lo mismo acontece con el avalista por documento separado. El que recibe por endoso la cambial, después del protesto, goza de la solidaridad pues ejerce el derecho del último endosatario.

El endosatario en garantía también goza de la solidaridad pasiva porque es titular de un derecho autónomo (art. 20). En cambio, no puede decirse lo mismo respecto del endosante que pagó la cambial perjudicada pues el pago no fue legítimo. Quien otorga fianza por un obligado cambiario responde solidariamente con el deudor caucionado y nada más.

Los herederos de una obligado cambiario pueden liberarse pagando su parte, que se anotará en la cambial dándoseles recibo por separado y por aplicación de los arts. 3491 y ss. del C.C. la solidaridad cambiaria pasiva no tiene que ver con ellos (art. 42).

En cuanto a la aceptación por intervención, aparte de su función específica asume otra de garantía ya que el aceptante, es en realidad un coobligado que promete el pago.

Refiere el autor asimismo a las obligaciones cambiarias de favor que son aquellas que asumen las personas que sin intención de pagar la letra a su vencimiento, suscriben el título, sea como librador, aceptante, endosante, avalista, etc. con el fin de facilitar la circulación del mismo y sin tener relación de crédito con la persona a quien prestan la firma de favor, generalmente con fines de descuento. Es preferible según el autor hablar de obligaciones cambiarias de favor o de firmas de favor como hace La Lumia en «Le firme cambiare di favore», que de cambiales de favor pues la dicción cambial alude al título valor propiamente dicho y no a la obligación.

Es indudable que entre la persona que presta la firma de favor y la favorecida, existe un pacto a tenor del cual ésta se obliga a evitar que aquella no pague la cambial, no obstante la existencia de su firma en el título. Como han escrito Arminjon y Carry, las leyes del moderno derecho continental no se preocupan de este acto porque es de naturaleza extracambiaria y deja su reglamentación al derecho común. Es evidente que la firma de favor puede prestarse para crear apariencia de seguridad con el fin de retardar una situación de quiebra u ocultar insolvencia. En estos casos los títulos valores se crean no para pagarlos sino para renovarlos antes del vencimiento, y si se quiere evitar el uso de mala fe de las firmas de favor, sólo puede acudir a normas penales porque si se exigiera la efectiva prestación de la provisión de fondos, como era el antiguo criterio francés, se daría al traste con todos los principios que han hecho de la letra de cambio un título destinado a facilitar la circulación de los derechos. Investigar si existe provisión de fondos o no para caracterizar una obligación de favor es erróneo porque puede existir un negocio de favor con provisión de fondos pero como dice Perraud («Les effets de complaisance», Droit Com., 1905) la provisión puede hacerse antes del vencimiento de la letra, y tiene igual consideración que si hubiera sido efectuada desde la creación del título. Otros han afirmado que las obligaciones de favor adolecen de causa, mas los fines económicos y jurídicos del vínculo de favor son evidentes. Tampoco puede explicarse la naturaleza jurídica de la obligación de favor diciendo que resulta de una causa ilícita, inmoral o falsa, esto implicaría confundir la causa con el motivo. La doctrina moderna ve en las obligaciones de favor una prestación de garantía frente a terceros que asume el que suscribe de favor la letra como aceptante, emitente, girado, endosante o avalista, pues el tercero no conoce ni le incumben las relaciones entre el que presta el favor y el favorecido. Aquél asume una obligación cambiaria al suscribir el título valor y puede ser obligado a pagar cuando el favorecido no lo haga. La firma de favor asegura, pues, el cumplimiento de la obligación cartular. Se discute sobre su naturaleza jurídica; según La Lumia es una fianza, pero entre el favorecedor y el tercero no hay contrato y éste puede ignorar las relaciones entre favorecedor y favorecido. Para Muñoz es una obligación autónoma, de suerte que no puede hablarse de fianza. La relación entre favorecedor y favorecido tiene su base en el negocio de favor que es gratuito y atípico, empero no puede considerarse un negocio de liberalidad y menos una donación. En relación a los terceros representa una garantía, puede firmar como avalista del favorecido, coemitente, avalista del emitente, endosatario del endosante favorecido.

En el derecho argentino, conforme a lo preceptuado por el art. 212 C. de Com. al decir que en las obligaciones transmisibles por medio del endoso la falta de expresión de causa no puede oponerse al portador de buena fe, la obligación de favor es válida en relación a terceros de buena fe. Para la jurisprudencia, la letra o el pagaré de favor no son admisibles en la ejecución cambiaria, alegando que son títulos valores sin causa.

Pablo C. Barbieri, en la obra citada, afirma que la solidaridad impuesta por el art. 51 del Dec.-Ley 5965/63 implica que todos los obligados cambiarios van a ser responsables ante el portador legitimado de la cambial por la totalidad del monto, sin poder ampararse en los beneficios de división o excusión del derecho civil. En una palabra, al intentar el cobro de la cambial, el portador legitimado podrá escoger sobre una amplia gama de sujetos obligados al pago y requerir el cumplimiento a todos o solo a algunos de ellos según su conveniencia. Agrega la norma referida que el portador tiene el derecho de accionar contra todas esas personas individual o colectivamente, sin estar obligado a conservar el orden en que las obligaciones han sido contraídas constituyendo una consecuencia directa del principio en estudio. Requerido el pago por el portador legitimado, el obligado cambiario de que se trate deberá pagar la totalidad del monto del título obteniendo la restitución de la cambial. En ese estado podrá recuperar lo abonado de todos los restantes firmantes en virtud de lo preceptuado por la última parte del artículo. Ello hasta llegar al aceptante- o librador en su ausencia- dado que cuando éste paga el monto de la letra produce la extinción de la obligación cambiaria en ella inserta. En materia de vales o pagarés, la diferente estructura de la obligación cambiaria inserta en el vale y en la letra determina que la situación jurídica del librador en ambos títulos sea diferente. En el vale, es obligado directo y sobre él recae personalmente la obligación de abonar el monto del pagaré, de ahí que sea correcta la afirmación legal del art. 104 del Dec.-Ley 5365/63 que sostiene que el suscriptor del vale o pagaré queda obligado de la misma manera que el aceptante de la letra de cambio.

En nuestro país, Sagunto Pérez Fontana, en la obra citada afirma que mediante la solidaridad cambiaria, establecida en el art. 105 del dec.-ley 14701, el tenedor de la letra de cambio puede exigir el pago de la letra de cambio sin necesidad de observar el orden en que esas obligaciones han sido contraídas. No obstante, en su opinión, la solidaridad no es una garantía cambiaria desde que todos los deudores responden por el pago de la letra de cambio, responsabilidad que deriva de un acto de voluntad como creadores de la obligación cambiaria como es el caso del librador, del aceptante y de sus avalistas o porque la ley se la impone como es el caso de los endosantes.

B) AVAL

Francesco Messineo en la obra citada enseña que el aval constituye una declaración de voluntad cartular, unilateral, no recepticia y abstracta en cuanto desvinculada de la relación fundamental que media entre avalista y avalado; la misma da origen a una obligación de garantía, o sea, a la promesa de pagar en lugar y en el grado del avalado (obligado principal o de regreso).

Se llama avalista quien suscribe la letra a título de aval (que no puede ser dado sino en la letra o en su prolongación conforme al art. 36 primer apartado de la ley cambiaria). Avalado es el deudor cambiario con referencia al cual se da el aval, pero la ventaja del aval es toda del acreedor cambiario.

El aval se expresa por la locución “por aval” u otra equivalente y debe ser suscrito por el avalista (art. 36, 2º apartado). Presupone una relación básica que tiene lugar entre avalista y avalado y que sirve para regular las relaciones internas entre ellos. Tal relación básica, cuya naturaleza es extracambiaria, tiene causa ‘fideiussoria’; pero del mismo modo que la relación fundamental no opera en general respecto del tercero de buena fe poseedor de la letra de cambio, así igualmente no opera el carácter de fianza de la relación que constituye la base del aval y por consiguiente, de ordinario, quedan como inaplicables las normas sobre fianza, también y sobre todo porque aval y fianza difieren notablemente entre sí. En efecto, como señala el Maestro, aunque la fianza implique también (de ordinario) obligación solidaria del fiador, y también éste pueda ser objeto de excusión antes del obligado principal, no por ello el aval podría equipararse a la fianza. La fianza, como obligación sustancialmente accesorio, puede ser inválida por la invalidez sustancial de la obligación principal; el fiador puede oponer al acreedor casi todas las excepciones correspondientes al deudor principal y puede oponer también el beneficio de excusión; la fianza no goza del régimen privilegiado de la obligación cartular. El aval, en cambio, como obligación independiente, es válido aunque sea sustancialmente inválida la obligación del avalado, siempre que esta última sea formalmente válida; el avalista no puede oponer las excepciones personales oponibles por el avalado al acreedor cambiario; el aval garantiza objetivamente la letra, es una obligación cartular (documental) y está gobernada por las reglas privilegiadas propias de ésta.

Como señala el autor, puede suceder que el aval lo conceda el avalista en base a una relación que media entre el avalista y el acreedor cambiario, toda vez que el acreedor cambiario puede tener interés en la firma del aval, a fin de que la letra lleve una segunda firma no tanto para tener su garantía (firma de favor). No podría en tal relación contemplarse una relación fundamental en el sentido mismo en que ésta se entiende en las relaciones entre avalista y avalado. La relación avalista-acreedor sólo puede tener un contenido plausible con respecto a la hipótesis de que sobre la base de tal relación, el avalista, si es objeto de excusión esté facultado para oponer al acreedor cambiario alguna excepción personal; por ejemplo ‘pactum de non petendo’, concordado entre ellos.

El aval puede darse por cualquiera de los obligados cambiarios, esto es, por el girado, librador, endosante e incluso por otro avalista. Según que el aval lo preste por el girado o por otro obligado asume el carácter de aval principal o de regreso; distinción que importa a los efectos del modo en que el avalista queda obligado (art. 37 primer apartado). Por quién se da el aval depende de la voluntad del avalista, y en caso de silencio, habiéndose estampado la expresión “por aval” o equivalente, se interpreta que se da por el librador y por consiguiente con efecto para todos los firmantes posteriores al mismo (endosantes y eventuales avalistas). Pero cuando no se establece la locución sino sólo la firma, la ley considera como firma de aval la puesta en la cara anterior de la letra, salvo que se trate de la del librador o del girado (art. 36 apartado3) por parte de los cuales, en opinión del autor, sería inconcebible la prestación de un aval en cuanto las respectivas obligaciones comprometen ya su patrimonio.

En cuanto al momento en que puede ponerse el aval, puede ser al crearse la letra (por el librador) o de la aceptación (por el girado) o en el momento del endoso; pero se le puede poner también posteriormente; la ley no hace depender la validez del aval del momento en que se lo pone sino del hecho de ponerlo y del modo como se haga. Es posible que haya coaval, o sea que existan dos o más avalistas que quedan obligados ‘pari gradu’; entre ellos y en sus relaciones internas opera el art. 62 de la ley cambiaria. El coaval se caracteriza por el hecho de que se trata de aval prestado por dos o más personas por el mismo título: esto lo distingue de la situación en que existen dos o más avales separado, por el mismo avalado, y más todavía, obviamente de aquella en que existen varios avales prestados, cada uno por un título diverso.

El efecto jurídico del aval consiste en el hecho de que el avalista queda obligado en el mismo modo que el avalado (art. 37 apartado1); es decir que se introduce en el nexa cambiario, en el mismo lugar y grado del avalado, de modo que por el mismo título cartular (aceptación, libramiento, endoso) los obligados (y los patrimonios contra los cuales se debe proceder de excusión) son dos (o más en caso de coaval) en vez de uno

solo, como ocurría originariamente. De ello infiere que cuando se da el aval por el girado no puede procederse de excusión contra el obligado de regreso sin haber procedido de excusión, no sólo contra el girado sino contra su avalista. Además, en virtud de lo edictado por el art. 54 apartado 2º, el acreedor cambiario puede dirigirse indiferentemente al avalado (girado) o al avalista; por consiguiente puede también proceder de excusión contra el avalista antes de hacerlo contra el girado avalado, sin que éste pueda oponerle (como en la fianza) el beneficio de excusión. Igualmente, si el aval se da por un obligado de regreso (librador, endosante, etc.) el avalista queda obligado, también él, como obligado de repetición, y por eso el avalista responde en el respectivo modo y grado y puede ser objeto de excusión, en lugar y antes del respectivo avalado (sin poder invocar excusión).

Agrega el autor que la duración del derecho y de la acción cambiaria del acreedor frente al avalista dependerá de la circunstancia de si el respectivo avalado es obligado principal o de regreso. El régimen de excepciones personales oponibles por el avalista al acreedor cambiario queda determinado por lo dicho, puede oponer las excepciones deducibles de la razón de extinción de la deuda cambiaria, que es principalmente deuda del avalado; puesto que el aval garantiza la extinción de la letra de cambio; y si tal pago se ha realizado, o si se ha producido una razón extintiva de la deuda, aunque sea diversa del pago, el avalista queda liberado del mismo modo que queda liberado el avalado. Por el contrario, las otras excepciones personales procedentes de la relación avalado-acreedor cambiario, son inoponibles por el avalista, atendida la autonomía de la obligación cartular (documental) respecto de la obligación del avalado.

El avalista llamado a pagar la deuda y que la pague ya sea principal o de regreso adquiere los derechos cambiarios contra el avalado y contra quien esté obligado cambiariamente frente a este último (art. 37 apartado 3). El alcance de tal enunciado es el siguiente: obligados cambiarios frente al avalista son aquellos que lo preceden en el nexo cambiario (girado-aceptante, librador, endosantes precedentes y sus avalistas) mientras que él no tiene derechos cambiarios que hacer valer frente a quienes le siguen en el nexo cambiario (sucesivos endosantes y eventuales respectivos avalistas). Entonces, el avalista del girado aceptante no adquiere derechos cambiarios como consecuencia del pago sino respecto del propio avalado; pero el avalista de una obligación de regreso adquiere derechos cambiarios frente al girado (obligado principal) y su eventual avalista y frente a los obligados de regreso que le precedan en el nexo cambiario, al avalado de el avalista que ha pagado la letra.

La acción cambiaria del avalista contra el avalado está sujeta a diverso término de prescripción según sea obligado principal o de regreso.

Independientemente de la consecuencia de orden cambiario, el avalista que pague la letra puede tener acción extracartular frente al avalado que nace de la relación que constituye la base de la asunción de la deuda del aval.

Para Francisco Vicent Chuliá en "Compendio Crítico de Derecho Mercantil", en cuanto a su naturaleza negocial, el aval es una declaración de voluntad formal, unilateral, no recepticia, formalmente accesoria de una principal, la del avalado. Garantiza el pago de la letra, no su aceptación, esta es la doctrina alemana en contra de la francesa.

Puede ser avalista cualquier obligado cambiario, incluso el aceptante quien con el aval puede reforzar su posición pasiva en la letra en determinadas circunstancias: si cuando aceptó era incapaz o aceptó por parte del importe; los obligados de regreso siempre que avalen a un firmante anterior en la cadena circulatoria de la letra, pues si se vieran obligados a pagar liberarían a más obligados y los terceros.

Avalado, puede ser cualquier obligado cambiario, aun cuando aún no haya estampado su firma (aval o fianza de obligación futura que será eficaz cuando nazca la obligación avalada). Cabe avalar a un obligado o a varios, incluso a todos. El art. 36-3 L.C. presume en caso de silencio o duda que se avala al aceptante y, en su ausencia, al librador. Si durante un tiempo la letra figura sin aceptación, el avalista estará garantizando el pago del librador, y si sobreviniere la aceptación pasará a garantizar al aceptante.

Pueden concurrir varios avalistas o coavalistas que responden solidariamente del pago de la letra aunque internamente entre ellos se aplicará el régimen de reparto propio de las deudas solidarias del C.C.. A diferencia del coaval, en el subaval, el subavalista presta garantía del pago de un avalista.

Estima el autor que si bien es discutible que pueda admitirse el aval condicionado no hay norma que lo prohíba. Por la misma razón entiende que sería válido el aval por tiempo limitado.

En cuanto a los requisitos, ha ponerse en la letra o en su suplemento o en sus copias, se expresará la palabra «por aval» o cualquier otra fórmula equivalente, e irá firmado por el avalista. No obstante la simple firma de una persona puesta en el anverso de la letra vale como aval, siempre que no se trate de la firma del librado o librador. El aval en documento separado no producirá efectos cambiarios (art. 36-4º), lo que significa que se tratará de una fianza que podrá garantizar obligaciones de una concreta letra de cambio o de diversas letras de cambio ya emitidas o futuras.

Según el art. 37 el avalista responde de igual manera que el avalado y no podrá oponer las excepciones personales de éste; de modo que evidentemente no responde de igual manera que el avalado más que en el sentido de que le será exigible el pago en la vía directa o de regreso, según quien sea su avalado y por la misma cantidad y demás circunstancias. El avalista podría oponer las excepciones que deriven del título, las que afecten a la validez de la obligación cambiaria del avalado y sus propias excepciones contra el tenedor. Sin embargo, será válido el aval aunque la obligación garantizada sea nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma.

Si el avalista paga la letra de cambio voluntaria o forzosamente avalada, en todo caso adquirirá los derechos derivados de la letra contra la persona avalada y contra los que sean responsables cambiariamente respecto de esta última.

Para Joaquín Garrigues en “Curso de Derecho Mercantil” t. III, el aval se define como la garantía cambiaria para el pago de la letra dada a favor de un obligado directo (aceptante) o en vía de regreso (endosantes, librador). Pero este concepto es demasiado amplio. Por el solo hecho de la firma, todo firmante de la letra de cambio garantiza su pago, por esta razón es posible en derecho cambiario que la garantía se asuma bajo la forma de una figura cambiaria común, es decir como librador, como aceptante o como endosante. A este supuesto pertenecen las llamadas firmas de complacencia. En estos casos la garantía está encubierta bajo una forma que no es la propia del afianzamiento cambiario: la garantía no sale, a la superficie de la letra. El aval, en cambio, expresa siempre una relación de garantía externa, porque su finalidad es precisamente garantizar el pago de la letra. El avalista no se propone, como el librador, asumir una obligación de hacer pagar o de pagar por sí mismo la letra que crea, ni se propone como el endosante transmitir la letra, ni como el aceptante asumir la deuda cambiaria accediendo a la invitación que se le hace para que acepte la letra. Al contrario, el aval, da por supuesta la existencia de un título ya creado y que nadie lo obliga a firmar y en el que el avalista interviene voluntariamente para asegurar su buen fin.

En cuanto a su naturaleza jurídica, señala el autor que para la doctrina italiana el aval representa una garantía de carácter objetivo, autónomo y formal. Es objetiva, porque no garantiza que el avalado pagará sino que la letra será pagada, el aval no se da a favor de persona determinada sino de la letra. Es autónoma, porque el aval como toda obligación cambiaria subsiste por sí, independientemente de las otras obligaciones asumidas en la misma letra. La obligación del avalista es válida aunque la firma del avalado sea falsa y aún cuando la obligación de éste se invalide por tratarse de una persona incapaz. Solo invalida la obligación del avalista la inexistencia formal de la firma del avalado. De otra parte, el avalista que paga después de haber pagado la letra ejercita la acción cambiaria, es inmune a todas las excepciones personales oponibles a la persona por la que prestó el aval: la obligación del avalista y del avalado son distintas e independientes entre sí. Es formal la obligación del avalista porque si el avalista firma una letra de cambio regular se obliga cambiariamente sin consideración a la causa por la cual presta la garantía. Por esos motivos la doctrina italiana funda la construcción del aval sobre la base de las diferencias con la fianza civil: a) en la fianza existe una sola obligación y dos deudores, en el aval hay dos obligaciones autónomas y dos deudores; b) el fiador se libera si la obligación principal se extingue por razones personales del deudor, el avalista queda obligado en ese caso por consecuencia de la autonomía de su obligación; c) el fiador puede oponer al acreedor las excepciones personales del deudor puesto que la obligación es única, el avalista no puede hacerlo así; d) el fiador goza del beneficio legal de excusión en los bienes del deudor principal (art. 1830 C.C.) y del beneficio legal de división, en el caso de ser varios los fiadores (art. 1837 C.C.). Al contrario, el avalista responde en la misma línea que el deudor principal y responde además por el importe íntegro aunque sean varios los avalistas.

En el derecho francés, como señala el autor, de acuerdo al Código Civil, el aval figura como una fianza subsidiaria. Por tratarse de una fianza la obligación del avalista supone una primera firma formalmente válida y materialmente obligatoria, de ahí la naturaleza esencialmente accesoria del aval. En su consecuencia, al avalista le corresponden las mismas excepciones que al deudor principal, salvo las personalísimas. No había ningún precepto en el derecho francés que permitiera calificar al aval como obligación materialmente autónoma y formalmente accesoria. El avalista es un fiador, bien que un fiador solidario que no puede invocar ni el beneficio de excusión ni el de división.

En cuanto al derecho español, el aval regulado en los arts. 486 y 487 del C. de Com. se informa directamente en el derecho francés anterior a la Ley Uniforme; es una fianza dada en forma expresa y escrita para el pago de la letra. El carácter de obligación accesoria, propio de la fianza se declara categóricamente en el art. 487 que impone al avalista la responsabilidad al pago de la letra «en los mismos casos y forma que la persona por quien salió garante». De la consideración de los arts. 486 y 487 deduce las características legales del aval en el derecho español: a) es una garantía de la letra, el 486 lo aproxima al endoso y a la aceptación

porque también estos actos representan una garantía a favor del acreedor cambiario. La diferencia es que en el endoso, excepcionalmente hay una garantía encubierta, pero como finalidad exclusiva, mientras que esta garantía es la finalidad directa y única del aval; y que la aceptación representa una garantía dada al tenedor, pero es una garantía legal, en oposición al aval que es convencional. b) El aval es una obligación escrita, no cabe que el avalista preste su garantía oralmente. c) El aval es una obligación accesoria al círculo normal de las obligaciones cambiarias que se suma a las obligaciones del endosante y aceptante.

En cuanto a la forma, el C. de Com. español no impone ninguna. En general se expresa la voluntad del avalista mediante las palabras: «por aval», escritas junto a la firma de la persona cuya obligación se desea garantizar. Pero puede expresarse con otras palabras que demuestren también voluntad de garantizar el pago de la letra (v.gr. «para buen fin», «como fiador», «por fianza», «como garantía»). Ha de ser siempre una obligación escrita (art. 486 C de Com.) y puede escribirse no solo en la letra original sino en su duplicado o en su copia. Incluso a veces se contiene en un documento distinto de la letra; esta forma de aval, admitido expresamente en el derecho francés, no lo está en el español. Teóricamente, el aval en documento separado contradice el principio de la evidencia propio de los títulos valores y específico de las letras de cambio. Ante el silencio de la ley, de la interpretación conjunta de las normas referidas concluye el autor que existe la posibilidad de estos avales en documento distinto de la letra. En primer lugar, porque el art. 486 dice que el pago de la letra podrá afianzarse con una obligación escrita, pero no dice dónde ha de constar esta obligación, si ha de ser precisamente en la letra o puede ser fuera de ella. Por otra parte, el art. 487 permite los avales con restricciones o condiciones, y tales limitaciones parecen exigir un documento aparte, ya que en la mayoría de los casos será materialmente imposible incluirlas dentro del texto sumario de un letra de cambio.

En cuanto a las relaciones entre el tenedor y el avalista, expresa que hay que subdistinguir los dos supuestos de aval que contempla el art. 478 del C. de Com., el concebido en términos generales y el limitado. Frente a todos los sucesivos tenedores de la letra, el avalista es un fiador. Por tanto, la existencia y el alcance de su obligación depende de la existencia y el alcance de la deuda principal: el avalista responderá en los mismos casos y forma que la persona por la cual salió garante (art. 487 C. de Com.) De aquí deriva que puede oponer al acreedor las mismas excepciones que pudiera oponer el deudor principal. Para poder ejercitar la acción cambiaria frente al avalista será preciso que el tenedor haya hecho notificar a éste el protesto. El avalista es pues fiador del avalado, pero lo es en régimen de solidaridad frente al acreedor cambiario. Esta solidaridad tiene características especiales que la distinguen de la civil. En el caso del aval limitado, la responsabilidad del avalista se mide por la propia norma de limitación con que se construyó la garantía. Si el aval está limitado en cuanto al tiempo, y el plazo del avalista vence antes de vencer la obligación del avalado quiere decir que no hay aval. Si está limitado a caso determinado, parecería que se trataría de un aval condicionado que la doctrina rechaza generalmente; si el aval está limitado a cantidad determinada, el avalista no puede comprometerse a responder de más, pero sí de menos.

En punto a las relaciones entre el avalista y los demás obligados, el sistema legal español ni siquiera formula el principio de la subrogación del avalista en los derechos del acreedor cambiario pagado por él. Este principio de subrogación solo se formula respecto del que presta su intervención en el protesto de una letra pagándola, mas como la intervención es también una forma de intercesión cambiaria el art. 512 puede aplicarse al avalista que pagó la letra. El avalista entonces se subroga en los derechos del portador mediante el cumplimiento de las obligaciones prescritas a éste.

Para Uría es una declaración cambiaria exclusivamente dirigida a garantizar el pago de la letra. Otras declaraciones como la intervención o la aceptación o la del endoso también refuerzan el crédito cambiario pero la garantía que esas declaraciones prestan es indirecta y encubierta mientras que la garantía del aval es explícita, externa y directa. Siguiendo el modelo francés el Código de Comercio en el art. 486 lo prevé como una fianza cambiaria cuyos perfiles no coinciden con las propias de la fianza ordinaria pero que como ésta generan una obligación de pago accesoria de la obligación principal garantizada. La posición doctrinaria que concibe el aval como una garantía objetiva del pago de la letra no encuentra, según el autor, apoyo legal. Esa naturaleza del aval reconocida por reiterada jurisprudencia permite definirlo como aquella cláusula cambiaria por la que una persona responde del pago de la letra como fiador de cualesquiera de los obligados en ella.

El Código dice que debe hacerse por escrito (art. 486) y en la misma letra. La garantía prestada en documento separado para este autor no es aval.

Conforme al art. 487 puede ser prestado en términos generales y sin restricciones, en cuyo caso responderá el que lo prestare del pago de la letra en los mismos casos y formas que la persona por quien salió la garantía; o limitando la garantía a tiempo, caso, cantidad, persona determinada, en cuyo supuesto no producirá más responsabilidad que la que nazca de los términos del aval.

En las relaciones entre el tenedor de la letra y el avalista, éste responderá del pago de lo mismo en los

mismos casos y forma que la persona avalada (aval general) o en los términos concretos del aval (aval limitado). En el aval general asumirá frente al tenedor una posición jurídica idéntica a la del avalado y en consecuencia, el tenedor podrá reclamarle directamente el pago de la letra sin que haya de acreditar previamente la insolvencia del deudor principal y sin necesidad de haber cumplido frente a él los actos o formalidades necesarios para conservar la acción cambiaria. El avalista podrá oponer no sólo las propias excepciones personales sino las correspondientes al deudor principal. Si fuera limitado responderá en los términos del aval.

En las relaciones con los demás obligados el avalista que pague queda subrogado en los derechos cambiarios que corresponderían al avalado contra los obligados anteriores. De ahí que si se dio por el aceptante no conserve acción cambiaria de regreso contra nadie.

Por último, en las relaciones entre avalista y avalado, el aval no queda sustraído al principio general de que todo fiador que pague puede repetir contra el deudor principal garantizado (art. 1838 C.C.). Pero la acción del avalista es una acción cambiaria fundada en la letra si bien sometida a las excepciones derivadas de la relación causal existente entre ambos.

Para Georges Ripert, en «Tratado Elemental de Derecho Comercial» III, el aval es la garantía dada por una persona de que la letra será pagada al vencimiento, esta persona es el avalista y es un fiador solidario que debe indicar por quien se obliga. Se da mediante la firma de la letra de cambio debajo de la fórmula 'bon pour aval' u otra equivalente. La sola firma basta si se estampa en el anverso de la letra pues una persona que no es ni librador ni girado no puede firmar por otro motivo que el de ser avalista (art. 130 párrafos. 4º y 5º C. de Com.). Debe indicar para quién se presta y en ausencia de toda indicación se presume dado a favor del librador (art. 130 párrafo 6º), esta presunción no debería, según el autor, admitir prueba en contrario, sin embargo alguna jurisprudencia lo admite. El aval puede prestarse por separado exigiéndose en ese caso por la ley que se indique el lugar donde presta el aval aunque no alcanza el autor a entender el motivo de esa exigencia. El legislador francés ha usado una reserva de la Convención de Ginebra permitiendo esta clase de aval. El acto separado no constituye una aval sometido a las reglas de cambio y por consiguiente de naturaleza comercial a menos que mencione la o las letras a las cuales se refieren, indicando su fecha e importe. La jurisprudencia admitía fácilmente en otros tiempos la validez del aval general, pero se mostró después más severa, e incluso en un caso exigió que se precise el importe de las letras y de no precisarse la obligación no constituirá aval.

El avalista se obliga mediante su firma en la letra y ello aunque la obligación que ha garantizado sea nula por una causa que no sea un vicio de forma. El avalista cuando se obliga lo hace como fiador solidario de aquel por quien se obliga y queda sometido al derecho cambiario. Si ha garantizado la firma del girado aceptante queda obligado como éste y no podrá prevalerse de la ausencia de presentación y de protesto porque no está en la misma situación de un endosante. Entendiendo el autor que el avalista es un simple fiador, se libera por aplicación del art. 2037 del C.C. si prueba que aquel a quien ha garantizado ha hecho imposible por su culpa, la subrogación en los derechos del acreedor. El avalista que se ha visto obligado a pagar tiene un recurso contra quien ha garantizado y contra todos aquellos que en virtud del derecho cambiario estuvieron obligados respecto de aquél (art. 130 párrafo 8º).

Giuseppe Ferri en "Manuale Di Diritto Commerciale", expresa que el aval es una obligación cambiaria de garantía y como tal constituye una obligación accesoria respecto a la obligación cambiaria garantizada. Esta accesoriidad, se regula de acuerdo a los principios del derecho cambiario y solamente en tanto sean compatibles, por los del derecho común.

Cuando la obligación existe como obligación cambiaria el aval es válido y también si la obligación garantizada es intrínsecamente nula.

De la circunstancia de que el aval sea una obligación accesoria derivan según el autor las siguientes consecuencias: a) el avalista queda obligado en el mismo modo que el avalado, es obligado directo o de regreso según la obligación del avalado sea directa o de regreso: b) el avalista que paga la cambial adquiere los derechos cambiarios contra el avalado y respecto de todos los obligados anteriores; c) la obligación del avalista se extingue si se extingue la obligación del avalado con la consecuencia que el avalista podrá oponer al portador de la cambial la extinción de la deuda del avalado cualquiera sea su causa (pago, compensación, remisión, prescripción). Es dudoso si el avalista puede oponer al acreedor las excepciones oponibles por el avalado.

El aval es prestado mediante la fórmula «por aval» u otra equivalente sobre la letra o sobre hoja anexa y suscrita por el avalista. Se considera aval igualmente aunque falte la fórmula, la firma de persona diversa del emisor o del aceptante en el anverso de la cambial.

Debe indicar la persona por la cual se da, si la misma no se efectúa debe entenderse que se da por el librador (arts. 36 y 102 L.C.) .

Puede ser prestado por un tercero extraño a la relación cambiaria o por un suscriptor de la cambial (art. 35 L.C.).

La ley nada dice respecto de la posibilidad de un aval sujeto a condición por lo que concluye el autor que no estando prohibido ni habiéndose establecido la nulidad o ineficacia la única solución es la de admitir la validez del aval condicionado y su eficacia.

En Argentina, Luis María Jaureguiberry, en la obra citada, expresa que el aval es el negocio jurídico unilateral, vinculante, abstracto, originario, no recepticio y de garantía, mediante el cual una parte -avalista- se compromete mediante la firma a cumplir eventualmente una obligación cambiaria en el grado y lugar del avalado. Como negocio de garantía vinculado a la letra, el aval es una manifestación de la voluntad unilateral que obliga al suscriptor que lo otorga a pagar eventualmente- o subsidiariamente- el total o parte de la suma indicada en la letra de cambio. Es un negocio abstracto porque está desvinculado de la relación fundamental que puede existir entre avalante y avalado; el avalista promete cumplir la obligación del avalado en el lugar y grado de éste. El aval es originario porque da lugar a una obligación cambiaria autónoma, en cuanto la validez del mismo no depende de la validez sustancial de la obligación garantida, excepción hecha del vicio de forma de esta última, que se trasmite al aval y lo invalida (art. 34 segundo apartado). Como declaración de voluntad, la del aval no es recepticia porque no va dirigida a persona determinada; es una obligación que se contrae con quien resulte acreedor cambiario en el momento del pago.

Dentro de la técnica de la ley de Ginebra, tanto la letra de cambio como sus giros traducen y exteriorizan la voluntad unilateral de cada uno de los suscriptores. Los negocios son autónomos y las firmas también lo son. El aval no es giro, pero como negocio accesorio participa de igual naturaleza jurídica de la letra de cambio como manifestación de voluntad unilateral que es. Es una obligación de garantía, si bien objetiva porque está referida al pago total o parcial de una letra de cambio; por imperio de la ley es también personal porque se otorga a favor del avalado, que siempre es un obligado cambiario. Dadas estas características no hay duda que la figura con la que se asemeja y se diferencia el aval es la fianza, sobre todo la fianza comercial que es solidaria y no admite el beneficio de excusión. La fianza como obligación sustancialmente accesorio puede ser inválida por la invalidez sustancial de la obligación principal. El fiador puede oponer al acreedor casi todas las excepciones correspondientes al deudor principal; puede oponer además excusión. Por otra parte la fianza no participa del régimen cambiario ni goza de las prerrogativas de la obligación cartular. En cambio, el aval como obligación independiente, dado su carácter autónomo es válido aunque sea sustancialmente, invalida la obligación del avalado, salvo que la invalidez provenga de un vicio de forma conforme la parte segunda del art. 34, ya que el aval es accesorio sólo desde el punto de vista formal. El avalista no puede oponer las excepciones personales oponibles por el avalado al acreedor de la letra de cambio. El aval, como garantía objetiva es una obligación propia del derecho cambiario y está gobernado por las reglas exclusivas de éste.

En cuanto a la forma del aval, el mismo se concreta con la firma del avalista y la indicación de la obligación cambiaria que se contrae. En cuanto a la forma el art. 33 del Dec.-ley 5965/63 establece que puede constar en la misma letra, su prolongación o en documento separado debiendo en ese caso indicar el lugar en que ha sido otorgado; puede expresarse por medio de las palabras «por aval» o de cualquier otra expresión equivalente, debiendo ser firmado por el avalista. Se considera otorgado por la simple firma del avalista puesta en el anverso de la letra de cambio, salvo que esa firma fuese la del girado o la del aceptante. El aval debe indicar por cuál de los obligados se otorga y a falta de indicación, se considera otorgado por el librador.

A semejanza de la ley de Ginebra la normativa no hace depender la validez del aval del momento en que se otorga sino del acto de ponerlo y del modo cómo se haga. Así puede ponerse en el momento mismo de la creación si es a favor del librador, de la aceptación si es parte del girado, o bien en el momento del endoso si es a favor de un endosante. Nada obsta el hecho de que se lo ponga posteriormente y a ese fin contribuye la pluralidad de ejemplares de la letra. El aval puede darse por uno cualquiera de los obligados cambiarios por consiguiente puede darse por el girado, por el librador, por un endosante o por otro avalista. Puede haber por lo tanto aval de aval, figura muy discutida en el régimen anterior. Según que el aval se preste al girado u otro obligado, asume respectivamente el carácter de aval principal o de regreso, esto tiene importancia porque determina la responsabilidad del avalista y el modo en que queda obligado. El avalista determina por quién da el aval, y a falta de esta indicación se da por el librador con efecto para todos los obligados o firmantes posteriores al librador como son los endosantes y sus eventuales avalistas.

Uno de los efectos del aval consiste en el hecho de que el avalista queda obligado del mismo modo o como dice la ley en los mismos términos del avalado (art. 34, primer apartado). Se introduce en la relación cambiaria en el lugar y grado del respectivo avalado, sea éste obligado principal (girado aceptante) u

obligado de regreso (librador, endosantes y sus eventuales avalistas). Por consiguiente cuando el aval sea dado por el girado, no debe procederse de excusión contra un obligado de regreso sin excutir no sólo contra el girado sino contra su avalista. Igualmente, si el aval se da por un obligado de regreso-librador, endosante, etc.- el avalista queda obligado en su lugar y puede ser objeto de requerimiento en lugar y aún antes del respectivo avalado, sin que pueda invocar el beneficio de excusión. La acción cambiaria del acreedor y su respectivo derecho contra el avalista mucho depende de la circunstancia de si el avalado es obligado principal o avalado de regreso, no por la responsabilidad que desaparece ante la solidaridad cambiaria que impone el art. 51 sino por el plazo de la prescripción que es de tres años en la acción contra el obligado principal y una año para el obligado de regreso (art. 96 primera parte). La última parte del art. 34 dispone como efecto del aval que: «El avalista que paga la letra de cambio adquiere los derechos que derivan de la letra contra el avalado y contra los que están obligados cambiariamente hacia éste». De modo que el avalista del girado aceptante no adquiere derechos cambiarios como consecuencia del pago de la letra sino contra el propio avalado. En cambio el avalista de una obligación de regreso adquiere derechos frente al girado como obligado principal y a su eventual avalista y también frente a los otros obligados de regreso que preceden en el nexa cambiario a su avalado.

Héctor Cámara, en la obra citada, refiere al aval como una garantía típica del derecho cambiario que si bien tiene afinidades con otras responsabilidades cambiarias -aceptación por intervención- su estructura es singular conforme los caracteres del título-valor y necesidades del tráfico. El acreedor cuenta con mayores seguridades y procedimientos más expeditivos y rápidos para hacer efectiva la obligación en beneficio evidente del papel de comercio garantido cuya circulación e importancia es lógicamente mayor cuando más grande sea la confianza de su oportuno cumplimiento.

El viejo Código Mercantil argentino, lo definía como “la obligación escrita que toma un tercero de garantizar a su vencimiento el pago de una letra de cambio” -art. 679-, concepto deficiente, plagado de impropiedades.

Ensayando un concepto señala el autor que constituye una garantía “especial” porque exhibe fisonomía particular distinta de las demás. La garantía cambiaria-no recepticia- es formal, abstracta, autónoma, objetiva pudiendo exigirse por vía ejecutiva al quedar sometida al ‘rigor cambialis’. Formal porque debe ajustarse a las solemnidades legales; abstracta, por la desvinculación con la causa; objetiva porque no garantiza al avalado sino el pago de la cambial a favor de su portador legítimo; autónoma porque subsiste independientemente de la obligación garantizada, salvo ésta se halle viciada formalmente-

Tal criterio se mantiene con mayor razón ante el régimen actual.

Puede ser una garantía limitada o ilimitada porque según la voluntad del avalista puede cubrir total o parcialmente el importe de la obligación cambiaria (art. 32).

Es garantía del pago de la letra de cambio, porque sólo esta obligación puede avalarse, no la aceptación (art. 32).

Se presta por escrito al igual que todas las obligaciones cartulares pero no se requiere que conste en el mismo documento pudiendo otorgarse por separado (art. 33).

Cita a Segovia para quien el aval es muy raro porque importando un refuerzo de garantía, aunque beneficie el título, arguye desconfianza en la solvencia del que da esa garantía; no obstante señala el autor que la institución goza de gran predicamento.

Acerca de la naturaleza jurídica del aval como expresa Cámara hay disparidad de opiniones, como en otros actos cambiarios, la doctrina pretendió enmarcarlo dentro de las figuras contractuales clásicas.

El antiguo derecho argentino lo consideraba como una caución más rigurosa que la fianza, pero siempre accesoria y con caracteres peculiares: accesoria, porque según el art. 681 del C. de Com. el que ha firmado el aval puede oponer al portador de la letra todas las excepciones que correspondieren a cualquiera de los deudores principales que ha garantido; con caracteres peculiares como obligación particular e independiente de la que contraen el endosante y aceptante (art. 679, 2ª parte). Todo lo cual llevó a Obarrio a hablar de fianza “sui generis” siguiendo a Massé; la solidaridad no hace convertir la obligación accesoria de la caución en obligación principal. Esa era la posición del derecho francés a partir de Savary: fianza solidaria y obligación accesoria.

La doctrina italiana al principio compartió la misma tesis-Vidari- pero luego caló más hondo el problema ayudada por la mejor estructura del Código Mercantil de 1882, destacando la autonomía del aval que constituye una obligación directa y propia independiente de cualquier otra.

Bonelli adopta una posición extrema rompiendo todo vínculo con la fianza. Para dicho autor, el aval, a pesar de constituir una garantía no es esencialmente accesoria de la obligación de otra persona sino que asume la deuda como propia con carácter impersonal absolutamente objetivo y autónomo, no requiriendo

la validez de la firma avalada garantiza el pago de la letra de cambio, para lo cual, basta su existencia formal, aunque las demás firmas fueren falsas.

Vivante censura esta tesis porque entiende que no es objetiva, extinguiéndose si la obligación del avalado no existe. No cabe garantizar 'il nulla'; por otra parte solo garante los portadores posteriores al avalado, y si éste paga no responde de la suerte ulterior de la cambial. Esta concepción ecléctica no gozó de éxito porque el aval es siempre abstracto, al igual que las demás obligaciones cambiarias; no ha de contener cláusula alguna "de valor" que exprese la causa por la cual se otorga con relación al poseedor de la letra ni tampoco en relación con el avalado.

Navarrini inspirado en la doctrina germana centra el problema, según Cámara, en sus justos términos logrando su teoría concreción en la Ley Uniforme de Ginebra. El aval es obligación de garantía pero de garantía cambiaria. Nada tiene que ver con la fianza donde priva la dependencia con la relación jurídica principal; la obligación del avalista es autónoma en sustancia y accesoria formalmente. El autor destaca el aval como obligación de garantía, y por ende, accesoria presuponiendo la existencia de una cambial válida y perfecta en su estructura; pero la conexión es muy distinta a la fianza por tratarse de una garantía cambiaria, que como cualquier obligación cartular promete el pago en forma autónoma y abstracta, alterando fundamentalmente el elemento accesoriedad. Como obligación cartular es siempre sustancialmente autónoma, pero en cierto modo dependiente por la forma, en el sentido que solo puede correr en una letra de cambio formalmente existente, extrínsecamente eficaz.

Esta elaboración fue recogida por la doctrina más autorizada y por el derecho positivo, así el art. 34 de la ley cambiaria, en su 2ª parte edicta: "La obligación del avalista es válida aun cuando la obligación que ha garantizado sea nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma", conforme a la ley ginebrina. Se trata como expresa el autor de una obligación subsidiaria en cuanto requiere una obligación garantizada "formalmente" válida, pero "autónoma" en cuanto no depende de la suerte de la obligación principal (art. 7º).

Los elementos personales del aval son tres: avalista, avalado y beneficiario, entre quienes se realiza el acuerdo normalmente, a los fines de la emisión o transmisión de la cambial; sin embargo, en algún caso éste puede efectuarse en ignorancia del avalado, aunque el caso es raro en la práctica.

En cuanto a quién puede ser avalista, el art. 32, 2ª parte de la ley cambiaria argentina, siguiendo lo establecido en la Ley Uniforme, establece que puede otorgar esa garantía un tercero o cualquier firmante de la letra. No obstante parecer ilógico que el mismo deudor se constituya garante de su obligación resulta viable cuando el avalista amplía la responsabilidad ya tomada en el documento siempre que ofrezca alguna utilidad. En principio, el aceptante obligado principal y directo nada puede añadir como avalista, otro tanto cuando el endosante avalase al endosatario inmediato. Sin embargo, aún en dichos supuestos podría ser útil el aval: del aceptante, cuando hubiera prestado su conformidad por un importe parcial; del endosante a favor de su endosatario en la hipótesis que el acto de transmisión llevare la cláusula "sin garantía". Con más razón, cuando el obligado cambiario agrave su responsabilidad, como en el caso del librador-obligado de regreso que presta aval por el aceptante adquiriendo el carácter de obligado directo, o de un endosante que avala al librador beneficiando todos los endosantes anteriores a él. En definitiva, el mejor criterio para resolver el problema dependerá de un hecho real: la garantía prácticamente inocua no será admitida ni tampoco prestada, mientras sucederá lo contrario en caso de reforzar el vínculo cambiario.

La ley si bien habla de tercero, en singular, no hay inconveniente que varias personas caucionen un deudor, como puede haber colibradores, coendosantes, etc., así lo reconoce en el art. 59 al referirse a quienes han asumido una misma obligación y en el art. 33 in fine, cuando hay varios avalistas sin indicar los obligados garantizados se entiende lo son por el librador. También un avalista puede garantizar varias personas-colibrados-.

No hay normas especiales sobre la capacidad rigiendo los principios generales de la capacidad para contratar, entendiendo asimismo el autor que rigen en el caso las restricciones establecidas respecto de la fianza atento a que se trata de una garantía más rigurosa.

Con relación al avalado, conforme al art. 33 in fine, el avalista debe indicar por cuál de los obligados otorga la garantía y ante la redacción del artículo referido no cabe duda que puede darse respecto de cualquier obligación cambiaria. No corresponde por el simple girado extraño al nexo cambiario; salvo bajo la condición de la aceptación posterior. Tampoco para el endosante "sin garantía" por idéntica razón. En cuanto al aval del avalista es admisible aunque no es corriente en la práctica, además el art. 74, 1ª parte, autoriza al avalista a designar una persona para pagar por intervención, que es una situación similar. También puede darse el aval por el librador de la cambial no a la orden o por un endosante que haya prohibido un nuevo endoso, desde que ambos son obligados. En cambio no es admisible el aval del endosante cesionario post-proteto.

La garantía del aval es impersonal resultando su beneficiario indeterminado: cualquier portador del título

valor a su vencimiento o el obligado de regreso que lo abone a aquél. Sin embargo, el aval en documento por separado no constando en el documento es prácticamente a favor de persona determinada.

Con respecto a las obligaciones que pueden caucionarse expresa que no hay acuerdo en la doctrina y en las legislaciones respecto de si el avalista garantiza la aceptación y pago de la letra de cambio y si puede hacerlo respecto de una sola de estas obligaciones. En Argentina, la ley actual no suscita dificultad alguna: el pago de la letra de cambio puede garantizarse por una aval- art. 32 1ª parte-. No corresponde avalar sólo la aceptación, aunque en definitiva el incumplimiento de esta prestación abre el cobro anticipado de la cambial (art. 47). La solución es justa por la distinta situación del avalista a la de los demás obligados regresivos, quienes tienen en su poder el importe de la letra dado por el tomador al librador y al endosante por el endosatario, mientras que el avalista no ha recibido suma alguna, salvo la pequeña retribución que puede haber pactado.

En ningún caso el avalista garantiza la obligación del avalado como afirmaba Fernández frente al Código de Comercio. El avalista no garantiza la obligación fundamental, sólo asume la responsabilidad cambiaria - abstracta-distinta del negocio fundamental.

Como todo acto cambiario, el aval debe otorgarse por escrito, formalidad esencial para su validez- ad solemnitatem-. La ley no lo dice expresamente a diferencia de la anterior y lo dispuesto para el endoso y la aceptación, pero esto se infiere del art. 33. Conforme a dicha norma el aval puede constar en la misma letra o en su prolongación o en un documento separado. También puede correr en la copia según el art. 86.

Se pregunta el autor si el aval por documento aparte es idéntico al otorgado en la letra de cambio. Frente al texto legal que lo acepta sin formular distinguos en cuanto a sus efectos entiende que no puede negarse su calidad cambiaria, sin embargo, la responsabilidad de este avalista es 'in personam' obligándose hacia quien ha favorecido y no en beneficio de cualquier portador. Tampoco se trasmite por endoso a pesar de la opinión contraria de Geisemberger.

En opinión del autor, el haber mantenido el aval por separado no es un acierto desde que contraría los principios básicos del derecho cambiario, afectando la literalidad y completividad, como la función legitimadora: el derecho no queda incorporado al documento circulando con él. Además, no goza de igual eficacia que el corriente en la cambial; es una garantía 'in personam' y no 'in rem', vinculada a favor del beneficiario que no se trasmite de pleno derecho mediante el endoso. También puede generar dificultades en la ejecución; no figura en el acta de protesto, pugnando con el art. 66 inc. 2º que manda reproducir avales y demás indicaciones que contuviese en el mismo orden que figuran en el título. Asimismo, las ventajas de esta forma de seguridad pueden lograrse por otros senderos: mediante endoso en blanco o constando en la copia que retendrá el beneficiario. En cuanto a las letras futuras podrán garantizarse mediante fianza. En virtud de lo expresado, entiende el profesor que debió rechazarse el aval por documento separado.

En cuanto a dónde debe figurar el aval en la cambial la ley argentina, establece que el que indica su calidad mediante la expresión "por aval" u otra frase equivalente puede correr en cualquier parte, pero el aval en blanco -sola firma- debe figurar en el anverso exclusivamente (art. 33, 2ª parte).

Con relación a los requisitos formales del aval debe distinguirse, según conste en el mismo título valor o en documento separado. En el primer caso, la ley declara que puede expresarse por medio de las palabras "por aval" u otra expresión equivalente, debiendo ser firmado por el avalista (art. 33, 2ª parte). Además señalará por cuál de los obligados cambiarios se confiere, pues a falta de esta indicación se considera otorgado por el librador (art. 33, 4ª parte). Asimismo se reputa otorgado el aval con la simple firma del avalista puesta en el anverso de la letra de cambio, salvo que esa firma fuera la del girado o la del aceptante (art. 33, 3ª parte).

La ley prevé entonces, tres supuestos: el aval completo, el aval en blanco y el indeterminado.

El completo, lleva la firma del avalista acompañado de las palabras "por aval" u otra equivalente, indicando la persona del avalado; puede figurar en cualquier parte de la letra de cambio, puede llevar las locuciones "por aval" o cualquier otra similar, incluso para el autor sería válida la palabra "fianza" por importar una garantía. En ese sentido señala que aunque el firmante se obligue como "fiador solidario y principal pagador" su firma vale como aval.

El aval en blanco, otorgado con la sola firma del avalista era aceptado por el derecho anterior en que no estaba sujeto a fórmulas sacramentales, el nuevo estatuto lo acepta explícitamente con la única limitación de que la firma del avalista debe ser puesta en el anverso de la cambial y no corresponder "a la del girado o aceptante". Sostiene al respecto el autor que no se trata, como se ha sostenido, de una presunción legal sino que corresponde a una de las formas en que se otorga sobre el recto; no puede enervarse mediante prueba en contrario. Vale como aval la simple firma puesta en el documento si las circunstancias indican que no es la del librador o aceptante. En caso de ambigüedad de la firma habrá que interpretar el título valor para individualizar si se trata de un aval o colibrador. Puede ser colibrador si la letra está redactada en plural. Al

respecto, con Rossi, entiende que debe indagarse la voluntad real en las relaciones inmediatas e interpretación objetiva frente los terceros. La sola firma del avalista al dorso carece de todo valor ante el rigor legal exigiendo que conste en el recto del documento.

El aval indeterminado - en blanco o con la locución “por aval” u otra equivalente- es aquél que no indica la persona en cuyo favor se presta; la designación es muy importante fijando la posición jurídica del garante. En el derecho argentino, conforme al artículo 33 -última parte- a falta de esta indicación se considera otorgado por el librador. La razón de la presunción es según el autor que la ley ha querido disipar las vacilaciones que plantea la falta de indicación del avalado, lo cual deja librado a los tribunales la decisión valorando la prueba aportada al juicio, procurando descubrir la intención del avalista y si ésta no resulta acreditada, tutelando los intereses que en parecidas situaciones haya considerado el legislador más dignos de amparo. La intención del avalista se logrará, unas veces deducir de las circunstancias del caso, no siendo dato despreciable el lugar de la firma. Otras más complejas, tendrá que inclinarse hacia la liberación del mayor número de deudores. Se trata de una presunción iuris et de iure porque sustituye un requisito formal, no es una regla de interpretación sino integrativa de la omisión del avalista, el texto legal no pueden enervarlo los interesados, las razones de orden práctico esgrimidas en contrario- defensa de la buena fe- no resultan convincentes.

Con respecto al aval en documento separado, expresa que el mismo puede constar en cualquier clase de documento, por ejemplo, una simple carta, lo que no es extraño por la importancia de la correspondencia entre los comerciantes. En cuanto a la posibilidad de que se otorgue en telegrama para el autor-contrariamente a lo sostenido por Obarrio- no es admisible porque en el mismo no consta la firma original del avalista.

El aval en documento separado reproducirá la letra conteniendo la firma del avalista con la cláusula pertinente, por lo menos determinará la causal garantizada evitando dificultades. Debe mencionar el lugar de otorgamiento para juzgar su validez, acarreado la ausencia de este requisito la ineficacia cambiaria. Finalmente, señala el autor, que para la ejecución de este aval debe acompañarse el título valor directamente vinculado a aquél.

En cuanto a las limitaciones en la obligación del avalista, expresa que la tendencia es contraria a las mismas, excepto en cuanto a la cantidad, en ese sentido el art. 32 del Dec.-Ley 5965/63 sólo autoriza al avalista a garantizar “parcialmente” el pago de la letra de cambio, no pudiendo quedar obligado por una suma superior a la del avalado desde que queda obligado en sus mismos términos (art.34).

Con relación a la posibilidad de que el aval esté sometido a condición expresa, la ley guarda silencio lo que fue interpretado por Mossa como autorizando su carácter condicional. No obstante, Cámara lo rechaza por vulnerar la estructura de las obligaciones cambiarias, además porque estando “equiparado” a la obligación avalada (art.34, 1ª parte), endoso, aceptación, etc., mal podría modificar su situación. El aval sujeto a condición determinaría para algunos la inexistencia de la garantía, mientras para otros, la misma sería válida debiendo tenerse la condición por no escrita. Valeri auspicia una solución dual, reputándolo nulo a favor del librador o aceptante, y no escrita la condición cuando se otorga por el endosante, distinción que según Cámara carece de fundamento; para este último el aval condicional es ineficaz no habiendo la ley formulado la salvedad que efectuó respecto del endoso en el art. 13.

Tampoco sería viable la posibilidad de que el avalista pueda agravar su obligación respecto de la del avalado, por ejemplo asentando la cláusula “sin protesto” u otra equivalente cuando la misma no conste en el endoso avalado, porque no asumiría igual obligación que la del avalado. Asimismo responde el autor negativamente a la interrogante que se formula respecto de la limitación en el tiempo de su responsabilidad por el avalista, porque el avalista queda obligado en las mismas condiciones que el avalado; la ley no autoriza modificar los plazos en ningún caso.

En cuanto al término para otorgar el aval, no hay ninguna duda de que puede otorgarse a partir de la creación del título valor hasta su vencimiento, el problema se plantea respecto del aval anticipado o posterior al vencimiento. Respecto del primero, como señala el autor, el aval presupone la existencia de la letra de cambio, la cuestión no puede discutirse en la Ley de Ginebra que exige que conste en ella; pero en los países como la Argentina en que se admite el aval por documento separado la cuestión es diferente encontrándose la doctrina dividida entre quienes niegan su procedencia y los que la defienden. Cámara adhiere a la segunda posición aplicando los principios generales en virtud de los cuales la garantía puede preceder a la obligación principal y conferirse en seguridad de una obligación futura, precisando las cambiales a emitir las cantidades y plazo de las obligaciones. Se trata de un aval sujeto a la condición de existencia del título valor, al menos formalmente.

Por los mismos argumentos admite el aval de una obligación aún no asumida en el documento, por ejemplo de la aceptación antes de la firma del girado; en ese caso la garantía dependerá de que el librado suscriba la cambial.

Con respecto al aval de cambial en blanco estima que debe admitirse, y como es lógico, la garantía resultará eficaz siempre que la letra sea completada oportunamente y conforme a los acuerdos estipulados.

En relación al aval posterior al protesto, la ley argentina sólo manifiesta que el pago de la cambial puede ser garantizado por aval haciendo pensar que mientras no se cancele la obligación cambiaria procede el aval. No obstante, según Cámara no puede avalarse la letra post-protesto porque, así como no circula cambiariamente, tampoco puede añadir nuevas garantías cartulares después del protesto por falta de pago o al vencimiento del plazo establecido para efectuar dicho acto. Cerrada la etapa de vida de la letra nadie puede introducirse en ella. Este vicio de la garantía cartular sólo es eficaz frente a quienes lo conocían pero inoperante para los terceros de buena fe.

En punto a los efectos del aval, señala que el avalista responde igual que la persona por quien otorgó la garantía (art. 34) mas su obligación no es idéntica a la de ésta sino de la misma especie. El avalista del aceptante ocupa el lugar de obligado principal y el del endosante, librador, etc. de obligado de regreso, respondiendo en el ámbito y extensión del avalado-salvo limitación de cantidad -dentro de la literalidad del título valor; por tanto, si éste asumió extracartularmente una obligación mayor resulta indiferente a aquél. Esta obligación es literal, autónoma sustancialmente y abstracta, respondiendo solidariamente con todos los otros deudores cambiarios (art.50) puede ser demandado conjunta o separadamente con ellos. De lo expresado concluye el autor que: a) el avalista a diferencia de los restantes deudores cambiarios elige el grado de su responsabilidad, pudiendo ostentar el carácter de obligado principal o de regreso; b) su obligación en ciertos casos tiene una posición más grave que la del avalado, según el art. 34 es válida aún cuando la de ésta sea nula por vicio sustancial, conforme al principio rector de tutela al portador de buena fe; c) el avalista asume una obligación idéntica a la del avalado pero no a su lado-coobligado-sino sucesivo, como se infiere del art. 34, 3ª parte, confiriéndole acción cambiaria contra éste; d) la obligación es abstracta, al igual que todas las cambiarias, no obstante existir alguna relación fundamental entre avalista y avalado; e) la obligación es autónoma sustancialmente y solo formalmente dependiente de la obligación del avalado; f) en virtud de dicha autonomía, el avalista no puede valerse de las excepciones personales que competen al avalado contra el portador; para accionar; g) para accionar contra el avalista del aceptante no es menester protesto contra éste ni menos contra aquél porque el librador sólo promete hacer pagar por el girado y no por los que responden del mismo modo; h) conforme al art. 49 la desatención de la letra de cambio debe comunicarse al deudor regresivo conjuntamente con su avalista; i) la obligación del avalista del aceptante nunca se extingue por caducidad sino por prescripción; j) la prórroga concedida por el portador para el pago de la letra de cambio no exonera al avalista de su responsabilidad; la concesión de plazo no implica novación; k) pagada la letra de cambio por el avalado se extingue la obligación del avalista; l) el aval ineficaz jamás se degradará-fianza- ni servirá como prueba de obligación extracartular, por su naturaleza de garantía cambiaria típica.

En punto a los derechos del avalista señala Cámara que la ley vigente fija precisamente la situación del avalista que paga la letra de cambio: adquiere los derechos que derivan de la letra contra el avalado y contra los que están obligados cambiariamente hacia éste (art.34, 3ª parte). El avalista no sucede ni se subroga en los derechos del portador, como piensan Supino -De Semo, gozando de un 'ius propium' autónomo y originario a igual que el endosante que pretende reembolsar el importe pagado. Aclarando los conceptos expresa que: a) el avalista, como jamás ha sido poseedor de la letra, recién resulta acreedor al momento del pago; b) la situación del avalista es distinta de la que disfrutaba el portador a quien pagó pasando los derechos limitadamente; c) en caso de coavalistas, cualquiera de ellos que pague no tiene acción cambiaria contra el otro u otros sino ordinaria pro-parte, sean simultáneos o sucesivos; d) la posición del avalista es similar a la del endosatario adquiriendo todos los derechos derivados de la cambial; e) para promover la acción de reembolso basta la posesión del documento cambiario por el avalista, ella crea la presunción de propiedad, en caso parcial sólo corresponderá la acción regresiva por dicho importe; f) el avalista de un obligado regresivo pagando la cambial cuya caducidad operó por falta de protesto no puede reembolsarse del avalado y demás responsables; g) extinguida la relación cartular entre avalista y avalado, dispone la acción causal contra éste así como también la de enriquecimiento indevido, dándose los presupuestos.

Para Gómez Leo, en el trabajo citado, el aval es la típica garantía cambiaria del pago de la letra que constituye una garantía adicional pues viene a reforzar las ya existentes en el título; ello es de utilidad en el campo dogmático para superar los inconvenientes que podrían derivar del hecho de que se permite el otorgamiento de avales en instrumento separado. Su naturaleza de garantía adicional no lesiona la literalidad de la obligación cambiaria ni el carácter complejo del documento así como tampoco roza la adecuada tutela de los valores esenciales de la circulación del crédito -certeza, rapidez y seguridad- que los mencionados caracteres protegen. En otras palabras, si el sujeto que recibió la letra de cambio, ateniéndose exclusivamente al texto del título se halla luego con que la obligación documentada en ese título tiene además, garantizado el

pago por un nuevo obligado (v.gr. el avalista) en instrumento separado, tanto mejor, porque así dispone de una nueva garantía (adicional) lo que le permitirá una nueva posibilidad de cobro.

El aval es un acto jurídico cambiario, unilateral, y complejo que se comporta como negocio abstracto y mediante el cual se garantiza objetivamente el pago de la letra. Constituye para el avalista una obligación sustancialmente autónoma pero formalmente accesoria de la obligación avalada que opera como una garantía adicional. Es un acto jurídico cambiario, en razón de su típica naturaleza cautelar presenta características propias que no se debe mimetizar ni confundir con otros institutos análogos del derecho común, por lo que es erróneo encuadrarlo entre las figuras clásicas como la fianza, ni aún con el agregado de «sui generis» (cf. Fernández, III).

Sólo puede extenderse en forma documental para garantizar el pago de títulos cambiarios y queda sometido al rigor cambiario formal, sustancial y procesal.

Como todos los actos cambiarios tiene su fuente en una declaración unilateral, es decir, se origina en la sola manifestación de quien extiende el aval mediante su firma -el avalista- y cuenta, por tanto con las características que informa a estos actos, de modo que es no recepticio, incondicionado e irrevocable.

Es completo, pues si bien la ley admite el aval parcial, la afirmación de su completitud se refiere a que como acto cambiario se basta a sí mismo, dada su naturaleza esencialmente cartular y cambiaria. Esto significa que para determinar su contenido, alcance y eficacia no es posible remitirse a otro documento. Ello resulta de aplicación aún respecto del aval extendido en instrumento separado, el cual es admitido en derecho argentino en el art. 33 ap.1 LC. y debe contar con los requisitos formales esenciales para considerarlo tal, en caso contrario, no vale siquiera como fianza.

Se comporta como negocio abstracto no porque se lo refiera o vincule a otro documento o acto cambiaria que tenga esa naturaleza, sino porque jurídicamente se ha desvinculado de la causa o relación fundamental por la cual se lo extendió. Es decir que sus efectos cambiarios son determinados con prescindencia de las relaciones económicas o negocios extracambiaros que pudieron fundamentarlo y que pueden no existir en la realidad.

Como señala el autor, a diferencia de la fianza la obligación del avalista es objetiva puesto que en rigor se refiere a garantizar el pago de la letra de cambio y no a la persona del avalado y ni siquiera a la obligación avalada; de allí que si la obligación del avalado resulta nula por algún defecto o vicio sustancial (o subjetivo), la obligación del avalista persiste válida y exigible (art. 34, 2º párrafo L.C.). El aval es para quien lo otorga una obligación sustancialmente autónoma e independiente pues como tal guarda prescindencia respecto de las situaciones subjetivas de los demás obligados cambiarios (art.7º L.C.A.). Por su parte, el principio de autonomía se manifiesta además en el hecho de que el portador legitimado que resulte acreedor del importe del título, cuando reclame su pago al avalista no podrá ser enervado en su requerimiento por las posibles excepciones y defensas que pudieran haberse acumulado durante las sucesivas transmisiones del título, ni tampoco las que pudieran surgir -sustancialmente- de la obligación avalada, pues se prescinde de las situaciones subjetivas de los demás obligados cambiarios. La obligación principal no afecta la obligación del avalista pero ésta no resulta exigible por el vicio de forma de aquélla. O sea, la obligación del avalista es, por un lado, accesoria o mejor, subsidiaria, pues su presupuesto indispensable es la existencia de otra obligación que sea formalmente válida y a la cual aquella se refiere; pero, por otro lado, tal obligación es autónoma, como toda obligación cambiaria sustantiva y sigue su propia suerte, independientemente de la suerte de la obligación garantida (del avalado), por eso no sería válido el aval en favor de quien endosó la letra parcialmente, o el dado en favor de quien libró un documento pagadero en cuotas (que no es una letra de cambio) o aquel que pretendió avalar una aceptación dada por instrumento separado que como aceptación no tiene efectos cambiarios.

El aval extendido en documento separado, regulado por la ley cambiaria argentina, no significa una excepción al principio de completitud de la cambial. El carácter esencial de documento completo que tiene la letra, en tutela de los valores esenciales de certeza y seguridad, no se ve perturbado por la existencia de un aval en documento extraño a ella sino que viene a reforzarla.

En cuanto a las obligaciones que pueden avalarse, expresa que toda obligación cambiaria asumida en una letra de cambio que aparezca formalmente válida, puede ser avalada; esto es, se puede avalar la obligación del aceptante, del librador de un endosante, y sus respectivos avalistas. También obligaciones cambiarias documentadas en una letra de cambio en blanco. La eficacia del aval en tal caso quedará sujeta a que se cumpla con la carga del llenado de la letra antes de su presentación en el término del art. 11 de la L.C.. En caso contrario, se producirá la caducidad de la letra y con ella la caducidad del aval que se ha pretendido extender, pues éste supone la existencia de una letra formalmente válida (art. 32). Cita a Supino - De Semo para quienes la validez del aval de la letra en blanco estaría subordinada a que ésta sea llenada pero sería nulo el aval dado

en una letra en blanco firmada por un emitente distinto de aquel para el cual fue otorgado el aval. El autor disiente con esto porque entiende que al portador legitimado sólo puede oponérsele la inobservancia del pacto de llenado, si aquél tuvo conocimiento de ello (art. 11), en caso contrario, tal inobservancia no sólo le es inoponible sino que no puede hacer considerar nulo el aval, pues existe una obligación principal formalmente válida, aunque sustancial e intrínsecamente no lo sea, por haber sido contraída por un sujeto distinto de quien entendió avalar. También es posible extender un aval en favor del girado, garantía que quedará subordinada en su efectividad a que se concrete la aceptación.

En cuanto a los efectos del aval señala que el avalista queda obligado en los mismos términos cambiarios que el avalado, la única restricción a ese principio general está dada por la posibilidad de extender un aval por sólo una parte de la obligación cambiaria avalada (aval parcial), la que está expresamente prevista en el art. 32; debido a ello entiende el autor que no es aplicable en el derecho argentino la posición de Gustavo Bonelli en el sentido de que el contenido del aval podría exceder el del acto cambiario avalado no solo cuantitativamente sino cualitativamente. El límite externo de la declaración del aval en cuanto a su contenido está dado por el contenido de la obligación cambiaria que objetivamente tenga el acto avalado.

Como señaló, el aval puede ser dado en favor de cualquiera de los obligados cambiarios. Se ha distinguido según se lo extienda en favor del aceptante (o su avalista) o de un obligado de regreso (librador, endosante y sus avalistas). Atento al carácter autónomo del aval, en tanto garantía cambiaria, el avalista en el primer caso será sujeto pasivo de la acción directa, y en el segundo, de la acción de regreso. Como tal, en ambos casos podrá reembolsarse lo pagado, en el primero mediante acción directa contra el aceptante o su avalado; en el segundo mediante la acción de reembolso o ulterior regreso contra el avalado y aquellos firmantes que a éste garanticen.

Con respecto a los requisitos formales cita el art. 33 L.C. que edicta que el aval puede constar en la misma letra o su prolongación o un documento separado, debiendo en este caso indicar el lugar donde fue dado. Asimismo que el aval puede expresarse por medio de las palabras «por aval» o de cualquier otra expresión equivalente debiendo ser firmada por el avalista y se considera otorgado con la simple firma del avalista puesta en el anverso de la letra de cambio, salvo que esa firma fuese la del girado o la del aceptante. El aval debe asimismo indicar por cuál de los obligados se otorga y a falta de indicación, se entiende otorgado a favor del librador.

En el caso del aval otorgado en instrumento separado, se requiere: la constancia del lugar de otorgamiento del aval como modo de determinar la validez formal del acto cambiario, en aplicación del principio '*locus regit actum*'; la expresión «por aval» o equivalente que identifique precisamente el acto cambiario de garantía (art. 33 ap. 2° LCA) en orden al principio de literalidad; la firma del avalista. Si bien estos son los requisitos legales mínimos, la doctrina en forma unánime ha criticado las falencias de la norma dado que resultan totalmente insuficientes y someten a innumerables peligros a quien lo otorgue en esas condiciones pues no tiene ninguna referencia concreta de la obligación avalada ni del título en que ha sido extendida. Cabe entender que en la práctica será conveniente, por obvias razones de seguridad, agregar la fecha en la cual se extiende y la identificación precisa de la obligación cambiaria avalada en cuanto a su monto, otorgante y título donde se halla documentada. Tales precisiones no excluyen que pueda extenderse el aval respecto de varias obligaciones cambiarias que consten en varios títulos. O, como se acostumbra en la práctica bancaria, extender un aval por cierta suma sin precisar las letras o pagarés a los cuales se refiere, para facilitar de esa forma el descuento de documentos de terceros mediante créditos comunes o rotativos, permitiendo que los nuevos documentos queden avalados cuando se van sucediendo escalonadamente los vencimientos de otros documentos descontados con anterioridad, sin necesidad de que el descontante deba extender un nuevo aval para garantizar las nuevas operaciones.

En materia de vales o pagarés, el art. 103 de la ley cambiaria remite plenamente a las disposiciones en materia de letras de cambio en lo pertinente, siendo aplicables los arts. 32 a 34 debiendo adaptarse el art. 33 ap. 3 y 4 debido a las diferencias existentes entre el vale y la letra en cuanto a que en el primero no existe la figura del girado aceptante.

Luis Muñoz, en la obra referida, señala que el aval es un negocio jurídico unilateral de garantía objetiva y personal y de afirmación de derechos, total o parcial, accesorio y subsidiario, que consiste en una sola declaración de contenido volitivo procedente de una sola parte o esfera de interés llamada avalista, vinculante, dirigida a persona incierta, sin libertad de forma pero sin que ésta sea sacramental, que demuestra o prueba la garantía y afirmación de derechos, constitutiva puesto que crea la garantía y la afirma, dispositiva porque se precisa del documento donde conste para hacer efectivo el aval, y literal y autónomo, abstracto, desde el punto de vista formal y legitimante, ya que por acceder a la letra de cambio reúne los caracteres de ella y en virtud del cual el avalista se obliga eventual, incondicional pero solidariamente en los mismos términos de

aquel por quien se otorga el aval, y en el mismo lugar y grado (art. 34), al pago, por lo que el aval puede ser principal si se avala al girado y de regreso cuando se avala a los obligados de esa índole (art. 32).

Para la jurisprudencia, la condición impuesta al aval determina la garantía cambiaria.

La jurisprudencia italiana entiende que es una garantía objetiva, que es negocio unilateral y el avalante asume una obligación autónoma y abstracta y reconoce su accesoriadad formal.

La autonomía del aval es evidente pues su validez no depende de la validez sustancial de la obligación que garantiza, únicamente un vicio de forma de ésta puede invalidar el aval. También sostiene la doctrina italiana que el aval no es una obligación subsidiaria ni accede a aquella del deudor principal sino que es autónoma.

El art. 32 de la ley preceptúa que el pago de una letra de cambio puede garantizarse total o parcialmente por el aval.

Es evidente, para el autor, que la aceptación no puede avalarse.

El aval se asemeja y diferencia de la fianza sobre todo de la comercial que es solidaria y no admite los beneficios de excusión y división mas requiere interpelación. El aval puede ser gratuito u oneroso según se estipule. La fianza como obligación accesoria, puede no ser válida por la no validez sustancial de la obligación principal y el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones correspondientes al deudor principal. El aval como obligación autónoma es válida aunque no sea válida la obligación del avalado, a no ser que la no validez provenga de un vicio de forma como dice la segunda parte del art. 34, pues el aval es accesorio desde el punto de vista formal y el avalista no puede oponer, dada la autonomía, las excepciones personales oponibles al acreedor de la letra de cambio. Empero no cabe confundir la accesoriadad con la subsidiariedad, aquella tiene que ver con el negocio principal y ésta con la obligación (art. 7°). El aval como garantía objetiva es una obligación cambiaria y está regido por las normas del derecho cambiario. La jurisprudencia italiana entiende que cumple una función de garantía cuyo fin es asegurar el pago de la cambial, por lo que el avalista asume una obligación cambiaria autónoma distinta de la derivada del negocio fundamental. La obligación del avalista es válida aunque la garantizada sea nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma.

Héctor Alegría en "El Aval" expresa que éste tiene como fundamental cometido desde el punto de vista de la realidad económica permitir la agregación de nuevas garantías aunque quienes las otorgan no participen de la creación o circulación del título. Está destinado a reforzarlo externamente, desde que se trata de un instituto que admite la obligación espontánea de quien desea asumir cambiariamente el papel de garante. Lo particular es que este reforzamiento no está concebido como una consecuencia aneja a la intervención de una persona en la negociación común del documento (como ocurre con las demás obligaciones cambiarias del librador, endosante, aceptante) sino que proviene de la voluntad de un sujeto extraño al acto avalado que se constituye en garante sin haber intervenido en la operación conexa a la obligación que respalda. Por ende, mientras en otros actos cambiarios la garantía está conectada con la creación o circulación del título y deriva como consecuencia natural de su papel principal de obligado en el aval nos hallamos ante un acto de pura garantía donde ésta se muestra como la finalidad particular de la figura analizada.

Lo define como un acto unilateral no recepticio de garantía otorgado por escrito en el título o fuera de él, en conexión con una obligación cartular formalmente válida que constituye al otorgante en responsable cambiario del pago.

Al establecer que el aval es una garantía cambiaria se hace referencia a la circunstancia de que constituye una obligación cambiaria. Cuando se habla de acto de garantía cambiaria se refiere a aquel que tiene por finalidad principal la garantía despojada de otra función cambiaria. En este sentido es la garantía cambiaria típica.

Como expresa el autor, el carácter cambiario del vínculo tiene consecuencias especiales: crea un vínculo documental necesario que constituye un derecho autónomo, literal, completo y abstracto. Por lo demás interesa distinguir la finalidad institucional de pura garantía que tiene el aval y su utilización o motivación particular en cada caso. Así como alguien puede eventualmente aceptar para instrumentar cambiariamente una garantía común, obviamente, una persona puede avalar con una finalidad individual distinta de dar garantía, sin embargo, las finalidades individuales (motivaciones) del acto quedan fuera de la regulación cambiaria del instituto y no influyen en absoluto sobre los derechos que confiere respecto de terceros. Es que siendo un acto cambiario, es abstracto y en consecuencia, las motivaciones causales quedan fuera del régimen circulatorio. La desvinculación causal conduce también a señalar que no necesariamente el hecho de tratarse de una garantía cambiaria lleva a la conclusión de que el aval es un acto oneroso o gratuito. La abstracción evita que la calidad de la relación de base se transmita al negocio cartular. Tampoco puede afirmarse que el aval es un acto de favor por el solo hecho de tratarse de una garantía; no toda firma de favor cambiario es otorgada bajo forma de aval (puede serlo por endoso, libranza, aceptación, intervención) y no todo aval lleva consigo una firma de favor.

No resulta óbice para reconocer el carácter de unilateral y no recepticio de un acto el que el C.C. no contenga en particular un tratamiento de esta clase de obligaciones. Por el contrario, no cabe esperar que el legislador civil se decida a incorporarla. El carácter no recepticio excluye todo argumento que brinde apoyo al contractualismo del aval. La obligación del avalista es perfecta, irrevocable e incondicionada desde su origen, sin que tales calidades se adquieran después de ninguna aceptación expresa o tácita.

Al ser un acto cambiario, la obligación generada es abstracta, es decir que en su relación circulatoria prescinde de la causa. Naturalmente que la abstracción no significa acausalidad o ausencia de causa, sino sólo prescindencia para sus fines negociales, esto es, en los vínculos con terceros portadores de buena fe. Como el aval se inserta en el título en una determinada posición, es frecuente concluir que la relación base se materializa entre avalista y avalado. Esa conclusión no es exacta. Por el contrario, la relación fundamental puede establecerse con un tercero sea este portador de la letra o incluso ajena a ella. El aval no es garantía de la obligación del avalista ni de la persona avalada. Ello es así porque incluso puede no existir jurídicamente obligación garantizada (por ser nula por ejemplo) y ser operante el aval sin que se produzca mella en la validez del acto de garantía.

El carácter de garantía personal no está dado por la vinculación personal de avalista y avalado sino que consiste en la agregación de un nuevo sujeto a un vínculo objetivo anterior. En este sentido, se ha dicho que el aval es abstracto hasta de la persona y de la obligación avalada. Con esto quiere referirse a la independencia de la obligación cambiaria respecto de las otras emergentes del título.

Discrepa con Angeloni en cuanto entiende que la obligación es abstracta porque el aval garantiza a su vez una obligación abstracta; sosteniendo el autor que la garantía de una obligación abstracta puede no ser una obligación abstracta por ejemplo, la fianza dada por un deudor cambiario; asimismo destaca que incurre en un segundo error consistente en trasvasar el carácter de abstracto de la obligación avalada a su garantía. Si abstracto es relación entre lo cartular y su negocio base, en su determinación no aparece la obligación avalada puesto que esta obligación no es el negocio fundamental del aval. Bien contesta Bonelli cuando afirma que hasta la fianza es abstracta para un tercero, en el sentido que no le importa por qué motivo se la presta ni la relación entre fiador y deudor principal. La abstracción del aval es pues idéntica a la de las demás obligaciones cambiarias porque él genera precisamente una relación cartular de esa calidad, independiente, distinta, en cabeza del avalista. Tampoco es exacto que se avale el título. La personificación del título como sujeto de derechos incorporados al documento fue argumento pronto desechado como explicación del fenómeno circulatorio. El defecto inicial de la afirmación es querer buscar algo o alguien a quien avalar. El aval como garantía objetiva no se relaciona con la persona ni con la obligación avalada sino que simplemente constituye una garantía del pago de una obligación que surge objetivamente del documento.

Se trata asimismo de un negocio formal porque la forma requerida por la ley es insustituible por otra y la escritura es fundamental para la constitución del acto.

Es una garantía espontánea porque su única finalidad es la de garantía. En otros actos cambiarios la garantía surge como reflejo esencial o natural sin ser la finalidad principal.

Es independiente de la obligación del avalado. Puede ser parcial. Constituye un derecho autónomo.

Es literal, no es óbice a esta conclusión que pueda darse el aval por separado.

Es comercial desde que conforme al art. 8 del C. de Com. es comercial toda negociación sobre letras de cambio, cheques y papeles negociables o al portador. El aval por acto separado no deja de tener los caracteres de esta garantía cambiaria por ello también es comercial.

Con respecto a la naturaleza jurídica del aval, la doctrina francesa que siempre vinculó la letra de cambio con el contrato de cambio o el negocio fundamental a través de la regulación de la provisión de fondos, le atribuye naturaleza contractual. En ese sentido señala Geisemberger que se trata de una oferta irrevocable de pago con vigencia desde que es exteriorizada mediante la firma en el título; la obligación no es útil o eficaz sino mediante la manifestación del acreedor de aceptar la oferta.

La conceptualización del aval como fianza es muy antigua e incluso fue receptada en muchas legislaciones.

También se ha sostenido que se trata de una fianza «sui generis» expresión que para el autor no dice nada.

Por la doctrina alemana e italiana se ha sostenido que se trata de una garantía materialmente independiente y formalmente accesorio. No se trata para ellos de una fianza que es un tipo de garantía personal diferente, sin embargo como la ley exige que el aval esté vinculado a una obligación formalmente existente entienden que ello implica una accesoriedad formal que en nada trasmite sus efectos a lo material de la obligación que es cambiaria y por tanto independiente.

También se ha sostenido por parte de la doctrina alemana del siglo pasado que el aval es una nueva libranza o nueva aceptación o nuevo endoso. Esta posición considera que el aval toma la calidad de la obligación cambiaria que garantiza.

Otra posición entiende que es una garantía objetiva del pago del título sin vinculación de la obligación con la avalada salvo en cuanto a la existencia formal de la misma.

La moderna doctrina entiende que es una garantía cambiaria típica. Esta posición que en parte recoge el criterio de la accesoriedad formal y el de la garantía objetiva destaca el carácter cambiario de la obligación del avalista desvinculado de la obligación avalada, abstracto y literal y que confiere al portador un derecho autónomo.

Destaca Alegría como diferencias fundamentales entre el aval y la fianza las siguientes:

a) El aval solo puede garantizar obligaciones cambiarias (art. 32 LC.). La fianza puede recaer sobre obligaciones de cualquier tipo (1993 C.C.).

b) El aval es un acto formal que debe constar por escrito en la letra o fuera de ella (art. 33 LC). La fianza es un acto no formal puede contratarse por cualquier forma pero negado en juicio debe probarse por escrito (2006 CC

c) El aval es siempre comercial (art. 8 inc.3 C.de Com.) la fianza sigue la calidad de la obligación garantizada (478 C. de Com.)

d) El avalista se convierte en deudor cambiario, por ello queda obligado con solidaridad de ese tipo frente a todo portador (arts. 34 y 51 LC); el fiador es deudor común pudiendo serlo con obligación subsidiaria y simplemente mancomunada o bien como obligación solidaria -en casos especiales en la fianza civil y naturalmente en la comercial-.

e) El ejercicio de la responsabilidad contra el avalista no requiere excusión ni interpelación judicial previa al avalado (art. 50); en la fianza civil existe el derecho de excusión previa del deudor principal y aún de los otros cofiadores, en la fianza comercial no se otorga el beneficio de excusión pero el acreedor debe interpelar judicialmente al deudor principal en forma previa.

f) En el aval no existe beneficio de división (art. 50 LC); la fianza civil admite este beneficio en la fianza no solidaria

g) La nulidad o anulabilidad de la obligación avalada, que no provenga de vicios de forma no afecta el aval (art. 34 2º par. LC); esos vicios afectan la fianza haciéndola nula o anulable

h) El avalista no puede valerse de las excepciones personales de su avalado, su obligación es independiente y el derecho del tercero es autónomo; el fiador puede valerse de todas las defensas del deudor garantizado aún en contra de la voluntad de éste.

i) La obligación del avalista es directa e independiente (arts. 7, 34 y 50) y la del fiador es accesorio (1986, 1994, 2004, 2020 C.C.).

j) El avalista que paga tiene derecho cambiario contra el avalado y los que responden frente a éste, ello importa el ejercicio de un derecho autónomo y literal como legítimo portador del título y sus deudores son solidarios (art. 34 parte final); el fiador deviene acreedor por subrogación (art. 2029 C.C.) y su repetición puede obstar si dejó de oponer excepciones que correspondían al deudor principal (arts. 2034 y 2035).

k) El aval no puede estar sujeto a condición (principio del art. 32) la fianza puede contenerla

l) El aval no puede retractarse (art. 51 LC), el fiador puede hacerlo cuando no aceptó su oferta o se trata de operaciones futuras en ciertos casos (arts. 1986, 1987, 1990 C.C.).

ll) El aval debe referirse a operación cambiaria determinada (aún cuando se otorgue en conjunto para varios documentos, arts. 32 y 33); la fianza puede referirse a operaciones futuras e indeterminadas, hasta un monto cierto o incierto (1998 C.C.)

m) En ciertas circunstancias la ley presume la existencia de aval (cuando la sola firma consta en el anverso sin ser la del librador o aceptante, art. 33); la fianza no se presume

n) El avalista no tiene derecho a ser relevado de la garantía; el fiador puede ser exonerado de ella (arts. 2025 C.C., 482/3 C. de Com.).

ñ) El aval se constituye sólo por la declaración cartular (33 LC.); la fianza puede tener origen convencional, legal o judicial (1998 C.C.)

o) Si el avalista quiebra no puede requerir se le presente otro en su lugar; en tal caso, en la fianza se puede pedir otro fiador (2001 CC).

En cuanto al momento en que puede otorgarse el aval señala el autor que la ley no contiene disposición alguna sobre el término en que válidamente puede avalarse un título de allí que quepa concluir que puede efectuarse en cualquier momento útil posterior a la creación de la letra. El deudor cambiario avalado sigue teniendo tal calidad y en consecuencia se da la base formal obligatoria como para asentar sobre ella la garantía cambiaria. El acreedor posterior al vencimiento es un acreedor cambiario, de allí que pueda recibir un refuerzo de su garantía mediante una nueva obligación cambiaria que no implique poner en circulación el documento. El título se extingue cambiariamente con su satisfacción por el último obligado sin derecho a reembolso. Mientras tanto sigue produciendo efectos cambiarios por ello puede avalarse. El avalista siem-

pre responde en defecto de otro obligado formalmente por el mismo título. En consecuencia, su garantía de pago siempre supone el incumplimiento objetivo del acto debido por la persona designada por la ley para cumplirlo. De ahí que no es incongruente que se admita el aval cuando ese incumplimiento ya se produjo sin que ello desmerezca el título ni configure el aval como obligación subsidiaria o accesorio. Distinto es el caso del aval respecto de una obligación posterior al vencimiento, por ejemplo, de un endoso posterior al protesto, es evidente que el mismo ni hace al transmitente obligado cambiario porque se producen los efectos de la cesión y ella no constituye al cedente en obligado.

Resulta de particular interés el análisis que efectúa el autor respecto de la posibilidad de otorgar aval respecto de una letra futura, tema que obviamente sólo se plantea en las legislaciones como la argentina que admite el aval por documento separado. Como argumentos a favor destaca que se trataría de una obligación asumida bajo condición suspensiva supeditada a la creación efectiva de la letra; supletoriamente se aplica el art. 1988 del C.C. que admite la fianza de una obligación futura y finalmente que la utilizan los Bancos para garantizar operaciones continuadas con sus clientes. En contra se ha señalado que el aval por separado es una figura que debe desaparecer debiendo mientras tanto limitársele en su aplicación; que como figura cambiaria el aval es de derecho estricto por lo que al no estar expresamente autorizado el aval de letra futura, no está permitido; para evitar fraudes deben especificarse los límites en los cuales el aval debe ser utilizado; si se avala un título y no una obligación, si el título no existe, no se puede avalar; no existe ninguna obligación cambiaria que pueda darse respecto a una letra a crearse; sería accesorio a la obligación avalada y además que se crearían dificultades de interpretación y en el regreso cambiario.

Señala el autor que la posición del avalista respecto del portador del título es, en cuanto a la circulación y efectos, el tópico de mayor importancia cambiaria.

La obligación que surge del aval es cambiaria, en consecuencia el avalista asume una obligación cartular propia, independiente, abstracta, autónoma y literal. Este carácter impide considerar la obligación del avalista como accesorio. El avalista queda obligado personal y principalmente frente al portador, sin poder exigir de éste interpelación al avalado, su excusión o división previas. El principio tiene tal extensión que hasta la propia ley admite que pueda existir aval válido y operante sin obligación cambiaria, incluso, el aval, en algún caso, puede continuar subsistiendo después de haber cesado el vínculo del avalado (por ejemplo prescripción si hubo un acto interruptivo para el avalista y no para el avalado). La obligación del avalista es también abstracta de forma que el tercero portador de buena fe no está sujeto a la relación causal por la que prestó el aval ni a las relaciones extracartulares existentes entre avalista y avalado. Por la autonomía además es inmune a las defensas personales relativas a anteriores portadores del título.

Como afirma Alegria, algunos autores sostienen que el avalista es siempre un obligado de regreso. La ley argentina junto con la de Ginebra y otros ordenamientos atiende al contenido de la obligación para calificarla como directa o de regreso, en consecuencia, el avalista es obligado directo cuando avala al aceptante y de regreso, cuando avala al librador, endosante y demás obligados. El art. 4° L.C. lo dispone expresamente. La razón es sencilla, se basa en que el avalista toma de su avalado el contenido objetivo cartular de su obligación. Entonces, si la diferenciación de la acción directa y de regreso reside en el contenido, no queda duda que siendo directa la que se sigue contra el aceptante, lo es también la que corresponde contra su avalista; y al ser de regreso las restantes, los son también las de los posibles avalistas de esas obligaciones. No obstante haber sido adoptado este criterio por la casi unanimidad de la doctrina y jurisprudencia post-ginebrina, destaca que Bracco insiste en sostener el carácter de obligado de regreso del avalista en todas las circunstancias.

Como obligación cambiaria que es, el aval puede ser invocado por todos los portadores de buena fe del título, esto es los portadores de la letra aunque resulten tales por un acto anterior al aval mismo, los obligados posteriores que ejerzan el reembolso.

La solidaridad a que está sujeto el avalista participa de los caracteres de la solidaridad cambiaria por ello no resulta admisible la excusión, división o interpelación previas respecto del avalado. La doctrina francesa entiende que es factible la dispensa de la solidaridad o la reserva de la excusión o división por cláusula cambiaria del avalista. Alegria, al igual que Cámara- como se estableció- tiene la posición totalmente opuesta desde que si se admite esta actitud al avalista cabría admitirla a los otros obligados :aceptante, librador o endosante.

El avalista que ha pagado tiene los derechos que derivan de la letra contra el avalado y contra los que están obligados cambiariamente hacia éste (art. 34 último párrafo). La calidad de la acción es cambiaria, el reembolso corresponde de la misma manera que cuando es cualquier otro obligado cambiario el que paga. De no existir relación causal únicamente se admiten las excepciones cambiarias comunes no pudiéndose poner las que tenía el avalado contra el portador anterior. El avalista entra en la relación con igual contenido externo que la obligación avalada pero no es coobligado ni lo liga la misma relación cartular que la asumida

por su avalado, es un obligado posterior. De allí que el avalado no pueda dividir su responsabilidad con el avalista y que responda íntegramente frente a éste. La ignorancia de la existencia de aval no le excusa de responder ni le otorga excepciones.

En nuestro país, Pérez Fontana en "Títulos- Valores Obligaciones Cartulares"- T. II, expresa que la disciplina del aval en nuestro derecho está en los arts. 15 a 20 del Dec.-ley 14701 que siguió al proyecto INTAL que a su vez sigue a la Ley Uniforme de Ginebra sobre letras de cambio. La doctrina en forma unánime señala la función unívoca de garantía del aval lo que ha llevado a calificarlo como garantía objetiva. Este calificativo fue criticado por la doctrina italiana, entre otros por Angeloni y Vivante, fundándose en la naturaleza fidusoria del aval. Vivante en el tomo III de su Tratado de Derecho Comercial, fundó su crítica en que el aval cae si la obligación del avalado es inexistente y en que el aval solamente garantiza obligaciones posteriores a las del avalado. El calificativo de garantía objetiva entendido como garantía del pago de la obligación contenida en el título valor no es admisible porque el avalista sólo garantiza el pago a los que intervienen en la circulación con posterioridad a su prestación pero no a los anteriores tenedores. Así si el aval es prestado por un endosante c) no garantiza el pago de los endosantes a) y b) sino a los endosantes posteriores a c). El aval es una garantía que originariamente no forma parte del nexo normal cambiario en el que se inserta indirectamente y de reflejo, asimilando su contenido al de la obligación cuyo pago se garantiza, más precisamente a la del avalado. Es por eso que la doctrina sostiene que entre el avalista y el avalado no existen relaciones cambiarias hasta el momento en que el avalista paga la letra y adquiere el derecho a reclamar del avalado y de los otros obligados el reintegro de lo que pagó.

También la doctrina francesa admite la función de garantía del aval y como la misma en forma mayoritaria entiende que el aval es una fianza y así lo sostienen algunos autores italianos como Angeloni, destaca Pérez Fontana las diferencias que existen entre ambas en nuestro derecho positivo :

a) El aval sólo puede garantizar obligaciones cambiarias (art. 15 Dec.-Ley 14701), la fianza puede recaer sobre obligaciones de cualquier tipo, civiles o comerciales (arts. 210 C.C. y 603 y 607 del C. de Com.

b) El aval es un acto formal, debe constar por escrito en el título, letra de cambio, vale o pagaré, cheque (art. 16 Dec.-Ley 14701) , la fianza es un acto no formal, si es negada sólo puede probarse por confesión o por escrito (arts. 2107 C.C. y 605 C. de Com.).

c) El aval es siempre un acto unilateral, la fianza puede ser convencional, legal o judicial (arts. 2103 C.C.).

d) El aval es siempre comercial (art. 7 num.3 C. de Com.); la fianza puede ser comercial o civil, según la naturaleza de la obligación que garantiza;

e) El avalista es siempre un deudor cambiario y por ello queda obligado solidariamente con los otros signatarios del título valor frente al tenedor (art. 105 Dec.-Ley 14701), el fiador es un deudor común, pudiendo serlo sólo subsidiariamente (art. 2117 C.C.). En la fianza comercial, la obligación del fiador es solidaria sin poder invocar el beneficio de división ni el de excusión (art. 611 C. de Com.).

f) En el aval no existe el beneficio de división y excusión, en la fianza civil sí (art. 2118 C.C.)

g) El aval garantiza obligaciones cambiarias formalmente válidas. La nulidad sustancial de la obligación del avalado no afecta a la obligación del avalista. La nulidad sustancial de la obligación afianzada hace caer la obligación del fiador.

h) El avalista no puede hacer valer las excepciones personales del avalado porque su obligación es independiente; el fiador puede hacer valer las excepciones personales que resulten del contrato pero no las puramente personales correspondientes al deudor (art. 2115 C.C. y 612 C. de Com.).

i) La obligación del avalista es independiente de toda otra obligación cambiaria, la obligación del fiador es accesoria de otra obligación (art. 2102 C.C. y 607 C. de Com.)

j) El avalista que paga tiene acción cambiaria contra el avalado y los que responden frente a éste; su derecho es independiente o como se dice autónomo y literal como legítimo tenedor del título; el fiador que paga queda subrogado en todos los derechos que tenía el acreedor contra el deudor principal (art. 2132 C.C. y 614 C. de Com.).

k) El aval no puede estar sujeto a condición, la fianza sí.

l) En ciertas circunstancias la ley presume la existencia del aval (cuando la sola firma sin otra indicación consta en el anverso del título conforme al art. 16 del Dec.-Ley 14701; la fianza no se presume (art. 2107 C.C.)

m) El avalista no tiene derecho a ser relevado de la garantía, el fiador puede pedir que el deudor lo releve de la obligación (art. 2128 C.C.)

La obligación que contrae el avalista es independiente de la que contraen las demás personas que intervienen en la creación y circulación del título valor. La posición y responsabilidad del avalista están establecidas en el art. 18 del Dec.-Ley 14701 que dispone que el avalista quedará obligado en la misma forma que correspondería formalmente al avalado. De esta disposición dependen los límites de conexión o de

coordinación entre la obligación del avalado y del avalista. El avalista no asume la misma figura del avalado sino que aún cuando está obligado del mismo modo no lo sustituye. Así entiende el profesor que el avalista del aceptante no se convierte en obligado principal.

El pago de la letra por el avalista -siempre que el aval no sea dado por el librador- no puede considerarse como un pago ordinario sino un pago a título de garantía que no extingue la letra pero determina la adquisición por el avalista de los derechos cambiarios frente al avalado.

La obligación del avalista es conexa con la contraída por el avalado. No es accesorio desde que la obligación del avalista es válida aún cuando la del avalado no lo sea.

La conexión o como dice la doctrina, la accesoriedad formal de la obligación del avalado y del avalista no pasa a la contraída por este último. La obligación del avalado determina la forma y los límites de la obligación del avalista, el que puede modificarla en cuanto a su obligación, obligándose por una suma menor, nunca mayor. Es por eso que la responsabilidad de la obligación de garantía contraída por el avalista puede ser definida como una responsabilidad de posición. La fórmula utilizada en el art. 18 citado no indica una relación de accesoriedad sino la posición que asume el avalista en el nexo cambiario. La indicación «en los términos que corresponderían al avalado» no está hecha para indicar que el aval es dado en garantía de una obligación cambiaria determinada, la del avalado, está hecha simplemente para establecer la posición y el grado de responsabilidad del avalista.

La responsabilidad del avalista, aún siendo cambiaria, está encerrada dentro de ciertos límites fijados por la conexión entre la obligación asumida por el avalista con la contenida por otra obligación cambiaria y por los términos en que se obliga el avalista. La conexión con la obligación contraída por el avalado determina una limitación de la contraída por el avalista. Así, la obligación contraída por el avalista con el endosante D) determina que responda por la obligación contraída por ese endosante y los sucesivos pero no con la contraída por el librador y los endosantes A), B) y C).

Los términos en que se constituye el aval ponen un límite a su obligación. Cuando se dice que el avalista asume una responsabilidad cambiaria, que responde por la obligación consignada en el título es necesario precisar que su responsabilidad está referida al contenido y dentro de los límites en los que el avalista la contrae.

En cuanto a la naturaleza jurídica del aval, el autor adhiere a la posición de la moderna doctrina italiana y alemana. Así señala que siendo una declaración cambiaria por su naturaleza no puede ser distinta a las demás declaraciones cambiarias, es decir un acto unilateral.

La parte final del art. 16 de la ley dispone que la simple firma puesta en un título cuando no se le pueda atribuir otro significado se tendrá por aval. En este sentido difiere de la ley argentina, francesa e italiana desde que se refiere a la sola firma puesta en el anverso o en el reverso mientras en el sistema ginebrino lo hace a la sola firma puesta en el anverso.

En cuanto al lugar donde debe escribirse el aval, deberá constar conforme al art. 16 en el mismo título o en hoja adherida a él, tanto en el anverso o en el reverso. La ley vigente a diferencia de lo que disponía el art. 873 del C. de Com. no permite el aval por separado lo que se justifica según el autor porque esa forma de aval contraría el principio de literalidad de los títulos valores.

Con relación a quién puede dar aval, nuestra ley no contiene ninguna disposición expresa al respecto por eso en principio cualquier persona capaz de obligarse cambiariamente, sea un tercero o un firmante del título, puede ser avalista.

En cuanto al contenido del aval el principio general está en el art. 18 de la ley que establece que el avalista queda obligado en los mismos términos que corresponderían formalmente al avalado. El art. 15 asimismo establece que mediante el aval se podrá garantizar, en todo o en parte el pago de un título valor de lo que se deduce que el límite de la declaración del aval en cuanto a su contenido, está dado por el contenido de la obligación cambiaria que objetivamente tenga el aval. El avalista no asume una posición obligacional subjetiva sino el contenido de la obligación cambiaria exclusivamente, una garantía de las relaciones cartulares del avalado. Estima el autor nacional que no es admisible la opinión de Bonelli quien partiendo de su concepción de la independencia del aval sostenía que el contenido del aval podía exceder el del acto avalado y que podría tener contenido el aval aunque no existiera una obligación cambiaria completa a avalar como es la del girado no aceptante o la de un endosante sin garantía.

Como el aval es una garantía queda vinculado a la obligación garantizada haciendo que la obligación del avalista tome las características especiales de la obligación avalada de acuerdo con su apariencia formal y por ella se juzgará su contenido. El avalista puede incluir válidamente en su declaración algunas cláusulas como la que limita la cantidad por la que se obliga; la cláusula sin protesto, o sin gastos u otra equivalente. En cuanto a la posibilidad de que el avalista pueda limitar su obligación respondiendo solamente ante una persona o

personas determinadas, esta cláusula admitida por el C. de Com. no fue reproducida por la LTV por lo que concluye que no puede ser admitida.

Conforme al art. 20 de la LTV el avalista que paga adquiere los derechos derivados del título valor contra la persona garantizada y contra los que sean responsables respecto de esta última por virtud del título. El avalista no es un sucesor de su avalado ni tampoco se subroga en los derechos del portador. Adquiere su derecho por imposición de la ley desde que su obligación es independiente. Sólo adquiere los derechos cambiarios cuando paga la letra que en ese caso se le devuelve; en ese sentido está equiparado a los endosantes cuando pagan por no haberlo hecho el librador o aceptante. Puede exigir de su avalado y los demás obligados anteriores el reembolso de lo pagado, intereses, gastos, mediante la acción ejecutiva en la cual el demandado sólo puede oponer las excepciones previstas en el art. 108 de la L.T.V. No le son oponibles las excepciones personales que podrían corresponder al avalado porque el avalista no es un fiador.

En materia de cheques, señala el autor en el tomo IV-1 de "Títulos Valores- Obligaciones cartulares", que el aval está poco de acuerdo con la función de pago que desempeña este título valor. Pese a que no está previsto en la ley de cheques entiende el autor que es admisible el aval en el cheque y que en los pertinente se regirá por las disposiciones de la ley de títulos valores (arts. 15 a 20).

Beatriz Bugallo en el trabajo citado, señala que el aval es el instrumento típico de garantía de los títulos valores. Tiene como objetivo económico reforzar la confianza en el cobro del título valor agregando la responsabilidad de un sujeto extraño a la creación y circulación del título valor. Etimológicamente deriva de la expresión latina «a valere» o «de valere» que significaba garantizar el acto en cuestión. Se trata de un acto unilateral y no recepticio, siendo una declaración incondicionada, irrevocable y que obliga por la sola manifestación externa de su existencia jurídica ante cualquier poseedor determinado o determinable. Participa de los caracteres comunes generales de los títulos valores siendo calificable como acto literal, autónomo y abstracto. Según el art. 18 el avalista queda obligado aunque la obligación del avalado no sea válida, consagrando expresamente la autonomía de la obligación con relación al avalista. Se trata además de un acto solemne, consistiendo dicha solemnidad según el art. 16 en que deberá constar en el título mismo o en hoja adherida a él. No obstante esa calificación de solemne expresa la profesora que hay libertad de expresión de la forma escrita requerida pudiendo consignarse la expresión «por aval» u «otra equivalente». Puede ser avalista cualquier persona capaz de obligarse cambiariamente sea tercero o firmante del título. El aval no puede ser limitado en su duración pero sí en cuanto a la cantidad. Además se establece en la ley que la firma puesta en el título cuando no se le pueda dar otra significación se tendrá como firma del avalista.

El avalista garantiza el pago del título valor de modo que si el obligado no paga, el pago puede ser requerido al avalista. En caso de tratarse de letra de cambio, vale o cheque la responsabilidad del avalista será solidaria por aplicación del art. 105. El art. 19 establece que a falta de designación de la persona a quien se avala se entenderán garantizadas las obligaciones del suscriptor que libere mayor número de obligados. De esta forma, toda firma que indique que se trata de un avalista o que se atribuya tal función y no tenga la indicación expresa de la persona garantizada se considera, en la letra de cambio, avalista del aceptante o en caso de no haberlo, del librador; en el vale, del librador y en el cheque también del librador.

El art. 20 dispone que el avalista que pague adquiere los derechos derivados del título valor contra la persona garantizada y contra los que sean responsables respecto de esta última en virtud del título. Como señala la autora se ha planteado jurisprudencialmente la extensión al avalista de la responsabilidad frente a la acción causal derivada de la relación fundamental. La jurisprudencia ha rechazado dicha pretensión considerando que el aval es garantía típicamente cambiaria por lo que es ajeno a las relaciones extracartulares. Así como el portador del título no tiene acción causal contra el avalista, tampoco éste puede oponer excepciones contra el tenedor que hagan referencia a la relación causal por ser extrañas a la vinculación entre portador y avalista.

Finalmente cabe citar con relación al aval y la fianza, a José Ferro Astray en "El aval y la fianza- Semejanzas y diferencias" (A.D.C.U. 11) quien expresa que ambos institutos pertenecen al género de las garantías que tienden a asegurar el cumplimiento de obligaciones contraídas, pero la similitud dista mucho de significar equiparación, limitándose la correspondencia a una analogía que sólo en determinados casos permitirá colmar vacíos legales por vía de normas supletorias.

Luego de hacer un completo análisis de las diferencias entre ambos concluye que el aval es únicamente garantía cambiaria y debe estar incorporado al documento, su naturaleza jurídica es diferente a la propia de la fianza porque si bien puede ser considerada como accesorio, en cuanto presupone la existencia formal no real de una obligación, es de carácter objetivo, autónoma e independiente respecto de la obligación que garantiza, la que incluso puede no ser válida o extinguirse sin que ello afecte la vigencia del aval. La fianza, por su parte, mantiene la tradicional condición de contrato accesorio de garantía personal, asegurando el

cumplimiento de obligaciones de dinero, cualquiera sea su origen, inclusive cambiario. Aval y fianza son como enseña el autor institutos diferentes con notorias similitudes y diferencias pero perfectamente identificables que actúan en planos diferentes aunque con idéntica finalidad de garantía.

III) GARANTÍAS EXTRACARTULARES

A) PERSONALES - FIANZA

Uría en la obra citada expresa que el C. C. la define como aquel contrato en que «se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste» art. 1822. El fiador se obliga a cumplir la obligación subsidiariamente o en defecto del pago o cumplimiento del deudor principal y el contrato es unilateral y accesorio. Esa accesoriedad es la que permite diferenciar la fianza mercantil frente a la civil que recoge el art. 439 según el cual será reputado comercial todo afianzamiento que tuviera por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil aún cuando el fiador no sea comerciante. A diferencia de la fianza civil que no requiere formalidad alguna (art. 1827 C.C.) la mercantil deberá constar por escrito sin lo cual no tiene valor ni efecto (art. 440 C. de Com.). El objeto de la fianza es el mismo que el de la obligación principal garantizada, no puede ser distinto ni más extenso, aunque por el art. 1862 C.C. puede obligarse por menos.

Constituida válidamente produce una serie de efectos. En relación con el acreedor obliga al fiador a pagar o cumplir la obligación principal de no hacerlo el deudor. Se concede al fiador el beneficio de excusión y el de división. El primero permite al fiador exigir del acreedor que antes de dirigirse contra él ejecute previamente bienes del deudor (art. 1830 C.C.). El segundo se da en el supuesto de pluralidad de fiadores para permitirles la división de la obligación entre todos ellos sin que el acreedor pueda reclamar a cada cofiador más que la parte que le corresponde (art. 1837 C.C.). Estos beneficios no corresponden cuando la obligación es solidaria y en base a esto y a la presunción de solidaridad de las obligaciones en la contratación comercial la jurisprudencia del Tribunal Supremo declaró que en los afianzamientos comerciales no puede ampararse el beneficio de excusión.

Héctor Cámara, en la obra citada expresa con relación a la utilidad de la fianza que la obligación cambiaria como cualquier otra de vencimiento aplazado corre el peligro del posible incumplimiento, por ende, tratándose de una operación a corto plazo conviene cubrir ese riesgo con la garantía personal de terceras personas. El tipo corriente es la fianza, creando una pluralidad de nexos jurídicos entre los obligados a la misma prestación asegurando el cumplimiento por cualquiera de ellos.

Habría contrato de fianza cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesorio (art. 1986 C.C. argentino), aunque el mismo cuerpo legal admite la constitución unilateral antes del consentimiento por el acreedor (art. 1987).

La fianza es mercantil cuanto tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un acto o contrato de comercio, aunque el fiador no sea comerciante (art. 478 C. de Com.) receptando un criterio objetivo. En consecuencia, la fianza de cualquier obligación cartular es siempre comercial-art. 8 inc.4° C. de Com. ..

Con respecto a los caracteres de esta garantía personal de la obligación cambiaria destaca: A) Constituye una caución extracartácea generalmente no otorgada a favor del portador del título-valor sino a persona discernida, no circulando con éste. Sin embargo, nada impide que se confiera en beneficio de un sujeto indeterminado siempre que sea definido al hacerse valer. B) Es accesorio de otra obligación principal válida-librador, endosante, etc.-salvo que la causa de la nulidad fuera alguna incapacidad relativa al deudor, en cuyo caso responderá como único obligado (art. 1994 C.C.), en consecuencia la nulidad o extinción de la obligación cambiaria afecta la garantía personal. C) Como fianza comercial no es subsidiaria- fianza simple- no goza del beneficio de excusión ni de división, salvo cláusula expresa en contrario; responde solidariamente con el deudor principal, pudiendo exigir el acreedor justifique que interpeló judicialmente al deudor (art. 480 C. de Com.). La solidaridad no quita al fiador su carácter de accesorio, ni lo convierte en deudor directo de la obligación-art. 2004 C.C.- . Distinto es el supuesto en que el fiador se constituye en liso y llano pagador y obligado solidariamente como deudor principal, donde hay adhesión de deuda o consunción de deuda; esto tiene lugar cuando junto al deudor otro sujeto asume como propia la deuda de aquél, de manera que quien se adhiere no toma a su cargo una obligación accesorio, sino que quiere responder como si hubiera contraído personalmente la obligación. A tal efecto la jurisprudencia exige que la voluntad del garante se manifieste clara y sin ambigüedad.

En cuanto a la forma de la fianza cambiaria, expresa el autor que conforme al art. 2006 C.C. hay libertad de forma, pero negada en juicio, es menester prueba escrita.

Respecto de la posibilidad de afianzar obligaciones cambiarias futuras, señala el autor que no hay duda que la fianza, aunque accesoria, puede preceder la obligación principal (art. 1988 C.C.); aquélla tiene un objeto especificado aunque el crédito futuro es incierto y su importe indeterminado, cobrando eficacia desde que exista la obligación principal. Esto resulta corriente en la práctica bancaria local.

En cuanto a la posibilidad de retractación prevista para la fianza civil, no es aplicable a la comercial en virtud del art. 482 del C. de Com.

Con relación a la medida en que responde el fiador cambiario, señala el profesor que depende de la obligación asumida-tiempo, cantidad, obligaciones futuras-, aunque tutelando la ligereza del fiador se tiende a invalidar la caución por obligaciones futuras que no contengan un tope de la cantidad garantizada.

Entiende asimismo que el fiador responde también por los intereses desde que lo principal comprende lo accesorio. El art. 1997 del C.C. edicta que si la fianza fuere del principal o expresare la suma de la obligación principal, comprenderá no solo la misma sino también los intereses estipulados o no. En cuanto a las costas del juicio contra el deudor principal, no constituyen un accesorio del principal y por tanto escapan a la garantía.

Respecto de si corresponde promover acción ejecutiva respecto del fiador de la obligación cambiaria, no siendo deudor cartular, sostiene el autor que no tiene aplicación el art. 60 del Dec.-Ley 5965/63, ni el portador dispone de acción cambiaria, pero conforme las normas rituales responde afirmativamente siempre que contenga suma líquida y exigible contra el deudor principal y se prepare la vía ejecutiva contra el fiador mediante reconocimiento del compromiso asumido. Ambos documentos dejan expedita la 'vis ejecutiva' contra el fiador.

En cuanto a la posibilidad de cobrar anticipadamente la cambial en los casos del art. 47 inc. b del Dec.-Ley 5965/63 contra el fiador se generaron opiniones divergentes en la doctrina ya que la 'fideiussio' no es una relación cartular; su obligación es distinta de la del deudor y no puede agravarse por un hecho extraño. Sin embargo, garantizando una deuda "cambiaria" debe soportar esa eventualidad que no ignora al asumir la caución. El autor responde afirmativamente.

Respecto de las excepciones que puede oponer el fiador contra el portador de la cambial, rige en el régimen argentino el art. 2004 del C.C. que establece que la solidaridad a la cual el fiador puede someterse no le quita a la fianza su carácter de obligación accesorio y no hace al fiador deudor directo de la obligación principal; y que la fianza solidaria queda regida por las reglas de la fianza simple, con excepción de la privación del beneficio de excusión y la división. Por tanto rige el art. 2020 que edicta que aunque el fiador sea solidario con el deudor, podrá oponer al acreedor todas las excepciones propias y las que podría oponerle al deudor principal en la fianza simple, excepto solamente aquellas que se funden en la incapacidad. Dicho principio no rige cuando el fiador se obligó como principal pagador porque es deudor directo, principal y solidario.

El fiador al pagar lo hace en su calidad de deudor que asumió una obligación por un tercero, no dispone de los recursos de los arts. 727/8 C.C. salvo que al efectuar su prestación dejare constancia de que la cumple en calidad de tercero. Pagando como fiador la ley le confiere el derecho de subrogarse en los derechos del portador contra el deudor cambiario garantizado sin necesidad de cesión alguna (art. 2029 C.C.) conforme a la regla general del que abona una deuda a la que estaba obligado por otros (art. 768 inc. 2 C.C.). La subrogación abarca todos los derechos, acciones y privilegios y garantías anteriores y posteriores a la fianza -art. 2029 C.C.- por ende el fiador -extraño al nexo cartular- al pagar dispone de la acción cambiaria del portador desinteresado contra su afianzado, en la que el deudor podrá oponer aparte de las excepciones personales que tenga contra el fiador todas las que podría ejercitar contra el portador satisfecho desde que el fiador se subroga en los derechos de éste.

En cuanto al fiador de uno de los libradores se plantea si puede repetir el todo contra cualquiera de ellos. El C.C. sienta la regla general estableciendo que el que no ha afianzado sino a uno de los deudores solidarios queda subrogado al acreedor en el todo; pero no puede repetir contra los otros, sino en lo que en su caso le correspondiere repetir contra ellos al deudor afianzado.

El obligado cambiario afianzado que a su vez persiga el reembolso contra los que le respondan a él ceñirá el monto de su pretensión al art. 53 del dec. 5965/63.

La acción contra el obligado cambiario interrumpe la prescripción contra el fiador careciendo de vigencia el art. 97 del dec. 5965/63. A la inversa, la demanda contra el fiador no interrumpe la acción contra el obligado cambiario, cuyo plazo de prescripción es el del art. 96 del estatuto actual.

Para Luis Muñoz, en su trabajo citado, es indudable que la obligación cambiaria puede afianzarse, tratándose de fianza comercial extracartular (art. 8 inc. 4° C. de Com.).

Con Cámara sostiene que la fianza puede otorgarse en beneficio de un sujeto indeterminado o determinado; en el primer caso debe determinarse el sujeto al hacerse valer.

La fianza es negocio accesorio del principal pues lo subsidiario tiene que ver con la obligación principal válida, ya sea del librador, endosante, etc. salvo que la causa de la nulidad fuera alguna incapacidad relativa al deudor en cuyo caso responderá como único obligado (art. 1994 C.C.) salvo pacto expreso en contrario, no se dan los beneficios de excusión y división; el fiador responde solidariamente con el deudor principal requiriéndose la interpelación, sirviendo el protesto para ello, pero a veces, la jurisprudencia no ha considerado necesaria la interpelación, el fiador constituido en liso y llano pagador solidariamente obligado como deudor principal (art. 2005 C.C.) es deudor solidario por adhesión o consunción de deuda; como la fianza puede preceder a la obligación principal es posible afianzar obligaciones futuras (art. 1988 C.C.) y nada impide que se practique la fianza continua de tal suerte que la oferta continua permanente de garantía hecha por el fiador al acreedor significa que cada vez que éste concede nuevo crédito al deudor se acepta la oferta; el fiador responde en la medida de la obligación asumida en cuanto a cantidad, tiempo, etc. y de lo accesorio como los intereses (art. 1997 C.C.) mas no de las costas del juicio por no ser accesorios.

En materia de fianza impera la libertad de formas y puede demostrarse por cualquier medio de prueba existiendo principio de prueba por escrito.

La acción ejecutiva contra el fiador de la obligación cambiaria procede no por aplicación del art. 60 de la ley cambiaria, pues no es un deudor cartular, pero sí preparando la vía ejecutiva a su respecto presentando el título valor protestado y el escrito de caución reconocido.

Los fiadores no son deudores cambiarios de suerte que no es aplicable el art. 51 de la ley cambiaria que consagra el 'ius electionis' y el 'ius variandi', de tal manera que promovida la acción contra uno de los fiadores no podrá demandarse a otro u otros mientras no resulte la insolvencia del deudor elegido (art. 705 C.C.). También entiende que podrá cobrarse anticipadamente la cambial del fiador si la obligación hubiere sido rehusada en todo o en parte, en caso de concurso del girado, haya o no aceptado o de cesación de pagos, aunque no mediare declaración judicial, o cuando hubiere resultado infructuoso un pedido de embargo en sus bienes, y en caso de concurso del librador de una letra no aceptable (art. 47 inc.3).

Aunque el fiador sea solidario con el deudor, podrá oponer al portador de la cambial (acreedor) todas las excepciones propias y las que podría oponerle el deudor principal en la fianza simple, excepto las que se funden en la incapacidad (art. 2020 C.C.), no así el fiador constituido como principal pagador, directo y solidario, pues carece de las defensas 'ex personae debitoris'.

Aunque el fiador de un obligado cambiario es solidario, esa fianza se extingue cuando la subrogación a los derechos del acreedor como hipoteca, privilegios, etc. se ha hecho imposible por un hecho positivo, o por negligencia del acreedor (art. 2043 C.C.) debiendo acreditarse el perjuicio y oponer la defensa para que la liberación del fiador se produzca.

Con Cámara sostiene que el fiador al pagar lo hace en su calidad de deudor que asumió la obligación de un tercero empero no dispone de los recursos de los arts. 727 y 728 del C.C., salvo que al efectuar la prestación dejare constancia de que la cumple en calidad de tercero. Y es que a tenor del art. 727, el pago puede hacerse también por un tercero con asentimiento del deudor y aún ignorándolo éste y queda la obligación extinguida con sus accesorios y garantías. En ambos casos, el que hubiere hecho el pago puede pedir al deudor el valor de lo que hubiese dado en pago. Si hubiese hecho el pago antes del vencimiento de la deuda, sólo tendrá derecho a ser reembolsado desde el día del vencimiento. Asimismo, el art. 728 preceptúa que el pago puede también ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor. El que así lo hubiere verificado tiene sólo derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago.

Cuando paga el fiador se subroga en los derechos, acciones privilegios y garantías anteriores y posteriores a la fianza, en virtud de sucesión a título singular frente al deudor cambiario, por lo que dispone el fiador de la acción cambiaria del portador (art. 53 L.C.); empero además del capital e intereses podrá reclamar los costos y la indemnización de los perjuicios, aunque éstos últimos por la vía ordinaria, mientras lo demás por la acción cambiaria (arts. 768 inc.2º, 2029 y 2030 C.C.).

Respecto de las excepciones del deudor frente al fiador, con Cámara entiende que aparte de las personales valdrán las que el obligado cambiario podría ejercitar contra el portador satisfecho desde que el fiador se subroga en los derechos de éste (art. 2033 C.C.). El fiador no podrá empero exigir del deudor el reembolso por lo que hubiere pagado si dejó de oponer las excepciones que no fueren personales o suyas propias que sabía tenía el deudor contra el acreedor o cuando no produjo las pruebas, o no interpuso los recursos que podrían detener la acción del acreedor (art. 2034). Por otra parte y a tenor del art. 2035 C.C., cuando el fiador ha pagado sin haber sido demandado, y sin dar conocimiento al deudor, no podrá repetir lo pagado si el deudor probase que al tiempo del pago tenía excepciones que extinguían la deuda.

A tenor del art. 2032 el que no ha afianzado sino a uno de los deudores solidarios queda subrogado al acreedor en el todo, pero no puede pedir contra los otros sino lo que en su caso le correspondiera repetir contra ellos al deudor afianzado, norma aplicable en derecho cambiario. A su vez, el obligado cambiario

afianzado que a su vez persiga el reembolso contra los que respondan a él ceñirá el monto de su pretensión al art. 53 de la ley cambiaria: suma desembolsada, intereses de esa suma al tipo fijado en el título y si no hubieran sido pactados al tipo corriente en el Banco Nación en la fecha de pago, los gastos que hubiese hecho.

La acción promovida contra el obligado cambiario, interrumpe la prescripción contra el fiador careciendo de vigencia el art. 97 de la ley cambiaria que dice que la interrupción de la prescripción sólo produce efectos contra aquél respecto del cual se cumplió el acto interruptivo. A la inversa, la demanda contra el fiador no interrumpe la acción contra el obligado cambiario cuyo plazo de prescripción es el del art. 96.

En nuestro país, la Dra. Bugallo, en el trabajo citado, señala que la fianza es definida en el inciso primero del art. 603 del C. de Com. como «un contrato por el cual un tercero toma sobre sí la obligación ajena, para el caso de que no la cumpla el que la contrajo», norma análoga a la contenida en el art. 2102 del C.C. Agrega el inciso segundo que para que se considere mercantil «basta que tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un acto o contrato de comercio, aunque el fiador no sea comerciante».

El contrato de garantía personal denominado fianza se otorga frente a las obligaciones contraídas por títulos valores, como ante cualquier otra obligación, de modo que no comparte la afirmación de parte de la doctrina que estima que la única garantía personal cambiaria sea el aval (sentencia de la Dra. Varela de Motta en c. 9788 de L.J.U.).

El alcance de la responsabilidad del fiador se encuentra establecido en el contrato de garantía personal otorgado y reglamentado por los arts. 604 y ss. del C. de Com. La fianza puede garantizar alguna obligación concreta o puede garantizar una serie de operaciones indefinidas en su conjunto, por lo cual dependerá del alcance de la enunciación la responsabilidad del fiador. Al respecto señala la autora que en un caso en que se presentó accionamiento contra el fiador por títulos valores que se entregaron por el saldo de precio de la adquisición de determinados bienes, ante el cual éste se excepcionó diciendo que solamente había sido fiador de la operación de compraventa de dichos bienes y no del pago de los títulos valores. Se entendió por el tribunal actuante que al no haberse especificado la restricción debe interpretarse que la fianza incluyó el pago de los títulos valores entregados en cumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato.

La solidaridad de la fianza no quita el carácter accesorio a la misma. Es diverso el supuesto de la constitución de fiador liso y llano pagador que se obliga como deudor principal, pues en este caso no se trata de obligación accesorio sino que se trata de la obligación de codeudor. La jurisprudencia, en virtud de la solidaridad usualmente pactada en las fianzas que acceden a contratos en ocasión de los cuales se emiten títulos valores, ha sostenido que el fiador se obliga en los mismos términos que el deudor y que siendo títulos ejecutivos los documentos de adeudo suscriptos por los fiadores son alcanzados también por la acción ejecutiva.

En opinión de la autora, el hecho de que la fianza acceda a un título valor no afecta su naturaleza contractual, de modo que no son trasladables mecanismos del derecho cambiario a la ejecución del fiador de obligaciones cartulares. Siendo además un contrato accesorio, habrá de interpelarse primero al deudor principal, para luego proceder a la ejecución del fiador tal como ha sostenido la jurisprudencia nacional.

Según las normas generales del derecho procesal el tenedor ha de accionar contra el fiador siempre que haya una suma líquida y exigible contra el deudor principal. Para la constitución del título ejecutivo contra el fiador de un título valor habrá que proceder según las normas generales planteadas en el C.G.P., art. 353 num.3 y citar a reconocimiento de firmas al o a los fiadores, como se entendió por la jurisprudencia.

El art. 30 de la Ley 16906 consagró expresamente la existencia en nuestro derecho de las garantías personales y reales cambiarias y estableció indubitablemente que la transmisión del título valor implica la de las garantías que le acceden. El análisis de dicha norma se efectuará en el capítulo referido a la hipoteca cambiaria.

Con relación al contrato de fianza general bancaria cabe citar el artículo que publicara el profesor Jorge Gamarra en el A.D.C.U., T. XI, titulado «Validez de la fianza general bancaria».

Como señala el autor, se ha cuestionado su validez desde dos ángulos distintos: por una lado, se sostiene que la fianza no puede existir sin una obligación a la que acceda, y por otro, que el negocio es nulo por la indeterminación de su objeto.

La fianza, enseña Gamarra, es un contrato accesorio, y como tal, tiene por función asegurar el cumplimiento de una obligación principal (art. 1251); presupone, entonces, la existencia de ésta. Parecería, por ello, que no es posible afianzar una obligación futura (sin principal no hay accesorio), y sin embargo es el propio Código el que consagra esa posibilidad (art. 2106); lo cual no puede sorprender porque admite también garantía reales (prenda e hipoteca) constituidas para asegurar obligaciones futuras (arts. 2295 y 2326), y si esto es así, con mayor razón la fianza podrá garantizarlas, ya que ni siquiera tiene, como aquéllas, eficacia respecto de terceros ni preferencia en el cobro. Por otro lado, en el C.C. se encuentra prevista expresamente una fianza de obligación futura en el art. 368 que impone al tutor prestar fianza antes del discernimiento de la tutela.

Aún más, la fianza de obligación futura es viable porque lo dice la ley, pero si no lo dijera igual lo sería. El fundamento está, como sostienen Aubry-Rau y Somarriva Undurraga, en la circunstancia que el contrato accesorio puede nacer antes que la obligación principal, pero quizás sea más ajustado decir que la fianza existirá cuando venga a existir la obligación principal; el principio de accesoriedad no se viola porque la fianza está subordinada al nacimiento de la obligación principal.

En cuanto a la alegada indeterminación del objeto, señala que para la validez del contrato el Código requiere que tenga un objeto «suficientemente determinado» (art. 1261), porque el vínculo obligacional no puede realizarse respecto de una materia del todo indeterminada. La obligación del fiador, puesto que se obliga a pagar por el deudor principal, en caso de que éste no lo haga (art. 2102) se determina por el objeto de la obligación principal, es una determinación 'per relationem'. Por consiguiente, la indeterminación de la obligación principal da lugar indirectamente a la indeterminación de la fianza.

En el contrato de fianza general bancaria el fiador asegura las obligaciones que un deudor principal, que se individualiza concretamente, haya contraído o contraiga con el Banco, que es parte en el contrato de fianza, y asume la calidad de acreedor, y por ello también está perfectamente designado. Luego, las operaciones que tendrán lugar entre ellos, esto es, entre el Banco y el cliente, las cuales figuran enumeradas con un criterio ejemplificativo o analítico por tipos (cuenta corriente, vales, descuentos), que se complementa con una referencia genérica a todas las operaciones bancarias o a veces se usa esta última y se elimina la enumeración casuista de los distintos tipos particulares. En un momento posterior a la celebración del contrato de fianza es que tienen lugar sucesivos negocios pactados entre el Banco y el cliente afianzado. Estos negocios generan obligaciones en las cuales el cliente se coloca en posición de deudor, y automáticamente estas obligaciones resultan aseguradas por la fianza. En consecuencia, la obligación de fianza va a estar integrada por la totalidad de las deudas que ese deudor principal asuma con el Banco. El fiador le debe al Banco lo mismo que el deudor principal, si sabemos a cuánto asciende la deuda del cliente, la deuda del fiador está determinada. Por ello Ravazzoni escribe que la determinabilidad de la deuda del fiador sobre la base de la situación del deudor principal es, sin duda, la raíz de la figura. La obligación del fiador, que es incierta (art. 1283), se determina en el momento en que el acreedor haga valer su crédito, mediante reenvío al complejo de las deudas que gravan al deudor afianzado.

De lo expresado concluye Gamarra que a fianza genérica bancaria no es nula por indeterminación de su objeto. Asimismo agrega el autor que también es válida la fianza general pactada sin límites de tiempo ni de monto pecuniario. En efecto, a determinar la obligación del fiador igualmente pueden concurrir la fijación de un límite temporal o en el monto pecuniario. Como la fianza general tiene una muy vigorosa potencialidad expansiva, con vocación para adscribirse a las operaciones que vaya celebrando luego el Banco con su cliente, la fijación de límites de tiempo y suma son mecanismos aptos para proteger al garante contra las consecuencias riesgosas del negocio. Pero éste sabrá decidir hasta que punto los límites le son necesarios o convenientes, según sea la solvencia del deudor afianzado, la confianza que deposite en el mismo, y su interés particular por favorecerlo. Además, aunque se alegara que por tratarse de un contrato de adhesión la voluntad del fiador inevitablemente tendrá que plegarse frente al formulario que el Banco le ponga por delante, guste o no su contenido, hay una razón decisiva que alcanza por sí sola para fundar la validez, y es la posibilidad que tiene el fiador de usar el recesso unilateral como modo de extinción de la fianza, cuando así decida hacerlo, y sin que el Banco pueda oponerse al ejercicio de este derecho potestativo.

Fundándose fundamentalmente en el artículo referido la jurisprudencia nacional ha admitido la validez de la fianza general bancaria e incluso a aplicado los mismos argumentos para sostener la admisibilidad de la hipoteca cambiaria.

En este sentido cabe citar a vía de ejemplo las siguientes sentencias:

De fecha 26/11/90 del T.A.C. 3° (L.J.U. C. 11975) en que el Tribunal decidió en mayoría, en el caso de ejecución de una fianza genérica que la transmisión del título valor implica no solo la del derecho principal incorporado sino de los accesorios y que aquélla es un típico derecho accesorio y como tal al no existir texto legal que lo limite la misma se transmite con el documento principal. En su discordia el Dr. Alonso Liard sostuvo que el art. 10 del Dec.-Ley 14701 conforme al Dr. Pérez Fontana no comprende las garantías extracartulares y la doctrina excluye las fianzas genéricas.

S. 60/90 del T.A.C. 5° (c. 46 del A.D.Com. 6) donde el Tribunal sostiene la inidoneidad de la carga de garantía de autos para originar responsabilidad por los títulos valores en ejecución al surgir que estos fueron suscritos con anterioridad a la fianza genérica. Expresa asimismo que la correcta intelección de los términos de la fianza otorgada lleva a la conclusión de que el apelante respondería solamente por las obligaciones futuras del afianzado asumidas por primera vez o por concepto de renovaciones o prórrogas de créditos ya otorgados o que se otorguen en el futuro sin comprenderse las obligaciones actuales del deudor principal. De lo que se concluye que entiende admisible la misma.

S. 58/91 del T.A.C. 4° (C. 47 del A.D.Com. 6) que sostiene que la fianza general bancaria garantiza todos los créditos que tenga el Banco contra determinado cliente.

S. 7/91 del T.A.C. 4° (C. 48 A.D.Com. 6) donde el tribunal afirma la validez de la fianza general bancaria diferenciándola del aval y el efecto vinculante de la carta de garantía no adherida al documento de adeudo. Expresa el tribunal ratificando lo sostenido en sentencia N 163/83 que: «...Una fianza expresada mediante una carta de garantía, por la que una o más personas se constituyen en fiadora y fiadoras de cualquier deuda, cambiaría o no, que el afianzado mantenga o llegue a contraer en el futuro con el acreedor, es un contrato absolutamente válido»

S. 109/95 del T.A.C. 4° (C. 69 A.D. Com. 8) que reafirma que hay prácticamente unanimidad en doctrina y jurisprudencia en admitir la validez de la fianza para garantizar obligaciones cambiarias independientemente del aval.

S. 4/2000 del T.A.C. 1° (C. 429 A.D.C.U. XXXI) donde el Tribunal sostiene respecto del valor y eficacia de esta garantía genérica existe a esta altura criterio generado respecto de su habilidad y marco legal habilitante habiendo la jurisprudencia recogido ampliamente este criterio.

B) GARANTÍAS EXTRACARTULARES REALES

En garantía de las obligaciones contraídas en los títulos valores pueden asimismo otorgarse prendas e hipotecas mas como señala la Dra. Beatriz Bugallo, en nuestro país no contaban con una normativa flexible y adaptable a las características de dichos títulos, a diferencia de lo que ocurría en otros países.

Destaca la autora que en legislaciones como la española se conoce la llamada «hipoteca cambiaria», una garantía especial que entrelaza principios del derecho cambiario y del derecho inmobiliario con el objetivo de armonizar la fácil cesibilidad del crédito sin descuidar la individualización del titular y del bien objeto de esa garantía, ni demás principios del Derecho Hipotecario.

En el derecho comparado, la hipoteca constituida en garantía del pago de títulos valores, se caracteriza por garantizar el pago de las obligaciones contraídas mediante la suscripción de los mismos, siendo constituida unilateralmente por el propietario del bien objeto de garantía. Al momento de su constitución no existe certeza respecto de quien será la persona legitimada para solicitar la ejecución en caso de incumplimiento. Las características de la misma enunciadas por la doctrina son: 1) indeterminación inicial del acreedor pues se constituye unilateralmente por el deudor; 2) incorporación del crédito garantizado a un documento de facilísima transmisión, 3) puede constituirse en garantía de una pluralidad de títulos, no tiene porqué ser uno solo. Esta modalidad de garantía se ha calificado como «hipoteca de seguridad» ya que la indeterminación está en la titularidad. En varios de los regímenes de derecho comparado se da la posibilidad de constitución de esta hipoteca cambiaria aún sin existencia previa o simultánea de la deuda, habiendo sido al caso calificada como una excepción a un aspecto del principio de especialidad en materia hipotecaria según el cual se exige determinación inequívoca tanto de lo garantizado como del bien afectado.

En el derecho argentino la regulación tiene larga data desde que se entendió por la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia que el art. 3202 del C.C. consagraba los pagarés hipotecarios y además por el Decreto 10574/46 se regularon los pagarés prendarios.

En nuestro país con la sanción de la ley N° 16906 que incorporó tres numerales al art. 10 del Dec.-Ley 14701 se consagraron inequívocamente las garantías reales cambiarias poniendo fin a las discusiones doctrinarias sobre la admisibilidad de la hipoteca cambiaria, la que se mantiene en cambio con relación a las hipotecas llamadas abiertas o genéricas.

PRENDA

Uriá en el trabajo referido expresa que el Código de Comercio español no contiene reglas generales respecto del contrato por el cual el deudor o un tercero afectan especialmente una cosa mueble al pago de una deuda, en forma que vencida ésta y no satisfecha pueda hacerse efectiva sobre el precio de venta de aquella cosa con preferencia a los derechos de cualquier otro acreedor. Pero la omisión legal no es bastante para

reputar inadmisibles que la prenda puede tener carácter mercantil. Cada vez son más numerosas las operaciones mercantiles que se constituyen con garantía real pignoratícia y con ello la prenda ha entrado en la actividad propia de los empresarios o comerciante.

Héctor Cámara en la obra citada expresa que para garantizar los títulos valores no se utiliza la prenda común atento a que presenta graves inconvenientes y desventajas al exigir la *'missio in possessionem'* de las cosas gravadas en manos del acreedor o de un tercero estipulado entre el librador y el tomador, entorpeciendo la transferencia del crédito con la garantía. Sin embargo nada obsta su constitución acorde a los arts. 580 y ss. del C. de Com.

Destaca que las exigencias del tráfico han generado numerosos títulos de crédito con caución prendaria o privilegios sobre cosas muebles, así en el derecho francés se otorgan: warrant agrícola, prenda de establecimientos comerciales, warrant hotelero, privilegio para la adquisición de vehículos y tractores, warrant sobre stocks de guerra, garantías de films cinematográficos, prenda de utilaje y material de equipamiento profesional, etc. En Argentina también existen algunos títulos valores que gozan de preferencia sobre cosas muebles, siendo el de mayor difusión el certificado de prenda con registro regulado por el Decreto- Ley 15348/46, Ley 12962, expedido a favor de los acreedores del art. 5° de ese ordenamiento legal una vez inscripto el contrato en el Registro Prendario, permitiendo la transferencia del derecho crediticio con caracteres particulares: se trata de un título valor causal librado a favor de algunas personas que sólo puede circular entre éstas según criterio de la Dirección del Registro Prendario, mediante endoso que llenará ciertas formalidades e inscripto en el Registro para su eficacia contra terceros.

La práctica de librar pagarés prendarios aparte del certificado movilizándolo éste, si bien no reconocida por el Decreto 15348/46, logró respaldo en el Decreto reglamentario N° 10574/46 cuyo artículo 10 dispone que cuando el deudor suscriba simultáneamente con el contrato prendario pagarés a favor del mismo acreedor y por el contrato, para que faciliten la negociabilidad del crédito, deberán estos documentos ser presentados junto con el contrato de prenda ante la oficina inscriptora, la que deberá relacionarlos dejando constancia, al dorso de ellos, del número y fecha de inscripción que corresponda al contrato prendario. La duplicación de la obligación en dos títulos de crédito -certificado prendario y pagarés- ha provocado situaciones dolorosas por la confianza o inexperiencia de ciertos deudores. Es exacto que se han cometido abusos por comerciantes inescrupulosos que descuentan el certificado prendario por una vía y los pagarés por otras y a su vez cobran las cuotas de los deudores entregándoles recibos por éstas, resultando a la postre perjudicados al no poder repetir el pago indebido ante la normal insolvencia del acreedor originario. Pero estas desviaciones no se pueden realizar con los pagarés "prendarios" contemplados por el decreto-reglamentario sino con los pagarés "paralelos" librados sin los requisitos previstos por el texto precitado. Esto lleva al autor a resistir la ilicitud y menos la proscripción pretendida de los pagarés prendarios.

El pagaré prendario es un título de crédito con todos sus caracteres -literalidad, autonomía, abstracción, etc.- cuyo derecho se halla garantizado con bienes muebles que restan en poder del deudor o del tercero que los haya dado en seguridad de una deuda ajena, los cuales quedan afectados con privilegio especial a favor del portador, extendiéndose salvo convención en contrario a todos los frutos, productos, rentas e importe de la indemnización concedida o debida en caso de siniestro, pérdida o deterioro (art. 3°). Por ende es un título de crédito abstracto reglado por el art. 101/4 del Decreto-Ley 5965/63, asegurado por garantía real extracambiaria.

Para poder emitirse los pagarés prendarios es necesario que se haya celebrado el contrato de prenda con registro entre el librador y tomador del pagaré, aunque los bienes gravados pertenezcan a un tercero -caución real-. Como derivación, el pagaré prendario tiene su relación subyacente en otro título de crédito -certificado prendario- esto es, contrato prendario inscripto -constituido para asegurar el pago de una suma de dinero o el cumplimiento de cualquier clase de obligaciones a las que los constituyentes le atribuyan a los efectos de la garantía prendaria un valor consistente en una suma de dinero -art. 1° Decreto 15348/46.

En cuanto a las formalidades de los pagarés prendarios establece que :

A) En primer lugar, contendrán todos los requisitos del art. 101 del Decreto-Ley 5965/63 con las mismas limitaciones que los pagarés hipotecarios. B) En segundo lugar, deben ser suscritos simultáneamente con el contrato prendario y presentados conjuntamente a la oficina inscriptora -art. 10 Decreto 10574/46- no pueden librarse ulteriormente. No se exige la autenticidad de las firmas de los pagarés, a diferencia del contrato prendario no pactado ni suscrito ante el encargado del Registro. C) Por último, el encargado del Registro debe relacionarlos, esto es, anotarlos en el certificado prendario, dejando constancia al dorso de los pagarés del número y fecha de inscripción del contrato prendario. El certificado prendario y los pagarés deben entregarse al acreedor dentro del plazo de 48 horas de entrada el contrato para su inscripción (art. 13 Dec.-regl.).

El certificado prendario se transfiere por endoso completo e inscripto para su eficacia contra terceros,

amén de ello solo puede traspasarse a algunas de las personas mencionadas en el art. 5° del Decreto 15348/46 solución extralegal en opinión del autor. Estos requisitos carecen de eficacia para la transmisión del pagaré prendario regido por el Decreto-Ley 5965/63 .

En cuanto al endoso del pagaré prendario si bien la ley nada prevé al respecto estima prudente su inscripción en el Registro.

Los pagarés prendarios se transmiten por el simple endoso comprendiendo todos los derechos resultantes de la letra de cambio (art. 15 Dec.-Ley 5965/63) incluyendo las garantías reales.

Con relación a los efectos que producen los pagarés prendarios expresa el autor que : a) el certificado prendario pierde vigencia al instrumentarse el crédito en otro título valor resultando intransferible mientras no se acompañen todos los pagarés al carecer de contenido. b) La autorización del acreedor para la constitución de nuevos gravámenes sobre los bienes prendados -art. 7 Dec.-Ley 15348/46 y art. 7 Decreto 10574/46- la otorgará quien o quienes aparezcan como titulares de los pagarés en el Registro Prendario.

Respecto de los presupuestos para promover la acción cambiaria prendaria, no rigen las normas del Dec.15348/46 para ejecutar el certificado prendario debiendo cumplimentar el art. 60 del Dec.-Ley 5965/63:título valor y protesto. El tercer portador de buena fe puede usar los recursos cambiarios-judiciales y extrajudiciales- a su arbitrio contra cualquiera o todos los deudores (art. 51 Dec.-Ley 5965/63) no está constreñido para entablar la acción contra el constituyente de la garantía real y recién por el saldo insoluto dirigirse contra los demás responsables.

A semejanza de los títulos de crédito hipotecario esta seguridad real desaparece por causas directas e indirectas: A). Cuando el deudor acompañe con el finiquito respectivo todos los pagarés prendarios acreditando haber satisfecho la prestación conforme lo dispuesto por el art. 3202 C.C. no siendo necesario que exhiba el certificado prendario; B) cuando el obligado prendario use el derecho de consignación extrajudicial (art. 25 inc. c dec. 15348/46) no derogable por acuerdo de partes conforme su objetivo legal.

En el mismo sentido Luis Muñoz, en el trabajo citado, expresa que a tenor del art. 10 del Dec. 10574 del año 1946 puede el deudor inscribir pagarés prendarios simultáneamente con el contrato prendario a favor del mismo acreedor para facilitar la negociabilidad del crédito, los cuales deberán ser presentados junto con el contrato de prenda ante la oficina inscriptora la que deberá relacionarlos dejando constancia al dorso de ellos del número y fecha de inscripción que corresponda al contrato prendario. También podrían librarse cambiales aunque la norma jurídica nada diga.

Una vez celebrado el contrato de prenda con registro, puede crearse y emitirse pagarés prendarios aunque los bienes dados en prenda sean de un tercero, dándose la circunstancia que otro título valor, el certificado de prenda es el negocio fundamental o subyacente de los pagarés, ya que, el contrato de prenda, se celebra entre el librador y el tomador de los pagarés, los cuales facilitan la circulación del crédito prendario , la negociación parcial y su amortización en cuotas. Empero, la duplicidad del título valor-certificado de prenda y pagaré - ha originado daños y perjuicios. El contrato de prenda puede celebrarse por escritura pública (art. 11) . El pagaré prendario debe reunir los requisitos exigidos por el art. 101 de la ley cambiaria, suscribirse simultáneamente con el contrato de prenda y no con posterioridad, presentarse con el contrato a la oficina inscriptora, serán suscritos por el deudor, inclusive cuando un tercero haya dado bienes en garantía de deuda ajena, la autenticidad de la firma de los pagarés no es exigible, como lo es en cambio, y a tenor del art. 12 del Dec. 10574 cuando de trata de contrato de prenda con registro no celebrado ni suscrito ante el encargado del registro prendario. El registrador debe anotar los pagarés en el certificado y dejar constancia al dorso de los títulos valores del número y fecha de inscripción del contrato de prenda. La anotación del certificado y los pagarés podrá llevarse a cabo después del vencimiento del plazo legal (art. 19) y producirá efectos desde la fecha de la presentación, por lo que puede acontecer que los pagarés estén endosados lo que no es obstáculo. El contrato de prenda debe llevar las firmas autenticadas salvo si los acreedores originarios fueran el Estado, sus reparticiones, Bancos oficiales, mixtos o particulares autorizados, instituciones bancarias, oficinas internacionales de las que la República sea miembro, etc. A tenor del art. 18 de dicho decreto, el certificado y los pagarés se entregarán al acreedor dentro del plazo de 48 horas de entrado el contrato para su inscripción. No cabe confundir la circulación del contrato de prenda con registro regida por la ley que norma la garantía real con las de los pagarés prendarios que se rige por la ley prendaria. Empero, el endoso debe anotarse en el Registro prendario para que el deudor conozca quienes son los endosatarios y sus domicilios, si bien el legislador ha tenido este aspecto en cuenta. El endoso pues sirve para transmitir el derecho incorporado, las obligaciones correlativas y la garantía real.

Con Cámara sostiene que la autorización del acreedor para la constitución de nuevos gravámenes sobre los bienes prendados la otorgará quien o quienes aparezcan como titulares de los pagarés en el Registro Prendario (art. 7 Dec.-Ley 15348 de 1946 y 7° del Dec. 10574 de 1946) e igual solución corresponde para la

notificación en el supuesto de industrialización de los bienes prendados o su transferencia para ejercer el 'ius preferendi' y el 'ius perseguendi' (arts. 8,9,13,41,42, 45 etc. Dec.-Ley 15348/46).

Para el ejercicio de la acción prendaria cambiaria debe estarse al art. 60 de la ley de la materia, también al 51 por lo que hace al portador de buena fe. Y es que, la cambial prendaria, debidamente protestada, es título ejecutivo para accionar. El portador tiene derecho para accionar contra los que firman una letra de cambio ya que quedan obligados solidariamente hacia aquél. La acción promovida contra uno no impide accionar contra los otros aunque fuesen posteriores a aquél. El portador de buena fe, no tiene porqué accionar primero contra el constituyente de la prenda y luego, por el saldo contra los demás responsables pues la cambial o el pagaré documentan el préstamo pudiendo reclamarse el pago con independencia de la prenda que garantiza la deuda. El certificado de prenda y los pagarés se integran de suerte que el tenedor del certificado que libró pagarés y los negocios no puede llevar a cabo la ejecución prendaria. Al igual que en el caso de la hipoteca, los pagarés a la vista o un determinado tiempo desde la vista, por carecer de vencimiento cierto no se utilizan con fines de garantía real, tampoco los pagarés incompletos ya que no pueden reproducirse.

También considera con Cámara que la garantía prendaria del pagaré se extingue cuando el deudor acompañe con el finiquito respectivo todos los pagarés prendarios acreditando haber satisfecho la prestación conforme a lo dispuesto por el art. 3202 del C.C. No es necesario exhibir el certificado prendario (art. 25 inc.b Dec. 15348/46), a pesar que la Dirección de Registros entiende lo contrario. También se extingue por consignación extrajudicial que haga el obligado prendario, derecho éste inderogable por voluntad de los particulares, sobre todo si los portadores de los pagarés no requieren el pago a su vencimiento. La notificación de la consignación se hará a éstos o en su defecto a quienes figuren como titulares en el Registro.

Raymundo L. Fernández en "Pagaré o letra con garantía real (Hipoteca o Prenda)" en La Ley, 1980 D, señala que la Ley 12962 y el Dec.-Ley 15348/46 han creado la prenda con registro o hipoteca mobiliaria para asegurar el cobro de los acreedores que se consignan en el art. 5º de la primera; se trata de una garantía sobre bienes muebles análoga a la hipoteca inmobiliaria. En cuanto a los pagarés prendarios, expresa que, a diferencia de los hipotecarios, deben emitirse simultáneamente con el contrato de que emergen y presentarse junto con éste al Registro para su inscripción debiéndose relacionarse por la oficina inscriptora, dejando constancia al dorso de ellos del número y fecha de inscripción que corresponda al contrato prendario.

El endoso del certificado se rige por las disposiciones del C. de Com. pero con una diferencia en cuanto a su transmisión ya que la ley de prenda con registro exige para su oponibilidad a terceros que se inscriba en el registro prendario. Entiende que no es obligatorio inscribir los pagarés prendarios en el Registro por cuanto la ley nada dice al respecto pero que conviene al acreedor hacerlo como ocurre con el endoso del pagaré hipotecario.

El régimen al que están sometidos el certificado y los pagarés prendarios en cuanto a su ejecución es distinto. El certificado está regido por la ley de prenda con registro y es indispensable para ejercitar la acción prendaria a que se refiere la ley. Los pagarés, en cambio están regidos primordialmente por el C. de Com., su tenedor puede optar entre la ejecución prendaria contra el deudor originario ajustándose a la ley de prenda con registro o seguir la acción cambiaria contra los obligados cambiarios.

Como señalara Carmelo Curbelo en «Régimen de Prendas en el Uruguay», la Ley 17228 intentó incluir en un solo texto toda la normativa sobre la prenda derogando expresamente a través del último artículo la Ley 5645 (de prenda agraria), 8292 (de prenda industrial) y 12367 (en lo relativo a prendas sobre máquinas y automotores). El mismo artículo deroga las disposiciones que se opongan a ésta tanto de la Ley 15939 (bosques) y 16871 (registral). Por otra parte en su art. 1º se establece que con carácter supletorio se aplicarán las normas del C.C. y de la Ley 14701 sobre títulos valores.

Esta ley tiene la particularidad de admitir la posibilidad de la prenda sin desplazamiento de los créditos. En este sentido afirma Carlos De Cores en «Sinopsis de la nueva ley de prenda sin desplazamiento» que el art. 3 de la ley admite específicamente, como objetos prendables sin desplazamiento «los derechos de obtener prestaciones de dar, hacer o no hacer, los derechos de propiedad intelectual y otros bienes incorpóreos, incluso los créditos». Es decir que a partir de la vigencia de esta ley, además del mecanismo normal de prenda de créditos (ya se trate de prenda de créditos no endosables, de títulos valores o de valores nominativos o escriturales) existe la posibilidad de preñar créditos sin desplazamiento. Como la ley no prevé la notificación al deudor cabe concluir que la prenda estaría constituida sin dicho requisito, siempre y cuando se instrumentara por documento público o privado y se inscribiera en el registro.

No obstante no se regulaba en dicha norma los llamados letras o pagarés prendarios. Es recién con la sanción de la Ley 16906 que por su art. 30 agregó tres incisos al art. 10 del Dec.-Ley 14701 que se consagraron expresamente en nuestro ordenamiento positivo las garantías reales cambiarias. Dicha norma será analizada con relación a la hipoteca cambiaria que fue la que generó mayor polémica.

Finalmente cabe mencionar que el art. 46 del Dec.-Ley 14701 prevé en su inciso primero que «El endoso en garantía se otorgará con las cláusulas «en garantía» o «en prenda» u otra equivalente. Constituirá un derecho prendario sobre el título y conferirá al endosatario además de sus derechos de acreedor prendario, las facultades que confiere el endoso en procuración».

Analizando dicha norma en «De la Prenda de Créditos» el Esc. Raúl Anido Bonilla señala que en relación a la prenda cambiaria se ha dado una polémica entendiéndose por un lado que el objeto del derecho real de prenda sobre la letra lo constituye el título, la res y no verdaderamente el crédito cambiario; opinión a la que adhiere la Dra. Teresita Rodríguez Mascardi en «Títulos Valores- Problemática Vigente». Agrega que los autores que sostienen que la prenda sobre la letra de cambio tiene por objeto el crédito incorporado y por tanto cabe asimilarla a una prenda de créditos, se fijan preferentemente en la intención que guía a las partes a la hora de celebrar un contrato de esta naturaleza. De este modo, las partes en el momento de constitución de una prenda sobre una cambial tienen la mira puesta, más que en la materialidad del documento al que se incorpora el crédito, en el crédito mismo, cuyos atributos se precisan literalmente por el tenor del título, como res, pero sólo con la finalidad procedimental de la más rápida y segura realización del derecho de prenda. En ese sentido Viguera Rubio en «La prenda cambiaria: el endoso en garantía» en Cuadernos Civitas, Madrid, 1994, termina por concluir que el derecho de prenda recae también sobre el crédito incorporado al título. Precisamente por el propio hecho de la incorporación del derecho al título, el derecho real de prenda que recae sobre una letra de cambio queda sometido a un régimen mixto, en parte propio de las cosas muebles, en parte propio de los derechos sobre derechos. Limitándose el documento como objeto de la prenda sólo al momento de la constitución de la misma, recogiendo la afirmación de Garrigues en cuanto señalara que el derecho real recae directamente sobre la cosa mueble e indirectamente sobre el derecho documentado. Lo que llevara a Viguera Rubio a sostener que la prenda que tiene por objeto una letra de cambio no es un derecho real cuya constitución, efectos, y ejercicio se comporte de un modo típico o común como resultaría de la aplicación de las normas que para ella predispone el C.C. sino que queda modalizada por el particular objeto que resulta gravado: una letra de cambio.

Afirma el autor que, a través de las cláusulas «en garantía», «en prenda» u «otra equivalente», cumple el endoso la función de ser instrumento de una operación de garantía real. Este acreedor prendario tendrá «además de sus derechos de acreedor prendario, las facultades que confiere el endoso en procuración de donde cabe concluir, según el autor, que el endosatario-prendario tendrá la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación, como se le reconoce a todo acreedor prendario de un crédito por el art. 2298 del C.C. y esta facultad integrará el estatuto mismo de dicha prenda por más que coincida con la del endosatario en procuración, lo que evidenciaría que el derecho real de prenda no recae sobre el documento sino sobre el crédito incorporado en el mismo.

La peculiaridad que presenta la prenda que tiene por objeto un título valor es la inmunidad del acreedor prendario ante las excepciones personales que los demandados por una acción cambiaria pudieren oponer al endosante- pignorante. En tal sentido, el art. 46 siguió lo marcado por el párrafo segundo de la ley ginebrina que señalara que «los obligados no pueden invocar contra el tenedor las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el endosante». Del cotejo de dicha norma con la que usara la ley ginebrina se aprecia que se sustituye el término «tenedor» por el de «endosatario en garantía». De lo que concluye la Dra. Teresita Rodríguez en el artículo referido, que el Dec.-Ley 14701 se apartó del texto ginebrino que consagrara indubitadamente la autonomía del derecho del endosante en garantía, ello en virtud de que el art. 46 mutó la expresión gramatical «excepciones oponibles al endosante» por la expresión «excepciones oponibles a anteriores tenedores» y en opinión de la Doctora, cuando se habla de anteriores endosantes no puede referirse a los que endosan el título en garantía puesto que éste no reviste tal calidad sino que es titular de un derecho actual. Tal expresión resulta entonces para ella superflua, y en consecuencia entiende inadmisibles las excepciones personales que se hubieran podido oponer a los tenedores anteriores al endosante en cuya representación se dedujo la pretensión ejecutiva, pero caben las defensas oponibles al endosante que continúa siendo el titular del derecho cartular, en cuanto el endoso en garantía sólo transfiere la legitimación para el ejercicio del derecho. Sin embargo reconoce la injusticia de tal solución escribiendo que sería aconsejable la reforma del art. 46 consagrándose la autonomía del derecho del acreedor prendario en el ámbito cartular.

Señala Anido que el acreedor prendario podrá esperar al vencimiento del título valor y, una vez que ello suceda, ejercer el derecho al cobro que le confiere el art. 46 del Dec.-Ley 14701. Es así que se producirá con respecto a la suma cobrada una imputación compensatoria. Si el monto de lo cobrado por este acreedor excediere el importe de su crédito, él deberá devolver el exceso al endosante. Pero, por otro lado, sin necesidad de esperar al vencimiento del respectivo título-valor, el endosatario pignoraticio podrá ejecutar la prenda y, con el importe en que se subrogue el respectivo bien en el patrimonio del endosante-pignorante,

cobrar con hasta la concurrencia de la suma debida. Si el endosante pignorante cumpla la obligación principal garantizada, el acreedor pignoraticio debe devolver la letra con todos sus accesorios (por ejemplo el protesto).

Como señala el autor, la prenda de títulos valores encausada mediante el endoso en garantía se encuentra excluida de la regulación de la Ley 17228, en cuanto no se trata de una prenda sin desplazamiento; sino que por el contrario, se dará el nacimiento del derecho real de prenda a través de la misma entrega conforme al estatuto del endoso en materia de títulos valores; es así que su funcionamiento y perfeccionamiento se compadece con el de la prenda de desplazamiento de la mera tenencia conforme al estatuto del C.C..

En cuanto a la remisión que hace dicha Ley al Dec.-Ley 14701 en el art. 1º, se la entiende en cuanto su sentido se llena de razón y fin sólo en cuanto se concrete la remisión en el art. 10 de aquella ley y en la nueva redacción que le diera la Ley 16906, en el que precisamente se hace referencia a la prenda sin desplazamiento.

HIPOTECA

Norma Olga Silvestre en «Crédito Hipotecario» señala que hipoteca es un derecho real y como tal tiene como características: 1) que se dan en ella los derechos de preferencia y persecución como caracteres de imperatividad y fortaleza del derecho real frente a otros derechos y 2) la relación directa entre el titular del derecho real y la cosa y, por consiguiente, el beneficio o utilidad que el titular obtiene directamente de la cosa, se manifiesta en el hecho de que la hipoteca, desde su origen vincula y reserva el valor económico del bien gravado en miras a asegurar el pago del crédito, el efecto de la hipoteca es colocar el bien en situación de ser agredido o haciéndolo idóneo para serlo.

Sus caracteres se clasifican en esenciales y naturales. Los esenciales son los que constituyen la exteriorización de los elementos básicos sin los cuales la institución no existiría. Los naturales son aquellos derivados de la institución cuya existencia no es condición de vida de la misma. Ripert - Boulanger señalan como elementos esenciales la especialidad, accesoriedad y la indivisibilidad. Mazeaud expresa en cuanto al crédito que es accesorio y respecto del objeto, que es indivisible y especial.

La especialidad es un carácter esencial de la hipoteca y se entiende por tal: a) la determinación precisa del inmueble gravado con el derecho real y b) la determinación precisa de la suma de dinero que fija la responsabilidad hipotecaria. Señala la autora que no hay especialidad en cuanto al crédito entendida como la necesidad de expresar o determinar la obligación principal para la existencia del derecho real de hipoteca. Analizando la normativa positiva argentina concluye que los arts. 3109, 3132 y 3148 del C.C. sólo se refieren a la determinación precisa del inmueble hipotecario y de la suma por la que responde la finca.

En cuanto a la accesoriedad, expresa que la hipoteca es un derecho real de garantía que sirve para asegurar el cumplimiento de una obligación. La obligación o crédito aparece como el elemento principal, el derecho real de hipoteca es accesorio, es decir, dependiente del crédito. Esta accesoriedad es una consecuencia del carácter de derecho real de garantía que la misma asume respecto del crédito. El fundamento de la distinción entre derechos principales y accesorios reside en tener, los primeros, existencia propia e independiente por sí mismos, sin requerir de otro derecho en ningún aspecto de su vida y los últimos, en encontrarse subordinados dependiendo en algún grado o faceta de otro derecho. El propósito del derecho accesorio es reforzar, acrecentar o mejorar otro derecho que es el principal. El carácter accesorio del derecho de hipoteca consiste en que la hipoteca es inseparable de la obligación asegurada lo que significa que no cabe dar forma jurídica al gravamen real sin vincularlo 'ab initio' al crédito u obligación asegurado. No es posible, pues, constituir una hipoteca con vida jurídica propia o independiente del crédito. De este carácter de accesoriedad deriva que las modalidades a que puede estar subordinado el crédito repercuten sobre la hipoteca; si el se encuentra sujeto a plazo o condición, la hipoteca tendría plena eficacia desde que se cumple el plazo o la condición, si se anula o rescinde, la obligación creditoria la hipoteca se anula; el pago del crédito provoca la extinción de la hipoteca y la transferencia de aquél al de ésta. En determinadas hipotecas- las que se constituyen para garantizar créditos eventuales, condicionados, etc. - se produce una cierta limitación a esta accesoriedad; lo que sucede es que, en realidad, la accesoriedad de la hipoteca es teleológica o finalista en el sentido que es el fin de la hipoteca garantizar una obligación, de allí que pueden nacer y existir hipotecas cuando la obligación aún no ha nacido. La determinación del crédito en el acto constitutivo de la hipoteca hace a la esencia del derecho real de hipoteca por cuanto en el derecho argentino, conforme a los arts. 3108, 3187 y 524, la hipoteca debe ser accesorio no pudiendo garantizar obligaciones en abstracto. Por ello la determinación del crédito no está fundada en ningún principio de especialidad. Lo que nunca puede faltar es la referencia a una obligación (causa fuente) ya sea actual o futura o al contrato base de la obligación. Señala la

autora que en el derecho argentino todas las hipotecas son accesorias en el sentido referido, en otros, se independiza del crédito constituyendo un derecho autónomo.

Cita en el derecho español a Roca Sastre («Derecho Hipotecario») quien entiende que si bien el concepto de hipoteca de seguridad no es utilizado por la legislación hipotecaria, surge de la naturaleza de las cosas y la doctrina lo ha adoptado. La denominación hipotecas de seguridad puede resultar equívoca, puesto que, es de advertir, que todas las hipotecas son de seguridad pues garantizan una obligación. En las legislaciones que admiten la clasificación, la expresión seguridad es empleada para diferenciarla de tráfico y porque con ella se pretende únicamente proporcionar al acreedor una simple seguridad destacándose su función de fianza o caución. Son consideradas de seguridad: las hipotecas de máximo- con la variante de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes-, la hipoteca en garantía de títulos valores endosables o al portador; la discutida hipoteca cambiaria o en garantía de créditos derivados de letras, libranzas, vales, cheques a la orden o de otros títulos transmisibles por endoso. Esta clasificación entre hipotecas de tráfico y de seguridad encuentra sustento en las legislaciones alemana y española, en los principios registrales de fe pública y legitimación.

En la hipoteca de tráfico, el crédito garantizado consta en el registro con todas sus particularidades, quedando unido registralmente con la hipoteca, en forma que, ante terceros, la fe pública registral se extiende al crédito. El crédito es cierto y determinado y consta en la escritura de hipoteca, la suma garantizada también es de un determinado monto y el acreedor está individualizado.

En la hipoteca de seguridad, el crédito garantizado sólo consta en el registro en líneas generales quedando unido registralmente con la hipoteca, en forma que, la fe pública no se extiende al crédito.

Entre las hipotecas de seguridad se incluye la hipoteca cambiaria que es la constituida en garantía de la efectividad de las letras de cambio. Roca Sastre distingue la hipoteca cambiaria destinada a la garantía de letras de cambio y otros títulos endosables y la hipoteca de títulos valores al portador o nominativos y más concretamente de obligaciones emitidas.

En el derecho argentino para alguna doctrina (Alberto Alterini y Mario Bendersky) la hipoteca del art. 3202 del C.C. consagra la hipoteca cambiaria en cuanto establece: «Si la deuda por la cual la hipoteca ha sido dada, debe pagarse en diferentes plazos, y se han dado al efecto letras o pagarés, estos documentos y sus renovaciones deben ser firmados por el anotador de hipotecas para ser tomados en cuenta del crédito hipotecario; y con ellos, el deudor o un tercero, cuando estuvieren pagados en su totalidad; pueden solicitar la cancelación de la hipoteca. El anotador de hipotecas debe mencionar la fecha del acto de donde derivan esos instrumentos». Lo principal es el crédito cambiario incorporado al pagaré y lo accesorio, el derecho real de garantía. Lo que la hipoteca garantiza es la obligación contenida en el pagaré. Pero como no se trata de una obligación común, sino de un negocio jurídico de regulación y operatividad autónoma, resulta que lo garantizado, en definitiva, es directa y esencialmente el pagaré mismo.

Según la Dra. Silvestre, la hipoteca a que refiere el art. 3202 del C.C. es la que garantiza una deuda respecto de la cual se han librado pagarés o girado letras de cambio pero no es la hipoteca cambiaria reconocida en otras legislaciones. Los pagarés hipotecarios se conciben cuando la deuda deba extinguirse con el transcurso de determinados plazos y el acreedor tenga interés en negociar los títulos. Se trata simplemente de proporcionar la negociabilidad de los créditos, brindándole celeridad en tal operación y la seguridad de la garantía hipotecaria. Además, el acreedor no está indeterminado. En la convención hipotecaria debe expresarse qué obligación garantiza y el nombre del acreedor, posteriormente este acreedor podrá ceder su crédito, independientemente de las constancias registrales, pero en la convención hipotecaria hay un acreedor cierto y determinado. Es un caso de hipoteca ordinaria respecto de la cual para facilitar la transmisión del crédito se han dado vales o pagarés. Esa facilidad se da por la posibilidad de transmitir el crédito hipotecario y por consiguiendo la hipoteca mediante el endoso de los pagarés sin notificar al deudor cedido.

Messineo, en la obra citada, enseña que cuando la cambial está asistida de hipoteca constituida convencionalmente asume una manifestación particular, con tal que sea declaradamente en garantía de la obligación cartular o sea de la cambial y por tanto inserta a favor de determinado poseedor de la letra (1er. tomador, endosatario) que es titular de ella: la denominada cambial hipotecaria donde opera una garantía real y no personal como en el aval.

La hipoteca constituida es mencionada de ordinario en el título (en el dorso), pero ello no es necesario a los fines del nexo de accesoriedad que se establece entre la letra de cambio e hipoteca en cuanto la hipoteca no se transforma en relación cartular y literal. En virtud de la petición del interesado, el conservador de los registros inmobiliarios (registrador) debe indicar en la cambial la inscripción realizada, ejercitando así una función de certificación de que la cambial que lleva la indicación del conservador (registrador) es precisamente aquella a que se refiere la inscripción hipotecaria; sin tal certificación, el nuevo poseedor de la cambial que circule no puede atribuir a la cambial ningún valor hipotecario o sea, contemplar la circulación de la hipoteca unida a la circulación de la cambial. Esta circulación del derecho de hipoteca conjuntamente con la cambial-

mediante endoso y por la sola fuerza del endoso - es una conquista de la práctica. En un primer momento la jurisprudencia combatió el principio y ha hecho depender la eficacia de la circulación de la hipoteca respecto de terceros de la observancia de la anotación. Hoy en día (art. 2831 C.C.) la legislación vigente, aceptando una corriente doctrinal ha hecho independiente de la anotación la transferencia de la hipoteca a favor de los endosatarios posteriores a aquel en favor del cual se ha creado la hipoteca, distinguiendo así netamente la situación del endosatario de la cambial hipotecaria y la del cesionario del crédito cartular garantizado por hipoteca.

Por virtud del endoso de la cambial hipotecaria circula con efecto 'erga omnes' además del crédito cartular, también como consecuencia del principio de accesoriedad de la hipoteca, aún cuando el endosatario omita la anotación a que refiere el art. 2843, se quita a la anotación función constitutiva. De ello se sigue que el nuevo titular de la hipoteca está determinado 'propter rem' (endosatario) y que los efectos negativos de la falta de anotación no operan en daño del endosatario que no cuida de la anotación. La presencia del art. 2887 garantiza que el conservador de los registros inmobiliarios no puede cancelar la hipoteca sin que se le exhiba la cambial hipotecaria y de ésta resultará quien es su poseedor actual, el cual solamente tiene el derecho de asentar la cancelación. Sin embargo, a cualquier efecto que no sea la accesoriedad y el medio de circulación, la hipoteca queda regulada por el título que la constituye; en otras palabras, las cláusulas reguladoras de la hipoteca no adquieren carácter de literalidad en cuanto no resulten del título y por consiguiente el acreedor cambiario (e hipotecario) no puede valerse de la hipoteca, sino en términos y eventuales límites y con los presupuestos que el artículo constitutivo le imprime.

El acto por el cual se autoriza la cancelación de la hipoteca concedida en garantía de la letra de cambio debe ser presentado al conservador (registrador de la propiedad) juntamente con el título sobre el cual se anotará por el conservador la cancelación. La cancelación de la hipoteca accesoria de la cambial importa la pérdida del derecho de regreso contra los endosantes anteriores a la cancelación.

Normalmente la cambial (pagaré) hipotecaria es librada por el emitente que concede al mismo tiempo hipoteca, pero no se excluye que en la práctica, aunque sea raro, la concesión de la hipoteca tenga lugar por obra del girado aceptante. Se ha planteado la cuestión de si en caso de renovación de cambial hipotecaria es necesaria la anotación de la hipoteca sobre la cambial de renovación por parte del conservador de los registros inmobiliarios, resolviéndose en sentido negativo por cuanto la renovación de la cambial importa la novación de la obligación cambiaria, basta la declaración del emitente de que la cambial constituye renovación de otra anterior y está garantizada por hipoteca.

Por su parte Giuseppe Ferri en el trabajo antes referido, establece que la cambial hipotecaria entra en la categoría de las garantías cambiarias y se caracteriza porque la garantía del crédito cambiario está constituida por una hipoteca inscrita sobre inmuebles o bienes muebles registrables. El art. 2831 del C.C. prevé expresamente que las obligaciones resultantes de los títulos de crédito a la orden o al portador pueden ser garantizados con hipoteca. Para salvar la exigencia de la determinación del crédito y de la persona del acreedor propia de la hipoteca, prevé la ley, que la inscripción de la hipoteca siga a nombre del actual poseedor de la cambial y que se deje constancia de la inscripción de la hipoteca sobre la cambial por el conservador del registro inmobiliario. Efectuada la inscripción de la hipoteca y la anotación en el título, la circulación de la cambial importará también la de la garantía hipotecaria sin necesidad de ulteriores anotaciones.

Uría, en la obra citada, señala que el contrato por el cual se afectan especialmente bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre ellos en garantía del cumplimiento de una obligación dineraria no está recogido en el Código de Comercio pero la realidad ha demostrado la conveniencia de facilitar la constitución de especiales hipotecas en garantía de obligaciones mercantiles mediante un sistema más flexible que el ordinario adecuado a las necesidades del comercio. Nacieron así determinados tipos de hipotecas que por su directa vinculación con el tráfico mercantil y por satisfacer exigencias del mismo pueden denominarse mercantiles. Así destaca la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito regulada por el art. 153 de la Ley Hipotecaria que se constituye para responder del saldo definitivo que al cierre o vencimiento arroje la cuenta contra el tomador del crédito. Se trata según el autor de una hipoteca de máximo porque se constituye por una cantidad máxima, que habrá de ser fijada en la escritura y en garantía de un crédito (saldo de cuenta) indeterminado al menos en su cuantía.

La hipoteca en garantía de títulos endosables o al portador ofrece, frente a la ordinaria, la especial característica de garantizar créditos con titular indeterminado a causa de la fácil circulación de los títulos a la orden o al portador (arts. 154-156 Ley Hipotecaria) lo que produce como consecuencia que la hipoteca se constituye unilateralmente, sin el concurso del futuro e indeterminado acreedor, y no designa individualmente al acreedor o titular de la hipoteca y se constituye a favor de los tenedores presentes o futuros de los títulos. La escritura habrá de determinar, en cambio, cuantas circunstancias sirvan para individualizar y

determinar las condiciones de los títulos (número, serie, fecha de emisión, plazo, etc.).

Para Francisco Vicent Chuliá en la obra citada el reconocimiento de la posibilidad de constituir hipoteca sobre bienes inmuebles en garantía del pago de una letra de cambio fue un proceso difícil porque la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 había excluido en el terreno de la ciencia la hipoteca en garantía de títulos transmisibles mediante endoso porque sólo contempla la de títulos obligacionales y lógicamente se refiere a su doble matriz, su numeración en serie, etc.; y la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento solo contempla la hipoteca sobre tales bienes. No obstante la Dirección de Registros ha admitido tal figura.

La formalización de la hipoteca cambiaria se hace mediante autorización por el Notario de la escritura de hipoteca, en la que se describen la o las letras de cambio garantizadas, que han de ser completas y endosables, y en su caso, se pacta la manera de extender la garantía a las letras de renovación que puedan emitirse en su día. Además en el cuerpo de la letra o en un suplemento pegado a la misma el Notario hace constar los datos de la constitución de hipoteca, la extensión de la hipoteca a las letras de renovación deberá hacerse en acta notarial. Por el contrario si no se previó en la escritura de constitución, al ser nuevas letras será necesario otorgar nueva escritura de hipoteca.

En cuanto a los efectos de la hipoteca cambiaria es claro que consisten en afectar los bienes hipotecados al pago del importe de la letra más gastos e intereses, lo que supone una ventaja con respecto a la letra normal, en que sólo puede instarse embargo de bienes a partir de su vencimiento y su impago.

Héctor Cámara en «Letra de Cambio y pagaré con garantía hipotecaria» (Cuadernos Notariales 55-Universidad Notarial Argentina-1968) expresa que el derecho comparado admite expresamente las letras de cambio y pagarés hipotecarios y aún cuando los cuerpos legales de varios países ignoran el instituto, la doctrina recepta esta garantía extracartular. En ese sentido cita a Margarinos Torres («Nota promissoria») quien acepta que la obligación cambiaria puede ser garantizada con hipoteca a pesar de que el régimen legal de Brasil guarde silencio. España regula la hipoteca de máximo en garantía del descuento de letras durante un cierto plazo. En México, la ley establece que la transmisión del título de crédito implica el traspaso del derecho principal así como de las garantías y demás derechos accesorios (art. 18) entre los cuales comprende la hipoteca. La ley belga del 20/5/1872 se refiere 'in terminis' a «la transmisión de las garantías hipotecarias de los billetes de cambio» (art. 26). En Alemania se recoge la hipoteca de seguridad en garantía del crédito derivado de una obligación al portador, de una letra de cambio o de otro título que puede transmitirse por endoso; la hipoteca vale como hipoteca de seguridad aunque en el Registro no esté configurada como tal. En cuanto a Francia, cita a Planiol y Ripert quienes expresan que como el título constitutivo de la hipoteca podía otorgarse válidamente por simple legalización sin el nombre del acreedor, la jurisprudencia ha admitido que la obligación hipotecaria puede ir con la cláusula a la orden, transmisible por simple endoso, como un efecto de comercio, transmitiéndose conjuntamente crédito y garantía real. Mas aún, la primera copia podría ser al portador con mayor facilidad para la circulación. Esta hipoteca a la orden o al portador fue reconocida por las leyes fiscales hasta que el Decreto-Ley del 14/10/55 regló el crédito hipotecario obrante en títulos negociables confiriendo seguridad a la operación. El Código Civil italiano es quizás el que mayor atención ha prestado al tema declarando en el art. 2831 que las obligaciones resultantes de los títulos a la orden o al portador pueden ser garantizadas con hipoteca. El Código Civil de Honduras faculta la hipoteca para garantizar los derechos de los tenedores de los títulos valores.

En Argentina, la legislación admite los títulos valores a la orden con garantía hipotecaria. El art. 5 de la Ley 8867 disciplina los debentures con garantía especial consistente en uno o varios inmuebles determinados de la S.A. aunque éstos requieren todas las exigencias para la constitución de hipotecas y se tomará razón de ello en el Registro General Inmobiliario. Conforme al art. 1359 del C. de Com., el contrato de hipoteca normal, después de registrado podría transmitirse por medio de endosos que importarán transferencia del derecho hipotecario. En verdad no se transmite el derecho hipotecario que constituye un accesorio de la obligación caucionada sino el crédito garantizado siempre que se haya concebido a la orden. Además, un poco incidentalmente y entremezclando conceptos el Código Civil en su art. 3202, en materia de cancelación de hipoteca, alude a aquella cuya deuda debe pagarse en distintos plazos y se han dado al efecto letras o pagarés, estos documentos y sus renovaciones deben ser firmados por el anotador de hipotecas para ser tomadas en cuenta del crédito hipotecario, y con ellas, el deudor o un tercero, cuando estuvieren pagados en su totalidad, puede solicitar la cancelación de la hipoteca. El anotador de hipotecas debe mencionar la fecha del acto de donde derivan los instrumentos.

Destaca el autor que la orfandad legislativa no ha obstado para que el crédito hipotecario se movilizara en pagarés. La deficiente normativa legal ha determinado alguna vacilación en los intérpretes y decisiones judiciales que es menester superar, aunque la adaptación no sea nunca completa pues en la hipoteca se deben reflejar forzosamente las características del título que garantiza.

Señala Cámara que las diferencias existentes entre el pagaré y la letra en cuanto a que en ésta el librador y los endosantes se obligan a hacer pagar por un tercero- girado- mientras en el primero, el suscriptor se obliga en forma directa y principal a satisfacer la prestación, determinan que en la vida negocial se vea el pagaré hipotecario exclusivamente pero nada impide asegurar la letra de cambio con hipoteca.

En cuanto a los requisitos formales de la hipoteca cambiaria expresa que deben conjugarse las solemnidades de los títulos valores con las del derecho inmobiliario para la existencia de los pagarés hipotecarios discriminando ambos aspectos. Las formalidades del título valor son las establecidas en los arts. 1 y 101 del Dec.-Ley 5965/63 con las salvedades de los arts. 2 y 102 del mismo estatuto. Los documentos deben estar suscritos, no exigiéndose que se redacten ante notario ni la autenticación de firmas, conteniendo el reflejo registral «para ser tomados en cuenta del crédito hipotecario» (art. 3202 C.C.). La constitución del derecho real de hipoteca se otorga en seguridad de un crédito en dinero cuyos inmuebles continúan en poder del deudor (art. 3108 C.C.). Los elementos esenciales son tres: el crédito, el titular del derecho y los bienes afectados, todo lo cual debe delimitarse perfectamente en interés de las partes y terceros. El sistema argentino sólo permite la hipoteca convencional (art. 3115 C.C.), constituyéndola el deudor o un tercero (caución real 3121 C.C.) prestando el 'creditoris' su conformidad en el mismo acto o posteriormente con efecto retroactivo, al día mismo de la constitución (art. 3130 C.C.). El acto constitutivo es solemne, labrándose en escritura pública con los requisitos del art. 3131 C.C. e inscripta dentro de los 6 días para su eficacia contra terceros desde el otorgamiento (art. 3157 C.C.). Este documento perfilará nítidamente los datos enunciados- elementos personales, crédito garantizado y bien gravado- pero el acreedor 'ab origine' fijado en el instrumento resta en definitiva indeterminado al librarse los pagarés facilitando la negociación del crédito. En primer lugar debe contener conforme al art. 3131 del C.C. el nombre, domicilio del deudor y del acreedor. En segundo lugar la fecha y naturaleza del contrato al que accede; la hipoteca necesita una relación jurídica antecedente, soporte indispensable, presupuesto lógico aunque no cronológico. La especialidad del gravamen real exige la identificación del derecho caucionado transcribiendo 'ped ad literam' las obligaciones cambiarias. Es indudable que la reproducción de los pagarés o individualización de los elementos esenciales otorgan la certeza necesaria entre el derecho y el gravamen real.

Respecto de la posibilidad de que pueda otorgarse en garantía del endosante del pagaré, estima el profesor que, la seguridad real como accesoria necesita una obligación principal que puede ser tanto del librador como de cualquiera de los responsables cambiarios; en esa hipótesis si el portador cobra el importe del suscriptor del pagaré desaparece la hipoteca al extinguirse la obligación del endosante.

Se cuestiona asimismo si en la escritura de hipoteca debe detallarse la relación fundamental, concluyendo que no, porque el objeto caucionado son los títulos valores y no el contrato por ejemplo de mutuo, por ende si sólo alude al 'rapporto sottostante', el gravamen no beneficia a los portadores de aquellas sino al titular de la acción causal (art. 61 Dec.- Ley 5965/63).

Con relación a la posibilidad de que el gravamen real garantice conjuntamente los pagarés y el contrato de mutuo, entiende que de esa forma se roza el principio de especialidad del crédito garantizado aunque en definitiva tienen el mismo origen, por otra parte extinguido el nexo cartular también se opera el de la relación fundamental.

Debe constar asimismo la situación de la finca y sus linderos, y si fuere rural, el distrito y si urbano, la ciudad, villa y calle. La delimitación topográfica precisa de los inmuebles gravados también constituye registro esencial de la hipoteca cuya identificación no puede generar vacilaciones so pena de nulidad. También debe establecerse la cantidad cierta de la deuda, este dato surge del pagaré o pagarés. No hay inconveniente en que la hipoteca garantice parcialmente el importe de los títulos valores, ello constará expresamente en la escritura pública y la anotación del registrador sobre los pagarés.

Además de tales exigencias formales señala el autor que pueden agregarse otras estipulaciones conforme al art. 1197 C.C.. Según el sistema legal argentino no es necesario que el acreedor suscriba la escritura de hipoteca rozando la convencionalidad de ese derecho real de no haber simultaneidad en la manifestación de voluntad (art. 3130 C.C.). Ello puede efectuarse en forma expresa (escritura pública o acto supletorio-art. 984 C.C.-) o tácitamente (918 C.C.) cuando exige la suscripción de aquella o la entrega de los títulos de crédito anotados, etc.. Señala que para Roca Sastre esta hipoteca es unilateral no requiriendo la aceptación del acreedor para su perfección, conclusión teóricamente correcta pero no ajustada al derecho argentino, según Cámara.

Siguiendo el derecho francés entiende conveniente el autor que los títulos de crédito sean autenticados por notario.

Asimismo cuando la hipoteca garantiza conjuntamente la relación fundamental y los pagarés aquélla queda inmovilizada, no puede transferirse ni éstos. Si la garantía hipotecaria se otorga para el negocio

subyacente no pueden luego emitirse pagarés hipotecarios movilizándolo aquél, la obligación caucionada sería diversa contrariando el principio de especialidad. Para ello es necesario dejar sin efecto el primer gravamen y constituir otro sobre la nueva obligación abstracta, cuya eficacia no podrá retrotraerse a la fecha de la primitiva.

En cuanto a la pluralidad de pagarés hipotecarios está autorizada la ejecución individual por los titulares sin afectar la unidad de la obligación.

La toma de razón en el Registro tornando visible el gravamen es indispensable para la oponibilidad frente a terceros (art. 3135 C.C.) como señaló Vélez Sársfield siguiendo a Freitas. La inscripción debe hacerse dentro de los seis días del otorgamiento para obrar desde su fecha. Nada obsta su prestación posterior pero con efectos desde la anotación (art. 3156 C.C.), mientras no se haya extinguido la obligación principal.

Están habilitados a solicitar el registro las personas mencionadas por el art. 3140 C.C., incluyendo el tomador y endosatarios de los pagarés en caso de haberse transferido (inc.2º). No es necesario a ese efecto la autenticación de las firmas de los endosantes. Debe presentarse la primera copia de escritura (art. 3128 C.C.) y los pagarés suscritos por el librador, en caso que la hipoteca la constituya un tercero no firmará los títulos de crédito porque no es deudor cambiario sino tercero.

La escritura hipotecaria se inscribirá en el oficio respectivo- art. 3129 C.C.- y en los pagarés» el anotador de hipotecas los suscribirá para ser tomados en cuenta del crédito hipotecario», «mencionando la fecha del acto de donde se derivan» -art. 3202 C.C.- en armonía con la literalidad y completividad del título de crédito quedará en el registro detalle de los pagarés hipotecarios.

Se cuestiona si puede demandarse la anotación de la escritura de hipoteca sin presentar los títulos valores detallados en la misma. La ley guarda silencio, y el autor responde afirmativamente porque nada impide acompañar después éstas para gozar de la garantía. Lo contrario no corresponde, es decir la presentación de los documentos sin la escritura hipotecaria.

En definitiva, dice el autor que, hay vale o pagaré hipotecario cuando se formaliza el contrato respectivo de garantía inscripto en el registro inmobiliario cuyo anotador dejará constancia de la seguridad extracartular sobre los títulos valores. Estos documentos son títulos de crédito -literalidad y autonomía del derecho y función de legitimación del documento- formales y abstractos aunque mencionen la causa de su emisión o transferencia. Sin embargo una de las notas queda algo desdibujada, la literalidad, no en cuanto al derecho, sino en cuanto a la garantía- elemento extracartáceo- porque no reproduce integralmente las cláusulas del contrato hipotecario al cual solo remite concretamente. Aunque este carácter no aparezca evidente y perfecto como en los otros títulos de crédito, no es menos cierto que esa referencia a convenciones que consten en el título, pero que son perfecta y fácilmente individualizables impide que los derechos y obligaciones que regulan las relaciones de los interesados sea de difícil o dudosa determinación; en verdad se trata de un título meramente literal en cuanto a la garantía accesoria, complementado por otro documento público registrado y de fácil identificación.

En punto a la circulación, la cambial hipotecaria circula por el endoso transmitiendo todos los derechos resultantes del título valor (art. 15 Dec-Ley 5965/63) entre los cuales está la seguridad real consignada por el anotador de hipotecas; no interesa que el endoso designe el nombre del endosatario, lleva la simple firma del endosante o sea al portador considerado como endoso en blanco. Todo ello de acuerdo al art. 1458 C.C. que establece que la cesión comprende, aunque sea bajo firma privada, todos los derechos accesorios como la fianza, hipoteca o prenda. El endoso transmite el gravamen real sin notificación del deudor hipotecario cedido o la aceptación del traspaso por éste, conforme al art. 1459 C.C.. Tampoco se anota la transmisión en el registro inmobiliario; como manda el art. 24 del Dec.-Ley 15348-46 (Ley 12962) sobre prenda con registro para el certificado prendario: el contrato prendario inscripto es transmisible por endoso y el endoso debe ser inscripto en el registro para producir efectos frente a terceros. La solución es lógica desde que la transmisión del derecho creditorio comprende todos sus accesorios- 'accessorium sequitur principale'- . Esta posición propugnada por la doctrina italiana, fue resistida por los juristas franceses porque el endoso sólo transfiere derechos personales y mobiliarios pero no los derechos inmobiliarios, posición conectada con las publicidad de los inmuebles; de ahí concluyen la imposibilidad de transmitir por endoso la garantía hipotecaria.

Según Cámara, el traspaso del crédito principal incluye lo accesorio cualquiera sea la naturaleza debiendo seguir su suerte. Se ha argüido que la transmisión de la hipoteca por endoso imposibilitaría la cancelación del gravamen por el tercero adquirente, al ignorar el o los titulares del crédito y su domicilio; este argumento no es válido ya que se prevé el pago por consignación. En definitiva, el endoso del pagaré hipotecario transfiere el derecho cartular con la garantía real como entiende la doctrina y jurisprudencia argentina salvo alguna opinión aislada.

Raymundo L. Fernández en el artículo citado, refiere a los pagarés y letras con garantía real como

a los pagarés o letras de cambio emitidos conforme a las disposiciones de la ley cambiaria (Dec.-Ley 5965/63) a los que se agrega una garantía real (hipoteca o prenda) según la naturaleza de los bienes. Destaca que dichos documentos han provocado vacilaciones desde el punto de vista jurídico en cuanto a su validez y efectos ya que en ellos aparecen reunidos dos sistemas jurídicos disímiles: el cambiario, netamente comercial, con su rígido régimen legal específico, y la garantía real, con regulación en el Código Civil (la hipoteca) o en el ley de prenda con registro.

Señala el autor que existen diversos criterios jurisprudenciales y doctrinarios al respecto que van desde los que los consideran completamente ilegales a los que no serían aplicables los preceptos de la ley cambiaria y se regirían por las normas reguladoras de la hipoteca y la cesión de créditos, a los que reconocen plena validez, pero discrepan en sus conclusiones porque confieren preeminencia al régimen cambiario, comercial, sobre el hipotecario o prendario civil o a la inversa. Para el autor el punto de partida debe ser que la obligación cambiaria es lo principal y su garantía real lo accesorio y conforme al criterio tradicional, lo accesorio sigue a lo principal y no a la inversa.

Expresa que en el derecho argentino no existe regulación legal sobre el tema. La única disposición legal que hace referencia a estos títulos es la contenida en el art. 3202 del C.C., pero, en opinión del autor, este reconocimiento un tanto incidental de la validez de estos títulos si bien debe tenerse en cuenta para deducir que su legitimidad no puede desconocerse, no significa que el intérprete deba encontrarse limitado por los exigüos términos del texto legal, sino por el contrario que, partiendo de esta base procede desarrollar toda una construcción jurídica conforme al conjunto de la legislación- especialmente cambiaria- y civil, para determinar la solución que corresponde en los distintos casos, teniendo en cuenta, como principal norma directriz, la conveniencia general de acordar plena validez a esta norma operativa y al importantísimo rol que desempeña en el mundo de los negocios.

Pueden garantizarse con hipoteca o prenda con registro las letras de cambio o pagarés de todo tipo porque, conforme a la naturaleza y finalidad de estos documentos y a las normas específicas que los gobiernan, en lo principal (la obligación) y lo accesorio (la garantía real), no hay inconveniente legal ni doctrinario para que así sea, ni pueden establecerse limitaciones sobre la base del art. 3202 C.C. que regla sólo el caso especial que menciona, precepto que, si puede esgrimirse como argumento en favor de la admisibilidad y legalidad del sistema de los documentos garantizados de que tratamos, no constituye la única base para su construcción jurídica ni pueden fundarse en el mismo exclusiones o limitaciones. Por eso, aunque el referido art. 3202 habla de diferentes plazos no hay duda de que puede tratarse de un solo documento o varios con idéntico vencimiento,

La letra de cambio o el pagaré no necesitan en el derecho argentino estar concebidos a la orden para que puedan transmitirse por endoso, para que ello no ocurra deben contener la expresión «no a la orden», pero esta circunstancia no es óbice para que se lo garantice con hipoteca o prenda pues si bien para su transmisión debe recurrirse a la cesión de créditos, puede resultar beneficioso al acreedor la división de la deuda en cuotas. Están excluidos de este régimen los cheques, por su naturaleza de pagaderos a la vista y los documentos al portador.

En cuanto al alcance de la garantía señala el autor que las partes pueden convenir que la garantía cubra sólo el negocio subyacente o los documentos cambiarios o ambos a la vez. De los alcances de la garantía dependerán los derechos del tenedor.

Respecto del crédito la garantía se otorga generalmente para cubrir el importe total del documento pero puede limitarse a una parte del mismo. También puede limitarse a determinadas personas.

Los documentos que se garantizan con la hipoteca deben existir al momento de celebrarse la escritura, según el texto del art. 3202 C.C., y como emerge asimismo del principio de especialidad de la garantía hipotecaria que consagra nuestro derecho: no podrán garantizarse documentos futuros, vale decir, a crearse con posterioridad a la escritura, si en la escritura sólo se menciona el negocio causal, el monto de la deuda y los plazos para su pago pero no se indican, individualizándolos en forma precisa, los documentos garantizados, éstos no podrán crearse con posterioridad pretendiendo la autenticación de firmas por el notario y su inscripción en el registro; en tal supuesto deberá celebrarse nueva escritura pública cancelando la hipoteca y constituyendo una nueva, con especificación de los documentos que garantiza y cuyo efecto frente a terceros sólo regirá desde su fecha. Los documentos, como es obvio, deben ser completos, contener todos los datos que exige la ley cambiaria, no pueden dejarse claros o contener solo referencia a actuaciones futuras.

Por lo general la hipoteca proviene del librador de los documentos, pero, nada obsta que la otorgue un tercero en escritura que no se refiera al contrato originario entre deudor y acreedor y únicamente mencione los documentos garantizados. Tampoco existe óbice legal ni doctrinario para que, cualquiera de los obligados cambiarios, fuera del librador otorgue hipoteca en garantía de los documentos la cual sólo podrá cancelarse cuando se produzca el pago.

La hipoteca debe cumplir los requisitos de los arts. 3130, 3131 y 1035 C.C. La escritura constitutiva del gravamen debe inscribirse dentro de los seis días siguientes en el Registro de Hipotecas, sólo así será oponible a terceros desde esa fecha. Respecto de los documentos garantizados, el Escribano los acompañará con la escritura para que el encargado del registro los suscriba - requisito indispensable para que gocen de la garantía hipotecaria conforme al art. 3202 C.C.-

En forma coincidente con Cámara sostiene que, en cuanto a la circulación, en el derecho argentino, el endoso del documento cambiario transmite «todos los derechos resultantes» del mismo (art. 15, 1er. párrafo ley cambiaria) vale decir que, tratándose de los títulos que nos ocupan, transmite incluso la garantía hipotecaria y con todas las cláusulas contenidas en la respectiva escritura, si bien en el documento sólo debe constar la anotación sintética de la escritura sobre la existencia de la garantía, sin entrar en detalles que desvirtuarían el carácter literal, autónomo y abstracto del documento. Dichos efectos se producen sin necesidad de cumplir requisito alguno, notificación a los deudores cedidos (librador, endosantes) ni anotación del endoso en el Registro de Hipotecas como nota marginal. El derecho del endosatario a pedir la anotación marginal del endoso, no está expresamente establecido en disposición legal alguna, pero resulta indiscutible dentro del régimen de los documentos de que se trata dado que no sólo lo beneficia a él sino también al deudor y endosantes.

En punto a la cancelación, la misma puede ser solicitada directamente al Registro por el deudor o cualquier interesado, por ejemplo un acreedor hipotecario de rango inferior o el tercero poseedor del inmueble gravado. Para obtener la cancelación basta con la presentación por el solicitante de todos los documentos conteniendo la constancia de pago sin que pueda exigirse por el Registro escritura pública o atestación de pago en los documentos por notario, tampoco puede exigir el registrador que se pruebe la autenticidad de los endosos.

Con relación a la prescripción de la acción cambiaria señala el autor que si los documentos fueron negociados la prescripción de la acción cambiaria que corresponde a los mismos (art. 848 C. de Com.) trae como consecuencia la extinción de la hipoteca en razón de su carácter accesorio.

Luis Muñoz, en la obra citada, señala que a tenor del art. 3202 del C.C. las letras de cambio y pagarés, títulos de valor de contenido crediticio de dinero pueden garantizarse con hipoteca aunque lleven la cláusula no a la orden, no así los cheques (posteriormente la ley argentina admitió los cheques de pago diferido).

Aclara el autor que si bien se dice que la hipoteca en el derecho argentino es convencional (3115 C.C.), no debe confundirse convención con contrato; el deudor o un tercero la constituye con la conformidad del acreedor en ese acto o ulteriormente con efecto retroactivo al día mismo de la constitución (arts. 3121 y 3130). El acto de la constitución es solemne pues la garantía real debe constar en escritura pública e inscribirse en el registro dentro de los seis días del otorgamiento para la eficacia frente a terceros (inscripción constitutiva del derecho real de garantía).

No debe reseñarse la relación fundamental o subyacente del título valor pues éste es el objeto de la garantía real.

La hipoteca puede limitarse a favor de ciertos tenedores legitimados del título valor y por consiguiente excluirse otros.

Conforme al art. 3202 C.C. si la deuda por la cual la hipoteca ha sido dada debe pagarse en diferentes plazos y se han dado al efecto letras o pagarés, estos documentos y sus renovaciones deben ser firmados por el anotador de hipotecas para ser tomados en cuenta del crédito hipotecario y con ellos, el deudor o un tercero cuanto estuvieren pagados en su totalidad solicitar la cancelación de hipoteca.

Puede garantizarse la cambial a cargo del propio librador mas no la emitida a favor del librador, puesto que la hipoteca, derecho real, se constituye mediante el contrato de hipoteca y en derecho argentino se dice que es convencional. Sin embargo, el art. 3130 C.C. permite la aceptación posterior de la hipoteca por el acreedor, lo que hace suponer la promesa de hipoteca con eficacia desde la aceptación, pudiendo darse la promesa aceptada de hipoteca o el contrato de hipoteca 'in itinere' o la conversión de un negocio jurídico en otro.

Atento a que los títulos valores a la vista y a determinado tiempo de la vista carecen de vencimiento cierto no se utilizan con fines de garantía real.

En cuanto a los requisitos de la escritura también coincide con los autores antes citados.

Cuando la hipoteca garantiza conjuntamente la relación fundamental y los pagarés, aquélla queda inmovilizada no pudiendo transferirse salvo acompañando éstos.

Trasmitiendo el crédito con los pagarés, el cesionario podrá accionar en base a la relación fundamental, aún sin protesto previo, el cesionario dispone de la acción cartular y la causal. Empero la relación fundamental no es ni la causa-fuente ni la causa-función de los títulos valores aunque los mismos traigan causa de la

relación fundamental. Tampoco cree en la convención ejecutiva. He ahí porqué si la garantía se confiere para el negocio subyacente-mutuo, etc.- no podrán luego emitirse títulos valores para movilizar dicho crédito. Con Cámara advierte que será necesario constituir otro gravamen sobre la nueva obligación abstracta. Tampoco es causa fuente ni función de los títulos valores el contrato de hipoteca, pues su función es reforzar la relación o negocio fundamental garantizado con la hipoteca, y la causa fuente de los títulos valores, es la declaración unilateral de contenido volitivo vinculante creadora del título valor que se garantiza con hipoteca.

Los títulos valores a la orden (cambial y pagaré) circulan por endoso lo que puede acontecer con la letra de cambio hipotecaria por ejemplo por medio del endoso y la entrega del título valor se transmiten los derechos incorporados y obligaciones correlativas y el gravamen, sin necesidad de notificar al deudor ni que éste acepte el traspaso. No se anota la transmisión de la hipoteca en el Registro.

El título valor a la orden con garantía real confiere al tenedor legitimado los derechos cambiarios propios del título y la garantía real para el cobro en caso de que no sea pagado al vencimiento. Es tenedor legitimado aquel que porta el título como consecuencia de una serie regular de endosos aunque el título sea en blanco; también son titulares a esos efectos el endosatario en procuración, en garantía, el deudor de regreso que pagó y quien pagó por intervención. El tenedor legitimado tiene acción ejecutiva contra los obligados que responden solidariamente, de suerte que no tiene porqué perseguir en primer lugar el bien dado en garantía real y puede utilizar los recursos judiciales y extrajudiciales como acreedor cambiario, naturalmente que observando la norma jurídica que le impone deberes y cargas. Puede cobrar anticipadamente el título en caso de cesación de pago del girado, haya o no aceptado, o en caso de resultar infructuoso el embargo de sus bienes. Pero no puede ejercitar la acción de regreso sino después de haber presentado la letra al girado para su pago y de haber efectuado el protesto (art. 48).

La hipoteca de los títulos valores, como derecho real de garantía se extingue a tenor de las normas del C.C. (art. 3187) y las causas de extinción pueden ser directas o indirectas. Por las primeras la hipoteca se extingue, pero no la obligación cartular, así acontece cuando el acreedor demanda la cancelación de la hipoteca inclusive aunque no se haya pagado el título valor garantizado ya que el portador puede renunciar a su derecho. Otras causas directas son la pérdida total o parcial de la cosa hipotecada, remate judicial o por el transcurso de 20 años.

Consecuencia de la accesoriedad es que la hipoteca se extingue cuando el negocio principal y por razón de subsidiariedad al extinguirse la obligación principal le acontece lo mismo a la garantía real. En cuanto a la distinción entre accesorio y subsidiario, enseña el autor que, el contrato de hipoteca es accesorio del negocio jurídico unilateral cambiario y el derecho real de garantía es subsidiario de la obligación cartular incorporada al título valor. De ahí que, una vez pagado el título valor, el deudor o un tercero, puede solicitar la cancelación de la hipoteca debiendo presentarse todos los títulos al Registrador de Hipotecas. A tenor del art. 3196 C.C. debe cancelarse la hipoteca aún cuando no se presenten los títulos valores en los casos de venta en remate público.

Pablo C. Barbieri en el trabajo citado adhiere a la posición mayoritaria señalando con referencia a los pagarés hipotecarios que los mismos fueron previstos en el art. 3202 del Código de Vélez Sársfield y han adquirido caracteres propios en la práctica comercial. Expresa que dicha norma contempla la posibilidad de emitir letras o pagarés en documentación de una deuda garantizada por hipoteca. Indica asimismo la necesidad de registrarlos ante el anotador de hipotecas - actualmente Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente al lugar de ubicación del inmueble gravado- y permite la cancelación de la anotación hipotecaria cuando dichos títulos estuvieren pagados en su totalidad. La obligación se instrumenta en dos documentos diferentes: la escritura de constitución de hipoteca y los pagarés emitidos en consecuencia con los que documentan los diferentes vencimientos y fechas de pago. La escritura hipotecaria es un instrumento público y como tal debe cumplir con todos los requisitos exigidos por los arts. 1001 y cc. del C.C.. Asimismo deberá distinguir con claridad la garantía hipotecaria de lo efectivamente garantizado. La peculiaridad radica en que la escritura debe describir y especificar los pagarés que se emiten, indicando íntegramente su contenido, las fechas de vencimiento, los montos y la cantidad y numeración de los documentos creados. Además de los requisitos exigidos por el Decreto -Ley 5965/63, los pagarés emitidos como consecuencia de la garantía hipotecaria acordada deben tener especificados con claridad el número y fecha de la escritura de constitución de la garantía, el inmueble gravado y la cantidad de pagarés garantizados junto con los datos del Escribano interviniente.

Señala que normalmente los datos son colocados por el propio Escribano que realiza la hipoteca al dorso del documento mediante una atestación notarial que culmina con la firma y sello del Escribano.

Asimismo que desde antaño se discutió en doctrina si el título emitido como consecuencia de una hipoteca

seguía reuniendo los caracteres propios de todos los títulos circulatorios o si el hecho de ser garantizado con una obligación real modificaba dichos principios básicos. El planteo surgió como consecuencia de intentar distinguir si en la relación pagaré-hipoteca la obligación principal era la cartular siendo accesoria la garantía hipotecaria, o si el derecho real adquiriría entidad suficiente como para revestir tal carácter conllevando la accesoriadad del pagaré. Estima el autor que la solución correcta debe ser la primera desde que el hecho de que se refuerce una obligación cartular con una garantía real no quita al pagaré su carácter de documento principal. En verdad, la única función que cumple la hipoteca es ampliar la garantía personal propia de los distintos obligados cambiarios dotando al portador legitimado del documento de la posibilidad de cobrarse sobre el producto del bien gravado en caso de incumplimiento de pago, pero no más. La obligación contenida en el pagaré hipotecario es doble: por un lado, la principal de abonar una suma determinada de dinero; por el otro, la accesoria para garantizar su cumplimiento con una garantía real. A tal punto que el portador legitimado no necesariamente debe proceder a ejecutar la hipoteca con la que se garantiza el documento ni está obligado de manera indefectible a hacerlo. Como corolario, el pagaré hipotecario sigue reuniendo los caracteres propios de los títulos de crédito y por ende también la abstracción, permitiéndose su negociación y circulación en forma normal. Hasta en ciertos casos favoreciéndole dado que el endosatario del título- portador legitimado -refuerza sus posibilidades de cobro mediante garantía hipotecaria.

Recientemente en la República Argentina se sancionó la ley 24441 que en sus arts. 35- 49 regula el régimen de las letras hipotecarias como títulos valores con garantía hipotecaria. El art. 35 establece que las letras hipotecarias son títulos valores con garantía hipotecaria y, conforme al art. 36, la emisión de letras hipotecarias sólo puede corresponder a hipotecas de primer grado y estar consentida expresamente en el acto de constitución de la hipoteca.

El 37 dispone que la emisión de letras hipotecarias extingue por novación la obligación que era garantizada por la hipoteca.

El 38 edicta que la emisión de letras hipotecarias no impide al deudor transmitir el dominio del inmueble; el nuevo propietario tendrá los derechos y obligaciones del tercer poseedor de cosa hipotecada. La locación convenida con posterioridad a la constitución de la hipoteca será inoponible a quienes adquieran derechos sobre la letra o sus cupones. El deudor o el tercero poseedor tienen la obligación de mantener la cosa asegurada contra incendio en las condiciones usuales de plaza; el incumplimiento causa la caducidad de los plazos previstos en la letra.

El art. 39 establece que las letras hipotecarias son emitidas por el deudor, e intervenidas por el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda a la jurisdicción donde se encuentre el inmueble hipotecado, en papel que asegure su inalterabilidad, bajo la firma del deudor, el escribano y un funcionario autorizado del registro, dejándose constancia de su emisión en el mismo asiento de la hipoteca. Las letras hipotecarias deberán contener las siguientes enunciaciones:

- a) Nombre del deudor y, en su caso, del propietario del inmueble hipotecado;
- b) Nombre del acreedor;
- c) Monto de la obligación incorporada a la letra, expresado en una cantidad determinada en moneda nacional o extranjera;
- d) Plazos y demás estipulaciones respecto del pago, con los respectivos cupones, salvo lo previsto en el artículo 41 para las letras susceptibles de amortizaciones variables;
- e) El lugar en el cual debe hacerse el pago;
- f) Tasa de interés compensatorio y punitorio;
- g) Ubicación del inmueble hipotecado y sus datos registrales y catastrales;
- h) Deberá prever la anotación de pagos de servicios de capital o renta o pagos parciales;
- i) La indicación expresa de que la tenencia de los cupones de capital e intereses acredita su pago, y que el acreedor se halla obligado a entregarlos y el deudor a requerirlos;
- j) Los demás que fijen las reglamentaciones que se dicten.

También se dejará constancia en las letras de las modificaciones que se convengan respecto del crédito, como las relativas a plazos de pago, tasas de interés, etcétera, las letras hipotecarias también podrán ser escriturales.

Conforme al art. 40 las letras hipotecarias se transmiten por endoso nominativo que se hará en el lugar habilitado para ello en el título, o en su prolongación; deberá constar el nombre del endosatario, quien podrá volver a transmitir el título bajo las mismas formas, y la fecha del endoso. No es necesaria notificación al deudor, y éste no podrá oponer al portador o endosatario las defensas que tuviere contra anteriores endosatarios o portadores del título salvo lo dispuesto en el artículo 42, in fine. El endoso de la letra hipotecaria es sin responsabilidad del endosante.

De acuerdo al art. 41 las letras hipotecarias tendrán cupones para instrumentar las cuotas de capital o servicios de intereses. Quien haga el pago tendrá derecho a que se le entregue el cupón correspondiente como único instrumento válido acreditativo. Si la letra fuera susceptible de amortización en cuotas variables podrá omitirse la emisión de cupones; en ese caso el deudor tendrá derecho a que los pagos parciales se anoten en el cuerpo de la letra, sin perjuicio de lo cual serán oponibles aun al tenedor de buena fe los pagos documentados que no se hubieren inscrito de esta manera.

Según el art. 42 el pago se hará en el lugar indicado en la letra. El lugar de pago podrá ser cambiado dentro de la misma ciudad, y sólo tendrá efecto a partir de su notificación al deudor.

El art. 43 dispone que verificados los recaudos previstos en el artículo precedente, la mora se producirá en forma automática al solo vencimiento, sin necesidad de interpelación alguna.

El art. 44 establece que el derecho real de hipoteca incorporado al título se rige por las disposiciones del Código Civil en materia de hipoteca.

Según el art. 45 el portador de la letra hipotecaria o de alguno de los cupones puede ejecutar el título por el procedimiento de ejecución especial previsto en el título IV de esta ley cuando así se hubiere convenido en el acto de constitución de la hipoteca. De ello deberá dejarse constancia en la letra y en los cupones.

Conforme a lo edictado por el art. 46, al título valor son subsidiariamente aplicables, en cuanto resulten compatibles, las reglas previstas por el decreto ley 5965/63 para la letra de cambio.

El art. 47 establece el plazo de prescripción de las acciones emanadas de las letras hipotecarias a los tres años contados desde la fecha del vencimiento de cada cuota de capital o interés.

En punto a la cancelación de la inscripción de la emisión de las letras, y por ende de la hipoteca, el art. 48 edicta que se podrá hacer a pedido del deudor mediante la presentación de las letras y cupones en su caso con constancia de haberse efectuado todos los pagos de capital e intereses. El certificado extendido por el juez tendrá el mismo valor que las letras y/o cupones a los efectos de su presentación para la cancelación de la hipoteca.

Finalmente el art. 49 dispone que las personas autorizadas a hacer oferta pública como fiduciarios o a administrar fondos comunes de inversión, podrán emitir títulos de participación que tengan como garantía letras hipotecarias o constituir fondos comunes con ellos, conforme las disposiciones reglamentarias que se dicten.

En nuestro país, antes de la sanción de la ley 16906 la doctrina no era unánime en cuanto a la admisibilidad de la hipoteca cambiaria.

Al respecto, Carlos y Roque Molla en «La hipoteca cambiaria un problema de lege ferenda» (Títulos Valores - Problemática vigente)- sostenían que, atento a que la hipoteca cambiaria es una hipoteca que está garantizando la relación fundamental o causal y un título valor que por definición es literal, autónomo, abstracto e independiente, no solamente la inexistencia de contrayente impedía la admisión de la misma en nuestro derecho; en efecto, la característica de abstracto del título valor inhibe su vinculación con el derecho real de hipoteca. Era imposible establecer una relación de dependencia, de accesoriedad, con un papel que no tiene, ni puede tener, por naturaleza, ninguna referencia en cuanto a su causa. Esta imposibilidad fue captada por los ordenamientos jurídicos extranjeros que, reforma legislativa mediante, aceptan la hipoteca cambiaria. Es así que en el acto de inscripción se exige una relación del documento al cual accede la hipoteca que permita individualizarlo y a la vez en cuanto al título, se le exige al notario que anote al dorso del mismo la constitución de la hipoteca.

Por otra parte, advertían los autores que el Dec-Ley 14701 en su art. 121 establecía taxativamente las menciones o cláusulas que pueden contener los vales, conformes o pagarés, por lo que toda referencia a situaciones jurídicas diversas a las por él enumeradas deberán tenerse por no puestas o en su caso entenderse que desnaturalizan el título valor y lo transforman en título ejecutivo común.

No obstante observaban en Uruguay la existencia de hipotecas que reconocen una relación base o causal a la que se agrega el libramiento por el deudor de un título valor, concluyendo que la hipoteca tendrá viabilidad si accede a la relación base o causal, mas si se estableció en garantía del título valor es inexistente. En efecto, el principio de especialidad que rige el sistema hipotecario atañe al crédito y al bien gravado. La especialidad referida al crédito determina la existencia de presupuestos: individualización del acreedor y la causa de la obligación. La hipoteca no puede acceder a un papel que por esencia es abstracto y circula solamente con el traslado material. Menos aún en nuestro derecho positivo en que por un lado se impone al registrador en el acto de inscripción de la hipoteca (constitutivo) la carga de asentar «la fecha y la naturaleza del contrato a que acceda la hipoteca y el archivo en que se encuentre» (C.C. art. 2334 num.2) y por otro se veda al librador del título valor asentar toda referencia al negocio causal (art. 121 dec.-ley 14701) por atentatoria principio de abstracción; consecuentemente no existe posibilidad jurídica de vincular un vale, pagaré o

conforme al negocio causal al que accede la hipoteca (préstamo, apertura de crédito, etc.) y menos aún si aquel es de fecha posterior al contrato de garantía: el título valor, al ser abstracto puede responder a aquella relación base asentada en la hipoteca o a cualquier otra que las partes puedan haber celebrado.

En el mismo sentido se pronunciaron Jorge Luis Elizalde y Myriam Porto Moreno en “La hipoteca cambiaria” (Revista del Instituto de Técnica Forense N° 5), entendiendo que no existía posibilidad jurídica de vincular una hipoteca de carácter general previa a créditos posteriores documentados por títulos valores que son abstractos, y consecuentemente, no están referidos a aquella hipoteca extendida en forma indeterminada. Sólo podría concebirse esa posibilidad efectuando una profunda reforma estructural del sistema hipotecario nacional. La hipoteca cambiaria o abierta, cada vez más habitualmente utilizada en el régimen bancario y aún en el parabancario nacional, consiste en el otorgamiento de una hipoteca de carácter general destinada a garantizar con tal derecho real todos los créditos que una institución determinada pueda otorgar en el futuro a la persona que la otorga, sin otros límites que los que el acreedor imponga al crédito, en consideración a la solvencia del deudor.

El art. 2322 del C.C. define a la hipoteca como un derecho de prenda constituido por convención y con las formalidades de la ley sobre determinados bienes raíces que no por eso dejan de permanecer en poder del deudor. Y el art. 2323 agrega que la hipoteca deberá otorgarse por escritura pública e inscribirse además en el Registro de Hipotecas sin cuyos requisitos no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde la inscripción.

Una hipoteca de esta naturaleza no podrá ser nunca objeto de inscripción por el Registro respectivo, porque el art. 2334 del C.C. exige entre las constancias que la inscripción de la hipoteca debe tener la «fecha y la naturaleza del contrato a que acceda la hipoteca y el archivo en que se encuentre» (num.2°) lo que no será posible si se tiene en cuenta que no accede a ningún contrato en especial ya existente sino a eventuales créditos futuros que aún no existen y «la suma determinada a que se extiende la hipoteca» (num.4°), lo que tampoco puede determinarse con precisión porque el crédito aún no fue concedido y no se sabe a cuánto ascenderá. Por lo tanto esa hipoteca que no puede ser inscripta carecerá de valor al faltarle uno de los requisitos de solemnidad. En consecuencia será inexistente y el derecho real que pretende consagrar no tendrá eficacia en forma alguna ni posibilitará la ejecución de esa hipoteca cuando se trate de obtener el reintegro de la suma prestada.

La generalidad, frente a la necesaria especialidad de la hipoteca, y la falta de relación entre la hipoteca y el crédito al que la misma accede, impide no sólo su inscripción sino también la admisión de las hipotecas cambiarias en nuestro derecho.

Agregan los autores asimismo que, si bien el art. 2326 inc.2° del C.C. establece que podrá otorgarse la hipoteca en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda, este artículo no puede interpretarse aisladamente sino de acuerdo al art. 2334 num.2 que exige la determinación de la fecha y la naturaleza del contrato a que acceda, al punto de que el art. 2326 también requiere que acceda a uno o más contratos porque en nuestro derecho la hipoteca es esencialmente, un contrato accesorio a una relación obligatoria cuyas características deben estar determinadas y no imprecisas.

Coadyuvaba con esta posición, el Dr. Sagunto Pérez Fontana en “Títulos Valores- obligaciones cartulares”, T. II, interpretando el art. 10 del Dec.-ley 14701 que edictaba que “la transmisión de un título valor implica no sólo la del derecho principal incorporado sino también la de los derechos accesorios” en el sentido que la expresión accesorios no se refería a las garantías extracambiarias sino que los únicos derechos accesorios que se transmiten son los intereses pactados cuando ese pacto es procedente. Fundaba esa posición en la circunstancia de que la accesoriedad del derecho de garantía refiere a su validez en el sentido de que el derecho principal sea válido, porque sin derecho principal no hay derechos accesorios, pero la accesoriedad no supone que si se cede el derecho principal se cede también el derecho accesorio. Según el autor, en nuestro derecho no era admisible que el endoso transfiriera la hipoteca constituida para garantizar un título valor porque la transferencia de ese derecho real debe hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de Hipotecas por así exigirlo el art. 23 de la ley de Registros de la Propiedad Raíz y el art. 18 apartado c del decreto reglamentario que además establece que el registro no admitirá anotación de cesiones de créditos hipotecarios mientras no hayan sido debidamente notificados los respectivos deudores. En consecuencia concluía el profesor que como el derecho accesorio de garantía a que refiere la ley es el que resulta del título no de otro documento distinto, los únicos derechos accesorios que se transmiten son los intereses pactados cuando ese pacto sea procedente o sea en el caso de letra de cambio pagadera a la vista o dentro de cierto plazo desde la vista.

Contra esta posición se pronunció, fundamentalmente, Nicolás Herrera en “La transmisión del título valor y la transmisión de las garantías (Art. 10 Decreto-Ley 14701)” (A.D.Com. 2) sosteniendo que un tenedor

de un título valor que lo hubo, por ejemplo, por endoso, podría ejecutar la hipoteca o prenda sin desplazamiento que le accede sin haber inscrito la transmisión del título valor, es decir la transmisión de la obligación principal; y esto en virtud del principio de accesoriedad y el art. 10 del dec.-ley 14701: lo accesorio sigue a lo principal; la transmisión de un título valor transmite los derechos accesorios. Si el nuevo titular no inscribe, no hace pública la transmisión de la obligación principal, está asumiendo el riesgo de que su derecho sea ineficaz, inoponible frente a un tercero con un derecho que se dispone respecto del bien o bienes dados en garantía.

En efecto, según el autor, las garantías extracartulares se transfieren de pleno derecho. En primer lugar fundó su posición en los antecedentes. En efecto, el art. 10 fue tomado al igual que toda la parte general del proyecto de ley uniforme de títulos valores para América Latina elaborado por el profesor mexicano Raúl Cervantes Ahumada a pedido del Instituto para la Integración de América Latina (INTAL). El art. 10 de dicho proyecto tenía exactamente la misma redacción con la única diferencia de que nuestra ley agregó el vocablo valor al sustantivo título. Esta norma se redactó tomando en cuenta el art. 10 del proyecto de ley Uniforme Centroamericana de Títulos Valores, con idéntica redacción, y el art. 18 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México de 1932 que establece que: la transmisión del título de crédito implica el traspaso del derecho principal en él consignado y, a falta de estipulación en contrario, la transmisión del derecho a los intereses y dividendos caídos, así como de las garantías y demás derechos accesorios». La ley mexicana no deja dudas en cuanto a que la expresión accesorios comprende las garantías reales y personales.

El autor no comparte la interpretación efectuada por el profesor Sagunto Pérez Fontana en virtud de que entiende que la que él- Herrera- efectúa es la única interpretación posible.

En efecto, si la expresión derechos accesorios no se refiere a las garantías extracambiarias sólo podría referirse a las cambiarias o a los intereses.

La única garantía típicamente cambiaria la constituye el aval aun cuando tanto el librador de una letra como el endosante garantizan en principio la aceptación y el pago; todos estos obligados cambiarios se obligan al momento de suscribir el título valor y la transmisión de este por ejemplo por endoso, transmite al endosatario todos los derechos contra todos los obligados cambiarios. El art. 10 no consagra este principio pues, ni la obligación del avalista, del librador ni del endosante puede considerarse un derecho accesorio y si se los considerara tales no agregaría nada a nuestra ley.

Si la expresión derechos accesorios se refiriese a los intereses entonces el art. 10 estaría de más. O bien la obligación de pagar intereses surge del propio título valor - cuando ello es válido- y en ese caso pierde razón de ser, funcionaría sencillamente el principio de literalidad, o bien se refiere a los intereses no incorporados al título valor y en ese caso también el art. 10 pierde razón de ser pues la obligación de pagar intereses no incorporados debe surgir de norma legal expresa.-

Para interpretar el vocablo accesorios recurre el autor al contexto de la norma y a las reglas de interpretación de los arts. 18 y 19 del C.C. Cuando el legislador ha definido expresamente una palabra para ciertas materias se les dará el significado legal. En este sentido, los arts. 1761 del C.C. y 566 del C. de Com. expresan que la venta o cesión de un crédito comprende sus accesorios como las fianzas, prendas, hipotecas o privilegios. Existe por tanto una determinación legal del significado de la palabra accesorios en la materia de transmisión de créditos, por lo cual se torna imperativo interpretar coherentemente el sistema normativo y concluir que el endoso transfiere las hipotecas, prendas o fianzas que accedan al título valor. La ley de títulos valores utiliza la expresión «cesión de créditos no endosables» por lo que resulta claro que la cesión de créditos es un instituto aplicable a los títulos valores y entonces se impone una interpretación armónica de los institutos de transmisión de títulos valores que reglamenta el decreto-ley 14701 y las normas del Código de Comercio y Código Civil.

Otro argumento se funda en el principio de accesoriedad, en virtud del cual, el contrato de garantía tiene una relación de dependencia funcional respecto del contrato al que accede y además sigue la suerte del principal, por ello no puede compartirse lo expresado por Pérez Fontana.

Asimismo el art. 65 de la ley de títulos valores dispone que el endoso transmite todos los derechos resultantes de la letra de cambio. La doctrina comparada es casi unánime en cuanto a que esta disposición abarca la transmisión de las garantías extracartulares.

También entiende el autor, luego de analizar las normas especiales sobre transmisión e inscripción de las prendas sin desplazamiento y las hipotecas, que la inscripción de la transmisión tiene efecto meramente declarativo. Tanto a través de las normas sobre endoso en las prendas sin desplazamiento como a través de las normas sobre cesiones de hipotecas llega a esa conclusión. La inscripción registral del contrato de hipoteca o de prenda sin desplazamiento hacen nacer el derecho real de garantía (o vínculo de indisponibilidad en el caso de la prenda según Gamarra). De ahí que se entienda que se trata de publicidad constitutiva pues constituye el derecho real y vendría a cumplir función de modo. Mas la inscripción del cambio de titular de un

derecho real de prenda o de hipoteca no constituye una inscripción constitutiva de ningún derecho real (o vínculo de indisponibilidad); éste ya existe y se mantiene con su misma fecha original de constitución. En definitiva, un tenedor de un título valor que lo hubo por ejemplo por endoso podría ejecutar la hipoteca o prenda que le accede sin haber inscripto la transmisión del título valor, es decir la transmisión de la obligación principal. La legitimación para ello la da el funcionamiento del principio de accesoriedad y el art. 10 del dec.-ley 14701; lo accesorio sigue a lo principal; la transmisión de un título valor transmite los derechos accesorios. Si el nuevo titular no inscribe no hace pública la transmisión de la obligación principal, está asumiendo el riesgo de que su derecho sea ineficaz frente a un tercero.

En el mismo sentido se pronunció la Dra. Eva Holz en "Circulación del título valor y transmisión de las garantías extracambiarias" (Títulos Valores- Problemática vigente) quien sostiene que lo establecido en el art. 10 del Dec.-Ley 14701 en materia de transmisión de garantías no es otra cosa que una reiteración del principio común en nuestro derecho positivo en el sentido que la adquisición de un derecho conlleva la transmisión automática al mero titular de las garantías que acceden al derecho principal. No es está ante un problema atinente a una norma excepcional vigente exclusivamente en sede de títulos valores. Por el contrario, es tan solo la expresión en este ámbito del principio general vigente en nuestro derecho de que la transmisión de un derecho supone la de las garantías que le acceden.

Concluye entonces la autora que la transmisión de los derechos consagrados en el título valor supone la transmisión de las garantías extracartulares. Dicha transmisión se efectuará necesariamente por los medios de circulación habituales para los títulos valores, es decir, por entrega del documento o además endoso, o bien el transfert. Incluso es posible que la transmisión se verifique por una cesión de créditos no endosable.

Beatriz Bugallo, en su trabajo señala, con relación a la transmisión de las garantías extracambiarias, que el derecho positivo uruguayo nada establece al respecto concluyendo la mayoría de la doctrina que si bien se trata de una operación permitida, por tratarse de una garantía real, la cesión de la misma debe seguir el mismo trámite que el de su constitución, sin importar cómo se documente la obligación principal.

Destaca el predominio de la rigidez de los principios del Derecho Inmobiliario frente a la posición minoritaria en doctrina comercial que a partir del art. 10 del Dec.- Ley 14701 que regula los títulos valores argumentaba su admisibilidad.

Concluye la autora que la posición más recibida en el derecho uruguayo:

a) desconoce la particularidad de la forma de transmisión de la obligación principal al caso concreto; b) y no toma en cuenta la interpretación del art. 10 del Dec.-ley 14701 en el sentido que derechos accesorios que se transmiten junto con el título sean las garantías del mismo.

La única excepción es la expresa regulación de la posibilidad de emitir obligaciones o debentures con garantía real prevista por el art. 440 de la Ley de Sociedades Comerciales, la cual, por su técnica legislativa de formulación, y el contexto legal en que se le encuentra no puede ser de fácil adopción como norma madre que habilite una analogía para su aplicación a títulos valores.

Si bien manifiesta su adhesión a la posición minoritaria entendiendo que la norma del art. 10 admite que las garantías se transmitan cuando se está transmitiendo el título valor que respaldan por estar alcanzadas por la expresión «accesorios», admite que en nuestro país, las normas generales respecto de las formalidades para la transmisión de los contratos de constitución de las garantías reales conocidas como prendas o hipotecas y las normas registrales constituían un obstáculo insalvable en el estado legislativo actual para la operatividad del art. 10 citado. Es decir que siendo transmitidas las garantías reales junto con la obligación principal incorporada en el título valor, esta transmisión no podía considerarse válida frente a terceros pues formalmente incumplía las exigencias legales y especialmente porque no es admitida en el Registro Público correspondiente, cosa que le quita toda efectividad.

Y concluye que las garantías reales accesorias a un título valor, deben poder ser transmitidas al igual que el documento en el cual aparece incorporada la obligación principal, posibilidad que sólo puede considerarse positiva para el desarrollo actual del crédito, no siendo valederas las antañosas consideraciones contrarias y para la utilización ventajosa de las garantías reales de las obligaciones contraídas en títulos valores, vales o letras de cambio, debe regularse claramente en nuestra legislación la posibilidad de su adopción mediante el agregado de los requisitos de la escritura tales como la identificación de los títulos valores a los que accede, la intervención registral en razón de que la misma se agote en la constancia en los títulos valores de la inscripción de la garantía real, la transmisión disponiendo expresamente que será bastante la vía traslativa que condiga con el título valor de que se trate, la cancelación, admitiendo que la sola exhibición de los títulos valores descriptos en la escritura inscripta por el deudor baste para la cancelación

La ley 16906 en su art. 30 agregó tres nuevos incisos al art. 10 :

" Los derechos emergentes de las garantías reales o personales que acceden a un título valor, se transfe-

rirán de pleno derecho por la sola transmisión del título valor en que conste la garantía que le accede, sin necesidad de inscripción alguna. Para la transmisión de garantías que respaldan títulos valores objeto de oferta pública se estará a lo que disponga la legislación específica en la materia”.

“Las garantías reales que se constituyan para asegurar el cumplimiento de obligaciones cartulares se inscribirán en los Registros Públicos correspondientes individualizando el título valor garantizado, su emisor, objeto, monto, vencimiento y demás elementos que correspondan a su naturaleza. A los efectos de la referida inscripción registral no será necesario identificar a los sucesivos tenedores del título garantizado”

“Las garantías se cancelarán por declaración unilateral del deudor y la exhibición del título valor. En defecto de la exhibición del título, para obtener la cancelación de la garantía deberá acreditarse ante el registro, o ante el depositario, en su caso, la consignación judicial de los importes”.

A partir de esta norma no existen dudas en cuanto a la admisibilidad de la hipoteca y prenda cambiarias en nuestro país.

Señala al respecto Isaac Gorfinkiel en « La hipoteca cambiaria en Uruguay» (L.J.U.t. 119) que era una materia pendiente en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, la normativa aprobada le merece las siguientes críticas: a) no establece el modo en que se han de relacionar o ligar la hipoteca con los títulos; el derecho comparado ofrece dos soluciones, o la anotación se hace por el Escribano otorgante de la hipoteca o el Registrador, como no existe normativa, el principio de legalidad impediría dicha anotación y sin tal autenticación, el sistema resulta inaplicable; b) estando los documentos en poder de pluralidad de tenedores que se desconocen entre sí, ya que pueden ser creados al portador o llegar a serlo luego de un endoso en blanco, y además por no ser necesaria la registración de su transmisión, la ejecución por parte de cualquiera de ellos impide que se cite personalmente a los demás acreedores con igual derecho de preferencia debiendo notificarse por edictos y eventualmente designarse defensor de oficio; c) aún así y sin normas legales que lo establezcan no se advierte la forma en que puedan acumularse las pretensiones y procesos que se promuevan: la acumulación sucesiva por inserción de un nuevo litigio ha sido rechazada por nuestros tribunales y tampoco procedería la ampliación en cuanto a las partes (acumulación subjetiva), siendo la acumulación de autos objetada en el proceso monitorio; y d) todavía, si se superaran todos los obstáculos precedentes y alguno de los tenedores llegara al remate, no será nada fácil determinar cómo distribuir el precio obtenido; e) finalmente la cancelación de la hipoteca según las previsiones del art. 4° de l art. 10 plantea dificultades insalvables.

Por estas carencias y otras estima el autor que no será posible, por ahora, que se otorguen hipotecas como las que considera el art. 10 del Dec.-Ley 14701 con su nueva redacción; no obstante, la hipoteca cambiaria que garantiza títulos cambiarios derivados de una relación crediticia de mayor amplitud donde la hipoteca es anterior a la creación de los títulos, por lo que éstos no pueden estar individualizados en el contrato de hipoteca, puede seguir existiendo como hasta ahora sin que la afecten las impugnaciones que se le han efectuado.

El profesor Siegfried Rippe en “Aspectos Mercantiles” («Ley de Inversiones- Enfoques multidisciplinarios»), expresa que la Ley de Inversiones amplía el art. 10 de la Ley de Títulos Valores de modo que es cuestionable que las garantías reales y personales quedan comprendidas en el ámbito de la circulación del título valor sin necesidad de registro. Además se establece que en oportunidad de la constitución y registro de las garantías reales no es necesario individualizar a los sucesivos tenedores del título garantizado y que las garantías pueden cancelarse por declaración unilateral del deudor, y la exhibición del título valor, pudiendo sustituirse esta última formalidad por la acreditación ante el Registro o ante el depositario de la consignación judicial de sus importes.

También el Esc. Roque Molla en « Incidencia de la ley 16906 en el régimen hipotecario uruguayo» («Ley de Inversiones- Enfoques multidisciplinarios») señala que ahora es viable, ley mediante, la hipoteca cambiaria. No obstante entiende que la fórmula legal es defectuosa en lo que ha sido la forma de individualizar al título valor al cual accede la hipoteca. La ley establece la posibilidad de la anotación en la obligación cartular y a su vez la vinculación entre la hipoteca con la relación a la cual accede. La falencia está en no haber establecido un sistema que brinde certeza absoluta en cuanto a saber a cuál vale o título accede la hipoteca. En derecho comparado, a vía de ejemplo, en Italia, se utiliza un sistema llamado de «contraseña» en que el Registrador pone una nota en el vale que de esta forma queda identificado como el garantizado con la hipoteca. En Argentina el art. 3202 del C.C. establece la inscripción por el anotador de hipotecas.

Ricardo Merlinski en «Garantías reales o personales accesorias a títulos valores y su transferencia y limitación del art. 10 Dec.-Ley 14701 en su nueva redacción por el art. 17 decreto 92/98» (Lex Vol. 2 N° 4), afirma que mediante la nueva redacción del art. 10 de la ley de títulos valores se colmó la laguna referente a la constitución y transmisión de las garantías personales y especialmente las reales accesorias a un título valor.

De acuerdo a lo edictado en el inciso 3° la hipoteca o prenda accesorias a un título valor deberá

inscribirse y en la inscripción deberá individualizarse el título valor garantizado. Pero para que este mecanismo opere satisfactoriamente será indispensable individualizar antes en el propio texto de la garantía real que se constituya los elementos esenciales del título valor al que la garantía accede, y ello con independencia de que la información exista también en el propio título valor y de su eventual presentación o exhibición en el momento de la inscripción de la garantía en el Registro. La ley exige se individualice el título valor garantizado, su emisor, objeto, monto, vencimiento y demás «elementos que correspondan a su naturaleza» entendiéndose por tales los elementos esenciales que la propia ley exige para la existencia de un título valor, en su parte general, y más aquellos que exige en su parte especial para que se configure cada especie de título valor. Ello incluye la individualización del primer tomador o primer beneficiario, en caso de títulos nominativos y títulos a la orden. Si el título está al portador se deberá dejar constancia de ello, tanto en el instrumento constitutivo de la garantía real como en la inscripción registral.

La garantía real o personal de la obligación cambiaria se transmite a los sucesivos tenedores del título sin formalidades, mediante la sola transmisión del título; por ende de no pagarse el título valor, su legítimo tenedor podrá valerse de la garantía constituida con el grado adquirido por ella al momento de la inscripción originaria.

Es requisito de la garantía real de que se trate su inscripción registral. En esto no se aparta el art. 10 del dec.-ley 14701 de los principios generales en materia de hipotecas. Sin inscripción no nace la prenda ni la hipoteca. Ahora bien, la inscripción se efectuará como es habitual frente al propio obligado cambiario que consiente en constituir prenda o hipoteca sobre bienes propios o ya sea frente a un tercero que interviniere para garantizar la obligación cartular de alguno de los firmantes del título valor. Respecto de quién será el sujeto activo de la inscripción registral, la ley no dice nada al respecto, estima el autor que no puede ser otro que el tenedor del título valor al momento de la constitución de la garantía, siempre que sea legítimo tenedor de acuerdo a la ley de circulación del documento; puede entonces tratarse del primer tomador o de cualquier endosatario posterior. Entiende asimismo que si se hubiera omitido la inscripción inmediatamente después del otorgamiento de la garantía, el derecho a solicitar la inscripción se transfiere también como accesorio al crédito cartular con el endoso y entrega del título.

Señala el autor que la ley no prevé que para el caso de los títulos a la orden se deba exhibir el título valor al registrador a fin de que éste anote en el título los datos referentes a la inscripción de la hipoteca o la prenda; cosa que sí exige la ley italiana. Nuestro sistema se hubiera beneficiado mucho exigiendo tal formalidad desde que la razón de la misma reside en asegurar la perfecta individualización del título valor garantizado mediante la prenda o hipoteca en interés de terceros. De prescindirse de tal inscripción en el propio título no se podrá tener certeza absoluta de que el título valor utilizado para hacer funcionar la garantía hipotecaria sea realmente aquél para el cual se constituyó la hipoteca. Esta constancia debe ser considerada requisito esencial para que el tenedor del título valor puede valerse de la garantía real que le accede. La misma, en opinión del autor, no puede hacerse por ningún obligado cambiario, tampoco por el tercero garante ni por el Escribano autorizante de la garantía, dicha constancia debe colocarse por el registrador, la inscripción y anotación son requisitos constitutivos en el caso de la hipoteca y la prenda. Y será oponible a terceros solamente a partir de la inscripción. La publicidad que requiere la constitución de una garantía y las anotaciones y constancias a ella referente sólo pueden hacerse efectivas a través del encargado de esa publicidad: el registrador.

Con relación a la transmisión de las garantías, la ley simplifica todo el sistema de las garantías reales y su transmisión estableciendo que el título garantizado puede ser transferido por los medios cartulares habituales y que esta transmisión por sí sola opera la transferencia de la garantía que le accede sin necesidad de inscripción alguna. Así al vencimiento el legítimo tenedor podrá ejercitar los derechos inherentes al título y valerse de la garantía que le accede merced a la legitimación para ello que emanará del propio documento cartular. De ese modo el ejecutante no tendrá que producir prueba alguna de las relaciones sobre cuya base se convirtió en legítimo tenedor del título.

La anotación de la garantía en el título valor permite vincular de modo inequívoco la garantía real al título valor en cuyo favor fue constituida. Tal anotación no transforma a la garantía real o personal en un derecho literal y abstracto. Si bien la transferencia de la garantía se realiza mediante la circulación cambiaria del título, esta garantía sigue constituyendo una relación extracambiaria a la que no puede aplicarse el principio de la abstracción.

Las Dras. Teresita Rodríguez y Alicia Ferrer en «La nueva redacción del art. 10 de la ley de títulos valores y el fin de una interminable discusión» (LEX Vol I N°3), sostienen que el agregado efectuado por la ley de inversiones al art. 10 del Dec.-Ley 14701 terminó con la discusión acerca de la transmisión de las garantías reales o personales accesorias a un título valor. La inequívoca consagración de las garantías reales cambiarias

en esta nueva disposición viene a consagrar las aspiraciones de la más moderna doctrina mercantilista.

La prenda e hipoteca cambiarias, como señalan las mismas, son garantías accesorias a la obligación principal documentada en el título valor por lo que deben adaptarse al régimen cambiario. Según las autoras, estamos en presencia de una garantía real cambiaria cuando existe la pertinente correlación documentada, formalizada conforme lo exige la legislación entre los respectivos instrumentos.

Debe constar en el propio título valor la existencia del derecho real de garantía y además, en el documento constitutivo de ésta y en el momento de su inscripción, deberá individualizarse el título valor garantizado, su emisor, objeto, monto, vencimiento, y demás elementos que correspondan a su naturaleza. No será necesario identificar a los sucesivos tenedores del título valor garantizado a los efectos de la inscripción registral.

El carácter accesorio del derecho real de garantía impone, para una adecuada solución hermenéutica, concluir que la invalidez del derecho real de prenda o hipoteca cambiaria no importa la de los derechos cambiarios principales. El acreedor, aún sin poder ejecutar la garantía podrá iniciar las acciones cambiarias pertinentes. Por otra parte, la extinción de la obligación cartular importa la del derecho real cuyo instrumento es inoperante con independencia del título valor.

El derecho real de garantía debe, según las autoras, surgir contemporáneamente o con posterioridad al título cambiario manteniendo siempre la mencionada correlación documental con el o los títulos valores a que accede.

Con la nueva disposición no solo se agota el debate sobre el significado de la expresión «accesorios» antes referido, sino que se instrumenta la forma para que la transmisión de las garantías al circular el título valor sea válida y eficaz. La nueva norma indica que bastará para que se transfiera ipso iure los derechos emergentes de las garantías reales o personales que accedan a un título valor, con que esta garantía conste en el tenor del título, es decir comprendido en la literalidad de éste y sujeto por tanto al rigor cambiario. Cumplido con este requisito, que no es ajeno al carácter documental del título valor, la transmisión de la garantía opera sin que sea necesaria ninguna inscripción, salvo aquellas garantías que respalden títulos valores objeto de oferta pública en cuyo caso el legislador remite a las exigencias impuestas por la ley especial.

Daniel Hargain y Gabriel Mihali en «Modificaciones introducidas por la ley 16906 al régimen de garantías reales» sostienen que con esta nueva solución legal se extienden de manera general e irrestricta los mecanismos que la ley de Mercado de Valores había creado para las obligaciones negociables que ahora pueden ser empleados en cualquier clase de obligaciones cartulares con garantía real siempre que cumplan determinados requisitos.

Expresan que para que una garantía real quede sometida al régimen creado que no deroga el sistema anteriormente en vigor es necesario que además de los requisitos generales en materia de solemnidad y publicidad se satisfagan extremos especiales impuestos por la ley 16906.

En el título valor debe hacerse mención de la existencia de la garantía real que le accede (art. 30 inciso 1); y como contrapartida, en la garantía real debe individualizarse el título valor garantizado, consignando su emisor, objeto, monto, vencimiento y demás elementos que correspondan a su naturaleza (art. 30 inc.2).

En lo que respecta a la mención en el título, se ha planteado el interrogante de si la misma constituye parte del contenido del instrumento o no. Si se ubica antes de la firma del librador, forma parte de la declaración unilateral de éste y resulta refrendada por su firma; en cambio, si no integra el tenor originario del instrumento, sino que se agrega a posteriori de su creación, puede ser en forma simultánea, podría estamparla otro sujeto- por ejemplo el Escribano llamado a intervenir en la constitución de la garantía; o el registrador.

Se preguntan los autores si la garantía puede acceder a más de un título valor; en otras palabras, si en cada contrato de hipoteca o prenda debe garantizarse un único título valor o por el contrario el crédito reforzado puede documentarse en varios instrumentos cambiarios. Al respecto, la doctrina ha advertido sobre los inconvenientes que pueden plantearse para el caso de que la misma garantía acceda a una pluralidad de títulos valores: si los mismos circularan en forma autónoma y pasaran a poder de diversos acreedores, la ejecución podría ser entablada por cualquiera de ellos con independencia de los demás, que incluso no sería sencillo identificarlos para ponerlos al tanto de la situación. Sin perjuicio, los autores se inclinan por una respuesta afirmativa.

Otro tema que entienden no resulta aclarado del texto legal, es el de si debe existir simultaneidad entre la creación de los títulos y la constitución de la garantía real que accede a los mismos. Este punto está estrechamente ligado a la circunstancia de si la mención de existencia de la garantía que debe incluirse en el título valor, forma o no parte del contenido obligacional del mismo. Si la mención integra el tenor del instrumento, la garantía deberá constituirse en forma previa o simultánea al libramiento del título valor. (art. 2326 C.C.). Si la mención no integra el tenor del instrumento, la constitución de la garantía podrá ser anterior, concomitante o posterior a la creación del instrumento de crédito.

Siempre que se cumplan los requisitos analizados, los derechos emergentes de las garantías reales o personales que acceden a un título valor se transferirán de pleno derecho, por la sola transmisión del instrumento cartular en cuestión, prescindiéndose de la publicidad registral. Es claro que el legislador, viéndose en la necesidad de combinar el régimen lento de circulación de las garantías reales con el ágil sistema de transmisión de los títulos valores, se inclinó por privilegiar la segunda opción, facilitando de esa manera el desarrollo de la actividad comercial.

En cuanto a la cancelación, estiman que también se adoptaron los principios cambiarios: una vez pagado el crédito, debe restituirse el título valor al deudor quedando de esa forma acreditada la cancelación del adeudo (art. 6 Dec-Ley 14701). Se invierte el régimen tradicional imperante en la materia de acuerdo con el cual la cancelación de las garantías reales adopta la forma de una declaración unilateral del acreedor. Este mecanismo ha sido severamente criticado sosteniéndose que el legislador no ha reparado en que el título valor es un instrumento obligacional unilateral, creado exclusivamente por el propio deudor, sin intervención de los demás sujetos intervinientes en la operación. Se estaría dejando abierta la posibilidad, entonces de que el propio deudor, a posteriori de constituida la garantía recreara un instrumento idéntico con su firma autógrafa, utilizándolo fraudulentamente para cancelarla. No obstante, consideran que debe reconocerse que, en los hechos, la diligencia y buena técnica notariales hacen que el Escribano llamado a instrumentar la cancelación requiera la presentación de la garantía que se pretende liberar; asimismo, el Registro competente debe exigir la agregación del título del derecho que se cancela, si bien el mismo puede sustituirse con un certificado registral que acredite la existencia del gravamen. Otra alternativa para evitar la posibilidad de cancelaciones unilaterales sería que el propio deudor por acto unilateral abdicativo incluido en el mismo instrumento de garantía, renunciara al derecho que le confiere la norma.

En caso de extravío del título valor, la liberación de la garantía se complica: su ausencia no puede ser suplida con la declaración unilateral del acreedor, manifestando que el crédito ha sido satisfecho, porque resulta imposible tener certeza de quién es ese acreedor. En efecto dada la ágil circulación de los títulos valores la única manera de saber quién es el acreedor es examinando el documento; el contenido de la prenda o la hipoteca nos podrán ilustrar acerca de quién era el acreedor al tiempo de constituirse la garantía pero no puede presumirse la inexistencia de posteriores transmisiones del crédito. Por lo expresado es que la ley establece como única manera de obtener la cancelación la consignación judicial de los importes adeudados acreditando dicho extremo ante el Registro.

La Escribana Teresita Mercader en « La hipoteca cambiaria y nuevas modalidades de prenda sin desplazamiento » (Primer Semana Académica del Instituto de Técnica Notarial) señaló que el art. 30 de la ley 16906 establece que el título valor se puede garantizar con hipoteca y se tiene que hacer mención en el título valor de la existencia del derecho real que le accede. Al mismo tiempo, en la hipoteca se tiene que individualizar el título valor garantizado con la hipoteca indicando quién lo libró, su importe, fecha de vencimiento, y los demás elementos que correspondan a su naturaleza. De lo que concluye que el título valor debe ser por lo menos anterior o simultáneo a la constitución de la hipoteca.

La norma agrega en otro de sus incisos que la transmisión de un título valor apareja la transmisión de la garantía real que le accede, por supuesto que con los requisitos mencionados.

Afirma la autora que, si bien pudo pensarse que la hipoteca cambiaria sustituiría, en la actividad bancaria fundamentalmente, a la hipoteca abierta constituida en garantía de un contrato, normalmente de apertura de crédito o de cuenta corriente, en función de las objeciones que se le formularon siempre a la hipoteca abierta, la misma no tuvo la difusión que se esperaba por inconvenientes de orden práctico. En primer lugar, porque al exigir que se relacione en la escritura de hipoteca el título valor garantizado impide que el derecho real acceda a las obligaciones cartulares que asumirá el concedente de la hipoteca en el futuro. Esto representa un inconveniente para su utilización por los Bancos, fundamentalmente cuando se habla de contrato de apertura de crédito. Cuando un Banco otorga un préstamo a una determinada persona para que luego lo utilice o no, aunque no está todavía firmado el documento por el cual esa persona contrae las obligaciones, en la práctica constituye ya la hipoteca en ese momento garantizando las eventuales obligaciones que asumirá luego y que se documentarán normalmente en el tráfico bancario en un título valor. Este sistema eventualmente no lo puede cubrir la hipoteca cambiaria reglamentada en el art. 30 de la ley 16906 por la exigencia de simultaneidad o anterioridad del título valor ya que se tiene que dejar constancia en la escritura de hipoteca acerca del documento cartular en el que consta la obligación. Otro inconveniente es que se estableció un régimen amplio en cuanto a la cancelación de las hipotecas cambiarias desde que pueden ser canceladas por declaración unilateral del deudor quien deberá acompañar el título valor asegurado con la hipoteca.

HIPOTECAS ABIERTAS O GENÉRICAS

Respecto de la admisibilidad de las hipotecas abiertas cabe citar en el derecho argentino el interesante artículo publicado por Julio César Rivera «Conveniencia de admitir hipotecas abiertas» (Rev. Der. Priv. y Com. 2).

Parte a los efectos de su estudio de los caracteres esenciales de la hipoteca y coincidiendo con Silvestre expresa que entre los mismos se encuentran la accesoriedad y la especialidad.

Señala el autor que la accesoriedad emana del art. 3108 del C.C. y liga necesariamente el derecho de garantía a la existencia de un crédito al que va anejo. De modo que no es admisible la hipoteca del propietario del derecho alemán y como corolario de este sistema, la hipoteca sigue la suerte del crédito de modo que, como regla, extinguido o transmitido el crédito del mismo modo desaparece o se transmite la hipoteca que le accede.

En cuanto a la especialidad, expresa que se manifiesta en dos planos diferentes. Por un lado, la hipoteca debe ser especial en cuanto a la cosa, de modo que debe estar precisamente determinada la cosa o cosas objeto de garantía. Con ello se eliminan las hipotecas generales o comprensivas de todo el patrimonio de una persona. Por otro, la especialidad refiere al crédito conforme a los arts. 3109 y 3131 del C.C.. El principio de especialidad requiere en primer lugar la expresa mención en el acto constitutivo de la causa fuente de la obligación garantizada; en segundo lugar, exige que la obligación garantizada esté expresada en una suma cierta y determinada de dinero.

Cuando la hipoteca no tuviera por objeto garantizar una obligación de dar sumas de dinero basta que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca. la autorización legal suple solo el segundo plano de la especialidad pero de ninguna manera permite omitir la mención de la causa fuente de la obligación garantizada.

Concluye Rivera que, la especialidad en cuanto al crédito, requiere la expresión de la causa fuente y su individualización en los términos del inciso segundo del art. 3131 del C.C. (lo que no puede suplirse de ningún modo) y la fijación del techo de la cobertura hipotecaria mediante la estimación de la magnitud de la obligación en una suma cierta y determinada en dinero.

El art. 3109 autoriza la constitución de hipoteca en garantía de obligaciones eventuales. Al respecto, la doctrina identifica la obligación eventual como cualquiera que pueda existir 'ex post facto', toda obligación futura cuya existencia no es necesaria.

Un sector de la doctrina sostiene que por vía de la autorización de la segunda parte del art. 3109 puede constituirse hipoteca anticipada a la concreción de cualquier negocio jurídico bastando, en consecuencia, la expresión de la suma de dinero en la cual estima el máximo de la garantía. Pero la mayoría de los autores vincula la constitución de la hipoteca en seguridad de obligaciones eventuales con el principio de especialidad en cuanto al crédito. En otras palabras, se sostiene que si bien es admisible la constitución de hipoteca en seguridad de obligaciones futuras, el principio de especialidad en cuanto al crédito sólo se satisface si el contrato- o cualquier otra causa fuente- de la cual puede nacer la obligación garantizada, está descrito en la hipoteca en los términos del art. 3131 inc. 2°.

Como afirma el autor, el criterio aludido tiene repercusión en la jurisprudencia, así se ha resuelto que tratándose de créditos eventuales garantizados con hipoteca deberá tenerse especial precaución en fijar no sólo el máximo de la cobertura sino la razón de ser de los aludidos créditos que surgirán de la relación jurídica preexistente entre las partes. en definitiva, estos pronunciamientos, vienen a exigir que se exprese con claridad la causa fuente de la cual puede nacer la obligación a la cual accede la hipoteca. Es este el modo de cumplir con el requisito de especialidad.

En nuestro país la discusión respecto de la admisibilidad de las hipotecas abiertas se mantiene.

Así el Dr. Gorfinkiel (ob.cit.) expresa que esta variedad hipotecaria no es la que considera el legislador en los incisos agregados al art. 10 del Dec.-Ley 14701 pues éste exige una individualización impracticable dado el 'modus operandi' de la garantía referida. En ese sentido destaca que el Poder Ejecutivo en el Dec. reglamentario 92/98 art. 17 excluyó de la previsión de los inc. 3 y 4 del nuevo art. 10 del Dec.-Ley 14701 «las garantías reales o personales que accedan a una línea de crédito que cubra diversas operaciones, siempre que esta circunstancia se haga constar en el documento de la respectiva garantía».

Señala que la doctrina comercialista y los estudiosos del derecho hipotecario excluyen en general de la hipoteca cambiaria esta garantía, limitándolas a las que se otorgan en garantía de títulos valores determinados, esto es, creados antes o simultáneamente con la garantía real en cuestión y que por tanto pueden ser individualizados en la respectiva escritura del modo previsto en el art. 10 inc. 3° del Dec.-Ley 14701. En

cambio la hipoteca que en nuestro país se denomina comúnmente hipoteca cambiaria, es considerada hipoteca de obligación futura o eventual y será generalmente en garantía de una apertura de crédito sin perjuicio de que también pueda acceder a otro tipo de negocio o relación jurídica coetánea con la hipoteca en la que se establezcan sus líneas fundamentales. Para el autor no se trata de denominaciones incompatibles porque al principio lo garantizado es la apertura de crédito o el negocio o relación jurídica prevista como generadora de las obligaciones futuras o eventuales, pero no bien éstas comienzan a surgir, la hipoteca se hace cambiaria, ya que por lo general, las obligaciones garantizadas adoptarán la forma o estarán incorporadas a títulos valores cambiarios.

La denominación hipoteca genérica, estima que puede llevar a considerar que se admite la llamada cláusula de garantía general hipotecaria. Tampoco es conveniente la designarla hipoteca abierta pues lleva a confusión con otro tipo de hipoteca en la cual se reserva el derecho de constituir ulteriormente otra hipoteca de grado preferente. En cambio, sostiene que, la denominación, hipoteca de máximo es correcta, pero con ella en realidad se destaca solamente uno de sus caracteres que permite incluirla en dicho género: como en el momento de constituirse el gravamen es incierto o está indeterminado el monto a que finalmente puede llegar la obligación garantizada y dada la necesidad de cumplir con el requisito de la especialidad en cuanto al crédito en una de sus facetas, el de la suma determinada a que se extiende la hipoteca, se impone establecerlo como monto máximo garantizado.

En su opinión, con la sanción de la ley 16906, las críticas efectuadas fundamentalmente por Carlos y Roque Molla a la admisibilidad de la hipoteca cambiaria en garantía de títulos existentes al momento de otorgarse la garantía real perdieron vigencia, manteniéndose respecto de las hipotecas con las que se pretende asegurar el pago de títulos cambiarios aún no creados, a librarse en el futuro. Es a ese tipo de hipotecas que se refiere el art. 17 del Dec.-Reglamentario N° 92/98 que «... Esta modalidad de hipoteca cambiaria, que es la única que se utiliza en nuestro país y prácticamente sólo en el sistema bancario, a pesar de la voluntad del legislador expresada en sentido favorable a su validez continúa recibiendo críticas que anteriormente se dirigieron contra toda forma de hipoteca en garantía de títulos valores.

Para Carlos y Roque Molla los principios de accesoriedad y sobre todo el de especialidad-en cuanto al crédito y en la faceta que refiere a la naturaleza de la obligación garantizada - serían los que la hipoteca cambiaria estaría violando; para ello distinguen entre futuro y eventual y entienden que la obligación eventual es la que responde a una relación actual, ya existente- ej. la pena para el caso de incumplimiento de un contrato vigente- y ella puede ser garantizada hipotecariamente.

Gorfinkiel comienza su análisis con la distinción entre eventual y futuro. La hipoteca cambiaria cuya validez se impugna estaría tratando de garantizar una relación futura no eventual que serían conceptos distintos.

La doctrina, especialmente en España y en Argentina ha tratado de definir los conceptos de crédito u obligación futura y/o eventual a los efectos de determinar la viabilidad de su aseguramiento arribando a conclusiones que no apoyan la posición crítica referida.

En España el art. 142 de la ley hipotecaria ha previsto la posibilidad de que la hipoteca se otorgue en garantía de obligaciones futuras, la hipoteca de este tipo de obligaciones es válida y surte efectos desde su inscripción, o sea que a partir de esta última adquiere el rango o prioridad y no desde que la obligación efectivamente nazca, aunque está sujeta condicionalmente a que ésto ocurra. La hipoteca en garantía de letras de cambio futuras, o a crearse, es considerada dentro de este tipo de hipotecas de obligación futura que reglamenta la ley española, aunque no se la denomina hipoteca cambiaria. En España el término futuro se utiliza con el mismo significado que Molla le da al término eventual, no obstante lo cual se reconoce la validez de la hipoteca constituida en garantía de letras futuras creadas o emitidas en cumplimiento de una apertura de crédito bancaria u originadas en una relación jurídica en la que se establezcan en sus líneas fundamentales las obligaciones garantizadas.

Expresa el autor que en Argentina, Vélez Sársfield al igual que nuestro codificador siguió a los exégetas del Código francés que planteaban la interrogante de si podían garantizarse obligaciones futuras o eventuales ya que el Código de Napoleón no las mencionaba; la respuesta afirmativa se tradujo en la incorporación en los Códigos Civiles argentino y uruguayo de la consiguiente previsión; en nuestro país el art. 2106 inc.2° que autoriza la fianza de obligación futura y en el art. 2295 que estipula que la prenda puede constituirse por una deuda eventual o condicional, disposición aplicable por analogía a la hipoteca.

Señala que la doctrina argentina ha procurado definir los conceptos de obligación futura, eventual o condicional, siguiendo en general las enseñanzas de la doctrina francesa que ordenó en forma jerárquica decreciente el grado de pendencia o «futuridad» de los derechos u obligaciones: frente a los derechos perfectos o puros y simples, se indican en primer lugar los sujetos a plazo, luego los condicionales (suspensivamente)

, en escala inferior los derechos eventuales (que son gérmenes, posibilidades más bien que realidades, que si llegan a producirse carecerán de retroactividad).

Aunque existen posiciones en el sentido de que eventuales y condicionales con una misma cosa, esta tesis en general es rechazada, se advierte además que los términos «derecho eventual» y «derecho futuro» han sido utilizados en forma equívoca, para algunos futuro es el género y eventual la especie, mientras que para otros es al revés, o se los considera en planos diferentes y en el «eventual» se entiende que ya existe un germen de derecho mientras que los derechos futuros serían los «meramente posibles, que carecen de toda existencia actual y no reúnen la entidad mínima de los eventuales» (cf. Guastavino en «Derechos eventuales» en Rev. del Notariado (argentina) N° 738).

Destaca que existen posiciones que, en base a un concepto de eventualidad o «futura» que no admite el condicionamiento señalado por la doctrina española y la argentina mencionada, sostienen que no es necesaria la existencia de una relación actual en gestación: cualquier clase de crédito futuro o eventual puede ser garantizado sin necesidad de que una relación ya existente se haya establecido entre las partes. Conforme a esta posición, la apertura de crédito y demás relaciones jurídicas indicadas, no serían el antecedente necesario de la hipoteca de títulos cambiarios de creación futura, admitiéndose la validez de la cláusula de garantía general hipotecaria habitual en los formularios utilizados en la actividad bancaria.

Al igual que Rivera, el autor entiende que el tema se vincula con la especialidad y accesoriedad invocadas como principios esenciales del régimen hipotecario involucrados en el mismo.

Las diversas teorías señaladas sobre las características que debe tener la obligación principal - desde el punto de vista de su «futura» - para que pueda ser garantizada con el contrato accesorio de hipoteca, han sido clásicamente fundadas en uno de los proclamados principios esenciales de nuestro régimen hipotecario: el de especialidad, en cuanto al crédito que la hipoteca garantiza que se manifiesta a través de dos facetas. la primera, que exige un crédito determinado en su monto (arts. 2333 y 2334 num.4 C.C.) y la segunda que requiere que el crédito esté claramente determinado en cuanto a su naturaleza, o sea que se indique la causa u origen y demás características del mismo.

La especialidad de la hipoteca así definida ha sido objeto de aguda crítica por parte de la moderna doctrina hipotecarista: respecto del monto o importe determinado, se ha dicho que no es especialidad del crédito sino del gravamen hipotecario; el crédito puede ser de un monto desconocido al momento de otorgarse la garantía- lo que ocurrirá generalmente con los créditos futuros o eventuales- y de ahí la necesidad de estimación que fijará el límite de la responsabilidad hipotecaria pero no del crédito que podrá ser mayor o menor. Se trata de una precisión terminológica que no hace al fondo del problema pues de todos modos en nuestro régimen legal no puede otorgarse la hipoteca sin fijarle un monto por encima del cual, aunque el crédito sea superior, la hipoteca no lo cubre.

Pero la crítica que sí interesa es la que controvierte la especialidad del crédito en cuanto a la determinación precisa del crédito u obligación garantizada. Esta posición ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina argentina (Highton en «La especialidad y la accesoriedad de la hipoteca con particular referencia a las hipotecas aciertas» Jurisprudencia Argentina 1981-I y Silvestre, ob. cit). Al respecto señala que las normas que permiten el otorgamiento del contrato de hipoteca en garantía de obligaciones futuras o eventuales demuestra que asiste razón a quienes señalan que la exigencia del art. 2234 num.4 C.C. se explica teniendo en cuenta el tipo de hipoteca que tenía en mente el legislador, esto es, la común llamada de tráfico en donde el crédito y la garantía surgen generalmente de la misma escritura de hipoteca. Pero tratándose de hipotecas de seguridad - como son las cambiarias - que garantizan variedad de obligaciones que aún no existen ni se sabe cómo se ha de configurar o que características tendrán -en caso de que surjan- la disposición carece de aplicación.

Los autores que formulan esta crítica al principio de especialidad afirman que en realidad el principio involucrado en el tema es el de accesoriedad. La hipoteca es en nuestro ordenamiento legal un contrato accesorio por lo que debe expresarse en el mismo cuál es la obligación garantizada, y si ella aún no existe, indicar los elementos que permitan su determinación o individualización. No se exige entonces que se designe el contrato y su fecha o archivo sino que para cumplir con el principio que está en juego, es suficiente indicar la relación obligatoria, actual o futura de la cual podrá surgir la deuda que con la garantía se pretende asegurar. Determinación no es sinónimo de «individualización actual» pues alcanza con que se den los elementos para que ella pueda hacerse y ello es así en todos los contratos de garantía, por lo que los argumentos esgrimidos por Gamarra para demostrar la validez de la fianza general bancaria también pueden esgrimirse para justificar la procedencia de la hipoteca cambiaria que garantiza obligaciones -futuras o eventuales- emergentes de relaciones crediticias entre acreedor y deudor, este último y los terceros conocen o pueden conocer quién tiene derecho preferente sobre el inmueble, por qué créditos y hasta qué monto.

Por su parte Roque Molla, en “Incidencia de la ley 16906 en el régimen hipotecario uruguayo», en «Ley de Inversiones- Enfoques multidisciplinarios» afirmó que en cuanto a la hipoteca abierta que es inviable en nuestro derecho en virtud de los principios de accesoriedad y de especialidad. El principio de especialidad es el que exige la referencia a cantidad y a un crédito y no solamente a una cantidad como se ha pretendido. El 2334 del C.C. en sus incisos 2 y 4 con respecto al contenido de la inscripción de la hipoteca es terminante. Además debe distinguirse lo eventual de lo futuro, la hipoteca puede garantizar una obligación eventual determinada en la relación base contrato principal, pero lo que no puede garantizar es lo que todavía no existe, y esto es lo que sucede con las hipotecas abiertas. Cuando se establecen, garantizan los futuros créditos y en esa parte no hay posibilidad de constitución del derecho real de hipoteca.

Asimismo en «La ley 16.906 de promoción y protección de inversiones y el régimen hipotecario uruguayo» (A.D.C.U. T. XXIX) analizando el artículo antes citado de Gorfinkiel, el autor manifiesta su discrepancia con el mismo cuando concluye que el tema de las garantías corrientemente llamadas genéricas o abiertas debería considerarse zanjado en el sentido favorable a su admisibilidad con la sanción de la ley 16906 por entender fundamentalmente que el paralelismo que hace Gorfinkiel con el régimen de las fianzas genéricas es erróneo porque la hipoteca se ubica en el campo de los derechos reales donde rige el principio de «numerus clausus» mientras que la fianza se desenvuelve en el de los derechos personales donde campea el principio de la autonomía privada.

El Dr. Rippe en el trabajo citado, se plantea, atento a que la ley dice que en el momento de establecerse la garantía real hay que determinar el título valor, o sea que identificarlo y especificarlo, si subsistirá en Uruguay la llamada hipoteca abierta. Expresa que desde el punto de vista del art. 10 actual es obvio que no puede haber garantías abiertas. El problema es si puede haber hipotecas abiertas no amparadas por el art. 10 que por tanto no se van a transferir libremente, en ese caso hay que transferir el título y además la hipoteca. Concluye que al respecto rige el decreto 92/98 de 21 de abril de 1998 que establece la inaplicabilidad de algunas disposiciones del art. 30 a las garantías que acceden a una línea de crédito que cubra diversas operaciones.

Merlinski, en el artículo citado, señala que el art. 17 del D. 92/98 declara la no aplicabilidad del texto legal a determinadas garantías que pueden acceder, entre otras a obligaciones cartulares lo que plantea las mismas dudas que otros decretos ilegales.

Estima que con esta norma se soluciona el inconveniente planteado por la Asociación de Bancos del Uruguay respecto de la nueva redacción del art. 10 del Dec.-Ley 14701 que se cuestionaba la posibilidad para los Bancos de seguir operando con garantías genéricas que accedían a cualquier tipo de obligaciones con la Institución, documentadas o no en títulos valores. En especial se cuestionó su aplicabilidad a líneas de crédito en que no se individualiza el título valor al que acceden o a otras operaciones. Con esta nueva norma, esto es, el decreto referido, considera el autor que podrán seguir garantizando los créditos a su favor, documentados en títulos valores, sin necesidad de inscribir la garantía en Registro alguno ni de individualizar el título valor garantizado mediante mención de sus elementos esenciales en lugar alguno. Por lo que el régimen de garantías utilizado hasta la modificación del art. 10 del Dec.-Ley 14701 podrá seguirse aplicando, tal y cual se lo venía haciendo, a una línea de crédito que se utilice a través de diversas operaciones. Pero esta última circunstancia debe hacerse constar en el documento de la respectiva garantía real o personal (fianza, prenda o hipoteca).

Por último, Daniel Hargain y Gabriel Mihali en el trabajo citado señalan que en punto a las garantías abiertas la ley de inversiones ha creado un régimen especial de transmisión y cancelación de las garantías que acceden a los títulos valores que coexiste con los demás mecanismos preexistentes en la materia. No está derogado el sistema general de garantías preexistente de no accederse a este nuevo régimen por no cumplirse los requisitos instrumentados en la ley, los negocios de garantía que refuercen obligaciones cartulares seguirán siendo válidos en tanto se indique la causa fuente de la obligación y el monto máximo garantido, pero la transmisión y cancelación de las garantías seguirán rigiéndose por el derecho común. Consecuentemente, en el caso de las hipotecas deberá transferirse por la vía ordinaria de la cesión de créditos (arts. 1757 y ss. del C.C.) y en el caso de las prendas sin desplazamiento, por el endoso estampado en el propio documento de garantía (art. 18 de la ley 5649). En todos los casos además deberá inscribirse los documentos en los registros competentes.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, la misma ha dado siempre trámite a la ejecuciones fundadas en estas hipotecas y ha rechazado las excepciones de inhabilidad de título interpuestas fundadas en dicha circunstancia.

En este sentido, se citan a vía de ejemplo las siguientes sentencias:

S. 297/98 T.A.C. 3° - (C. 151 A.D.Com.5) por la cual se admite la procedencia de la ejecución hipotecaria

fundada en títulos valores garantizados por hipoteca previa, es decir que garantiza obligaciones futuras en base a la apertura de un crédito que se establece en el contrato de hipoteca.

S. 51/98 T.A.C.2°- (C.86 A.D.Com. 9) donde el Tribunal expresó compartir la validez de la hipoteca genérica de obligaciones eventuales o a crearse, sin perjuicio de sostener que tal cuestión resulta ajena e inoperante para la paralización de la vía ejecutiva no configurando un supuesto de inhabilidad de título, sea cual sea la opinión que se tuviere al respecto.

S. 13/95 T.A.C. 6° - (C. 72 A.D.Com.9) donde el Tribunal sostuvo que la especialidad y la accesoriedad son dos principios esenciales de la hipoteca. La primera se refiere tanto al objeto como al crédito. Lo que es natural, porque interesa a los terceros conocer el monto del crédito para el caso en que se produzca la ejecución, así como también saber quién es el deudor y cuál es la naturaleza de la deuda, para poder prever las posibilidades de pago o determinar si no existe algún vicio o modalidad que pueda determinar su extinción. La segunda es connatural a la función garantizadora de la hipoteca; pues la existencia de un crédito, cuya satisfacción aquélla tiende a asegurar, es un elemento constitutivo de la misma o un requisito de validez. Pero, en principio, la hipoteca puede asegurar el cumplimiento de cualquier crédito sea cual fuere su origen, según la definición amplia del art. 1251 C.C. para el contrato accesorio basta con que exista una obligación principal, cuyo cumplimiento asegure, siendo indiferente la fuente de la misma.

Afirmó asimismo la Sede que la hipoteca puede acceder a un crédito eventual como ocurre con el conocido supuesto de hipoteca constituida para asegurar el saldo de una cuenta corriente bastando con que se cumpla la exigencia del art. 2334 num.4 C.C.: fijación de la suma determinada a que se extienda la hipoteca. E incluso la hipoteca puede asegurar obligaciones futuras, y aún indeterminadas, no obstante el principio de especialidad, pero como es necesario fijar una suma determinada, al tiempo de la inscripción, la garantía no puede sobrepasar ese tope en ningún caso, de modo que se fija una cantidad estimativa y a ella se limita la garantía hipotecaria aunque el crédito resulte en definitiva de mayor alcance.

S. 50/2001- T.A.C. 4°- (C. 412 A.D.C.U. T. XXXII) donde el Tribunal sostuvo su admisibilidad expresando que: "La cuestión de la transmisibilidad de la garantía no es pues tema relevante para la hipoteca cambiaria-bancaria en la que como hemos expresado la instrumentación de la operación mediante títulos cambiarios persigue otros objetivos a saber: beneficiarse con la presunción de la autenticidad de los mismos, su literalidad, autonomía y abstracción que le confiere el régimen procesal privilegiado que tiene en caso de resultar necesario proceder a su cobro compulsivo" (Gorfinkiel, La hipoteca cambiaria en el Uruguay, p. 39-40; Sentencia de la Sala 56/2000) cuestiones expresamente reguladas por la innovación introducida por el art. 30 de la Ley N° 16.906 al art. 10 del Decreto-ley N° 14701 no actuando en el caso tal vez al amparo de la interpretación del Poder Ejecutivo por el que "no será aplicable a las garantías reales o personales que accedan a una línea de crédito que cubra diversas operaciones" (Decreto Reglamentario N° 92/98, art. 17°).

S. 54/2001 del T.A.C. 6°- (C. 419 A.D.C.U.XXXII) en la cual se estableció que no es de recibo el agravio relativo a la admisión de la excepción de inhabilidad de título que los apelantes relacionan con la forma en que se documentó el crédito garantido con hipoteca porque el contrato de hipoteca, puede perfectamente garantizar la satisfacción de un crédito emergente del libramiento de un título valor, por cuanto la amplitud de los términos del art. 1251 C.C. al definir el contrato accesorio como aquel que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal no se compadece con la interpretación restrictiva en punto a la naturaleza de la obligación garantizada. No existe transgresión en principio de la especialidad al existir una relación crediticia base (art. 2326 inc.3 C.C.) y al estar fijada la suma determinada que se extiende a la hipoteca (art. 2334 inc.4°).

Por lo que proclamada la validez de la hipoteca cambiaria la excepción de inhabilidad de título basada en el supuesto desconocimiento del acreedor accesorio de hipoteca (en función de que la obligación principal fue documentada en un título valor) no puede prosperar.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRÍA, HÉCTOR- «EL AVAL»
- ANIDO BONILLA, RAÚL- «DE LA PRENDA DE CRÉDITOS»
- BARBIERI, PABLO C. - «MANUAL DE TÍTULOS CIRCULATORIOS»
- BUERES, ALBERTO Y JORGE MAYO »LINEAMIENTOS GENERALES SOBRE LAS GARANTÍAS DE LA OBLIGACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO» (REV.DER.PRIV.Y COMUNITARIO N°2)
- BUGALLO, BEATRIZ- «TÍTULOS VALORES»
- CÁMARA, HÉCTOR-»LETRA DE CAMBIO Y VALE O PAGARÉ» T. II Y «LETRA DE CAMBIO Y PAGARÉ CON GARANTÍA HIPOTECARIA» (CUADERNOS NOTARIALES 55)
- CURBELO, CARMELO- «RÉGIMEN DE PRENDAS EN URUGUAY»
- DE CORES, CARLOS- «SINOPSIS DE LA NUEVA LEY DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO»
- ELIZALDE, JORGE LUIS Y MYRIAM PORTO MORENO- «LA HIPOTECA CAMBIARIA» REV.INST.TEC.FORENSE 5
- FERNÁNDEZ, RAYMUNDO L.-» PAGARÉ O LETRA CON GARANTÍA REAL (HIPOTECA O PRENDA) « (LA LEY 1980 D.)
- FERRI, GIUSEPPE-»MANUALE DI DIRITTO COMMERCIALE»
- FERRO ASTRAY, JOSÉ- «EL AVAL Y LA FIANZA- SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS» (A.D.C.U. XI)
- GAMARRA, JORGE- «VALIDEZ DE LA FIANZA GENERAL BANCARIA» (ADCU XI)
- GARRIGUES JOAQUÍN- «CURSO DE DERECHO MERCANTIL»
- GÓMEZ LEO, OSVALDO-» MANUAL DE DERECHO CAMBIARIO»
- GORKINKIEL, ISAAC- «LA HIPOTECA CAMBIARIA EN URUGUAY» (L.J.U. 119)
- HARGAIN DANIEL Y GABRIEL MIHALI- «MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 16906 AL RÉGIMEN DE GARANTÍAS REALES»
- HERRERA, NICOLÁS- «LA TRASMISIÓN DEL TÍTULO VALOR Y LA TRASMISIÓN DE LAS GARANTÍAS (ART. 10, DECRETO-LEY 14701)» (A.D.COM 2)
- HOLZ, EVA- “ CIRCULACIÓN DEL TÍTULO VALOR Y TRASMISIÓN DE LAS GARANTÍAS EXTRACAMBIARIAS” (TÍTULOS VALORES-PROBLEMÁTICA VIGENTE)
- JAUREGUIBERRY, LUIS MARÍA- «LA LETRA DE CAMBIO Y EL PAGARÉ EN EL NUEVO RÉGIMEN CAMBIARIO»
- MERCADER, TERESITA – “ LA HIPOTECA CAMBIARIA Y NUEVAS MODALIDADES DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO” (PRIMER SEMANA ACADÉMICA DEL INSTITUTO DE TÉCNICA NOTARIAL)
- MERLINSKI, RICARDO- «GARANTÍAS REALES O PERSONALES ACCESORIAS A TÍTULOS VALORES Y SU TRANSFERENCIA Y LIMITACIÓN DEL ART. 10 DEL DEC.LEY 14701 EN SU NUEVA REDACCIÓN, POR EL ART. 17 DECRETO 92/98” LEX VOL.2 N°4
- MESSINEO, FRANCESCO -»TRATADO DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL» T. VI
- MOLLA, ROQUE Y CARLOS- «LA HIPOTECA CAMBIARIA UN PROBLEMA DE LEGISFERENDA» (TÍTULOS VALORES- PROBLEMÁTICA VIGENTE)
- MOLLA, ROQUE - «INCIDENCIA DE LA LEY 16906 EN EL RÉGIMEN HIPOTECARIO URUGUAYO» (LEY DE INVERSIONES-ENFOQUES MULTIDISCIPLINARIOS) Y «LA LEY 16906 DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES Y EL RÉGIMEN HIPOTECARIO URUGUAYO» (A.D.C.U. T. XXIX).
- MUÑOZ, LUIS- «TÍTULOS VALORES CREDITICIOS»
- PEREZ FONTANA, SAGUNTO- «TÍTULOS VALORES-OBLIGACIONES CARTULARES « T. II, III y IV-1.
- RIPERT GEORGES - « TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO COMERCIAL» T. III
- RIPPE, SIEGBERT- «ASPECTOS MERCANTILES- (LEY DE INVERSIONES -ENFOQUES MULTIDISCIPLINARIOS)
- RIVERA, JULIO CÉSAR- « CONVENIENCIA DE ADMITIR HIPOTECAS ABIERTAS» (REV.DER.PRIV. Y COMUNITARIO N°2)
- RODRÍGUEZ TERESITA Y ALICIA FERRER-» LA NUEVA REDACCIÓN DEL AT. 10 DE LA LEY DE TÍTULOS VALORES Y EL FIN DE UNA INTERMINABLE DISCUSIÓN» (LEX

VOL 1, Nº3)

- SILVESTRE, NORMA- «CRÉDITO HIPOTECARIO»
- URÍA- «DERECHO MERCANTIL»
- VÁZQUEZ BONOME, ANTONIO- «TRATADO DE DERECHO CAMBIARIO»
- VICENT CHULIÁ, FRANCISCO- «COMPENDIO CRÍTICO DE DERECHO MERCANTIL»

JURISPRUDENCIA CITADA

- ANUARIO DE DERECHO CIVIL URUGUAYO - T. XXXI y XXXII
- ANUARIO DE DERECHO COMERCIAL - T. 5, 6, 8 y 9
- L.J.U. c. 11975