



2034

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES

" A R A G O N "

" EL AVAL EN EL CHEQUE "

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

Alfredo Barrera Mendieta

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

SAN JUAN DE ARAGON,
EDO. DE MEXICO, 1989.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas

Tesis Digitales

Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

REFERENCIA HISTORICA DEL CHEQUE

1 .	ORIGEN DEL CHEQUE	(1)
2 .	ITALIA	(6)
3 .	HOLANDA	(8)
4 .	INGLATERRA	(9)
5 .	FRANCIA	(1 2)

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL CHEQUE

A .	CONCEPTO DEL CHEQUE	(1 4)
B .	REQUISITOS FORMALES DEL CHEQUE	(2 0)
C .	LA CIRCULACION EL EL CHEQUE	(3 6)
D .	FUNCION ECONOMICA	(4 9)

E .	EL CHEQUE EN NUESTRA LEGISLACION	(5 3)
-----	--	-------

CAPITULO III
EL AVAL EN EL CHEQUE

A..	CONCEPTO Y NATURALEZA DEL AVAL	(5 4)
B .	EL AVAL, FIANZA Y ACEPTACION	(6 8)
C .	LA VALIDEZ DEL AVAL EN EL CHEQUE	(7 9)
D .	LA INOPERANCIA PRAGMATICA DEL AVAL EN EL CHEQUE	(8 2)
E .	PROPUESTAS	(9 0)
CONCLUSIONES		(9 2)
BIBLIOGRAFIA		(9 5)

INTRODUCCION

El hombre en esa constante búsqueda de perfección, trata de encontrar medios por los que mejore su nivel de vida y satisfagan sus necesidades.

Así, en cuanto a las formas o instrumentos que utiliza para realizar su actividad mercantil, se sabe que han evolucionado desde las primeras prácticas o rudimentarios documentos de crédito utilizados en las antiguas ferias, hasta convertirse en elementos reglamentados y donde su aplicación se vuelve sencilla y fácil de comerciar.

Por tal motivo, el cheque al ser un instrumento de pago hace que dentro de esta función se le ponga una especial atención en cuanto a buscar una reglamentación uniforme y que atienda a esa naturaleza en relación con otras figuras como es el caso del aval.

A este respecto el pequeño estudio que se presenta sobre una garantía personal llamado aval, muestra tanto su aceptabilidad en el cheque en su aspecto doctrinario como su innacep-

tabilidad e inoperancia dentro de la práctica y usos bancarios actuales.

Tanto por su naturaleza y función del cheque determina dos en ley, resulta innecesario el que se apliquen normas del aval a un cheque, y sin embargo, se puede proponer reglamentar el aval con una verdadera ubicación dentro de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

CAPITULO I
REFERENCIA HISTORICA DEL CHEQUE

- A. ORIGEN DEL CHEQUE
- B. ITALIA
- C. HOLANDA
- D. INGLATERRA
- E. FRANCIA

CAPITULO I

REFERENCIA HISTORICA DEL CHEQUE

A . ORIGEN DEL CHEQUE

Existe una gran variedad de opiniones respecto de cual es el origen de la palabra cheque. La gran mayoría coincide en -- que es de origen inglés; y aunque se le otorga el mérito a Inglaterra de haber sido la creadora de éste importante instrumento de pago que es en la actualidad, sigue discutiéndose el verdadero origen de su denominación.

Así pues, es hasta nuestros días difícil de determinar con exactitud el verdadero origen del cheque, debido a que tanto su etimología que carece de una base cierta, como los países que disputan el privilegio de haber concebido primariamente prácticas relativas a la invención de este importante título, no muestran pruebas que resulten fehacientes para considerarlos como verdaderos creadores del cheque y con ello, borrar toda huella de duda hacia los demás, puesto que la doctrina existente menciona formas o usos de los primeros intentos del cheque, en los diversos países europeos, pero en ninguno de ellos el prototipo del cheque.

Tan incierto es el origen del cheque que algunos tratadistas han pretendido encontrar antecedentes remotos en la antigua Grecia y Roma, pues en aquella época ya se practicaba, el --- confiar dinero a una determinada persona en un lugar para que a cambio de una suma de dinero, se obligaran a entregarlo en un si tío distinto a aquel; se practicaba lo que se conoce como el --- "cambium traectium", y la "prescriptio o permutatio" (1).

En realidad, eran documentos parecidos a la letra de --- cambio en su forma rudimentaria, por ello, diversos autores han querido encontrar en estos documentos cierta similitud con relación al cheque; sin embargo, en estos documentos se encuentran --- instituidas las primeras practicas que la historia registra como los antecedentes más lejanos en el nacimiento e invención del mo derno cheque (2).

Al respecto Bouteron comenta que aquellos documentos no tenían las características del cheque moderno, porque en ellos --- faltaba un elemento esencial como lo es, la cláusula "a la or--- den", necesaria para considerar que un documento mercantil ---

-
- (1) GONZALES BUSTAMANTE, JUAN JOSE, El Cheque, Edit. Porrúa, México, 1985, pag. 4
- (2) Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN, Derecho Bancario, Edit. --- México, 1980, pag. 83

reciba el nombre de cheque, como se le conoce actualmente (3).

Si bien es cierto, que dentro del concepto del moderno cheque, los bancos de depósito son importantes dado que históricamente es indudable la existencia en la antigüedad de instituciones precursoras de ellas, así como las diversas operaciones de depósito de dinero en poder de terceras personas a quienes -- sus acreedores daban ordenes en forma de documentos para la disposición de tales depósitos, también lo es, que ello, da pauta para pensar en la posibilidad de que el cheque se originara en -- estos bancos en la Cuenca del Mediterráneo a finales de la Edad Media y a principios del Renacimiento (4).

Pero hay que tener en cuenta que el cheque no surge con las instituciones de depósito, sino que aparece con anterioridad a los bancos. El cheque es el producto de la actividad bancaria y del desarrollo que alcanzan los bancos de la Edad Media para -- llevar al cabo sus operaciones, difundiéndose y otorgando confianza a los depositantes, porque es precisamente con estas ----

-
- (3) Cfr. DE PINA VARA, RAFAEL, Teoría y Práctica del Cheque, ---
Edit. Porrúa, México, 1981, pag. 77; Apud, BOUTERON, Le ---
cheque, pag. 67
- (4) Cfr. CERVANTES AHUMADA, RAUL, Títulos y Operaciones de Crédito,
Edit. Porrúa, México D.F., 1985, pag. 106

operaciones de depósito que se comienzan a emplear ordenes o man
datos de pago, cuya finalidad era entregarlos directamente al --
banquero depositario, quién ponía a disposición de un tercero, -
la suma indicada en ellos; facultándolo de esta manera para reti
rar del banquero depositario el importe del documento.

Tomando en consideración que el origen del cheque está-
relacionado con los depósitos bancarios, y que es discutible su-
existencia en instrucciones precursoras, tal vez su denominación
se desarrolló antes que su práctica,

Lo cierto, es que de esta íntima relación es innegable-
que el moderno cheque haya tomado fuerza y se desarrollara en el
siglo XVIII, floreciendo y tomando una forma propia y definida.

En cuanto al origen de la palabra "cheque", Eduardo Pa-
llares dice, que Inglaterra fue la primera que dio origen al che
que ya que el mismo nombre del documento es inglés, esto de ---
acuerdo al verbo: TO CHECK, que significa controlar a la expedi-
ción o al pago del documento (5).

Esto es debido a que en los países anglosajones el che-
que tuvo un gran desarrollo y trajo como consecuencia que en ---

(5) Cfr. PALLARES, EDUARDO, Titulos de Crédito en General, Edit.
Porrúa, México, 1981, pag. 251

Inglaterra y Estados Unidos se desarrollaran numerosos bancos de depósito que crearon la costumbre de pagar con cheque, generalizándose esta costumbre hacia los demás países.

Para otros autores, el origen de la palabra cheque deriva del latín scaccarium, pues según sostienen, los soberanos ingleses, expedían ordenes de pago o mandatos a su tesorería real en el siglo XII, recibiendo el nombre de - exchequer -.

Octavio A. Hernández, le atribuye origen francés, indicando que el vocablo francés del cheque, adoptó la forma inglesa de "check", pasando al español como cheque. Así también G. Cohen dice que el cheque, es de origen francés y que deriva directamente de la palabra "SHES", que significa jaque o "ECHIQUER", cuya expresión es, tablero de ajedrez; ya que era una mesa en forma de tablero ajedrezado del que se servían los banqueros para contar el dinero (6).

De tal manera, es tan importante la trascendencia lograda en las distintas épocas y países donde el cheque se desarrolló y difundió que merece ser tratado más detalladamente como se presenta a continuación.

-
- (6) Cfr. BAUCHE GARCADIENGO, MARIO, Operaciones Bancarias, Edit. Porrúa, México, 1980, pag. 91; Apud, OCTAVIO A. HERNÁNDEZ, - Derecho Bancario Mexicano, pag. 225

B . ITALIA

Históricamente, los primeros precedentes del moderno — cheque, aparecen en la Edad Media en los siglos XVI y XVII.

Es en Italia, donde se habla de documentos desarrolla— dos por la afluente actividad bancaria. Se conocen en esa época, los certificados de depósito, cuentas y pagos de giros (que eran trasladados de una cuenta a otra en virtud de una orden de pago) emitidos por los primeros bancos de Venecia y Bolonia (7).

Los documentos como los certificados o fes de depósito, emitidos por los bancos funcionaban como resguardos expedidos — por los banqueros a sus clientes para acreditar la constitución— de depósito de dinero y facilitar su retiro.

Pero estos títulos no llegan a considerarse como antece— dentes del moderno cheque, puesto que el banco es quién los emi— te, lo que señala una característica que no posee el moderno che que (8).

(7) Cfr. CERVANTES AHUMADA, Op. cit., pag. 107

(8) Cfr. DE PINA VARA, Op. cit., pag. 50

Es hasta la segunda mitad del siglo XVI, donde aparece la polizze sciolte y la polizze notata fede, expedidos por el -- banco de Nápoles, donde en las primeras, el librado atestiguaba o certificaba la existencia de fondos; situación que en las segundas no certificaban la provisión del librador al tomador, por lo que el pago se condicionaba a los fondos disponibles en poder el Banco (9).

Lo cierto de estos recibos o documentos, es que poseen en su estructura y funcionamiento, las características de un mandato de pago, pero también es cierto que tales documentos alcanzan una mínima similitud respecto a las características que forman el concepto de cheque.

(9) Ididem, par. 52

C . HOLANDA

A fines del siglo XVI en Holanda, se tienen noticias — del moderno cheque. En la ciudad de Amsterdam, era común entre — comerciantes, confiar a cajeros públicos, la custodia de sus capitales, de los que disponían a través de libranzas o asignaciones contra los cajeros (10).

Estos documentos en forma de ordenes de pago recibieron el nombre de "Letras de Cajero" o "Letras de Caja", (*Kassiersor-sifje*).

Las letras de caja fueron reguladas por la ordenanza — del 30 de enero de 1776, en las que se inspiró la moderna legislación holandesa respecto al cheque.

Estos datos son los únicos antecedentes sobre los cuales los holandeses apoyan su criterio para sostener que fue su país el primero que dio origen al cheque.

(10) Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, *Op. cit.*, pag. 84

D . INGLATERRA

Inglaterra es llamada con justicia "La tierra de elección del cheque", porque es precisamente en éste pueblo, donde se generaliza y difunde antes que en ningún otro país, y junto con el depósito bancario alcanza un gran desarrollo (11).

De ésta forma, la mayoría de los autores dicen que el cheque es un documento cuyo origen se encuentra en Inglaterra, donde su desarrollo y aceptación se consolida en la segunda mitad del siglo XVIII.

Es pues, en este siglo donde el cheque se convierte en uno de los principales instrumentos bancarios de aquella época; debido al uso comercial y a la facilidad con que se llevan al cabo las operaciones bancarias.

Justamente en este período, los orfebres londinenses depositaban metales preciosos en la Casa de Moneda de Londres. Para el año 1640, el rey Carlos I Estuardo, decide confiscar la

(11) TENA, FELIPE DE JESUS, Derecho Mercantil, Edit. Porrúa, ---
México, 1984, pag. 377

totalidad de los depósitos en beneficio de la corona inglesa.

Ante esta situación de injusticia, los orfebres deciden custodiar por si mismos sus metales; así, comienzan a recibir depósitos a cambio de recibos de entrega llamados "Goldsmith's ----- Notes" que eran billetes entregados contra depósitos en oro, a la vista y al portador (12).

Estos documentos se difundieron con una extraordinaria rapidez, provocando con su uso que dejara de existir inseguridad por alguna causa de confiscación, hacia quien depositaba el monetario.

En 1694 se crea el Banco de Inglaterra, el cual pretendía tener el control de todas las operaciones bancarias, consiguiendo sus objetivos en 1742 cuando el parlamento prohíbe a los bancos privados emitir los Bankers Notes, dando el control único al Banco de Inglaterra. De tal prohibición nace el cheque, ya que se mantuvo con esto el servicio de depósito, puesto que ya no se entregan billetes, sino que solo se abona el efectivo del cliente, pudiendo girar de su crédito.

Con esta práctica nace el cheque en Inglaterra donde la

(12) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Op. cit., pag. 84

- 11 -

ley inglesa Bills of Exchange Act, publicada el 18 de agosto de 1882, en su artículo 73 dice "El cheque es una letra de cambio a la vista girada contra un banquero".

Por todo ello, a Inglaterra se le otorga el mérito de ser quién creó el cheque, pues es aquí, donde este importante -- instrumento de pago alcanzó un carácter definitivo, así como su desarrollo y aceptación en otros países.

R . FRANCIA

En Francia se publica la primera ley reglamentaria sobre el cheque; con esta ley se logra sistematizar e integrar normas en un ordenamiento basado en costumbres bancarias.

La ley francesa del 23 de mayo de 1865, es un diseño basado integralmente en prácticas inglesas que sobre el cheque existían (13).

Pero es en realidad en Francia donde se separa el cheque de como venía actuando, es decir, como un instrumento de pago y no como una modalidad de la letra de cambio, como era considerada hasta entonces en Inglaterra.

Por esta razón, se autoriza que se emitan cheques contra banqueros, comerciantes y no comerciantes contrariamente a lo que en Inglaterra se acostumbraba, originando que la provisión fuera disponible y exigible por el tomador.

Esta ley tuvo gran importancia debido a que las -----

(13) DAVALOS MEJIA, CARLOS, Títulos y Operaciones de Crédito, -
Quiebras, Edit. Hasla, México, 1985, pag. 158

- 13 -

reglamentaciones bancarias estuvieron basadas en costumbres inglesas.

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL CHEQUE

- A. CONCEPTO DEL CHEQUE
- B. REQUISITOS FORMALES DEL CHEQUE
- C. LA CIRCULACION DEL CHEQUE
- D. FUNCION ECONOMICA
- E. EL CHEQUE EN NUESTRA LEGISLACION

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL CHEQUE

A . CONCEPTO DEL CHEQUE

Si bien es cierto que la creación del cheque es uno de los más importantes títulos de crédito existentes desde el siglo pasado, también lo es que el origen de la palabra cheque, no se ha podido determinar con la veracidad que en cierta forma gozan otros títulos de crédito en la actualidad.

Es necesario señalar que el origen de esta palabra ha sido muy discutido a través del transcurso del tiempo y por los diversos tratadistas, en donde el cheque ha sido acentado por la función económica que desempeña, y esto origina que se pretenda definir de acuerdo a sus características.

No obstante, el hecho de que una gran mayoría de autores pretenda definir en una forma clara y precisa al cheque, da pauta para la existencia de una infinidad de conceptos, como se hace notar con la definición de cheque de algunos tratadistas re conocidos, como son:

Ascarelli: " El cheque es un título de crédito que ---

contiene una orden de pago girada contra un banquero por quién - tiene fondos en poder de éste, y de los cuales tiene derecho disponer por medio de cheques " (14).

Greco: " La asignación bancaria o cheque, es una asignación expresa en forma escrita, que produce a cargo del asignante la obligación de hacer cumplir una prestación y sirve esencialmente como medio de pago " (15).

Bauche Garciadiego: " El cheque es un título de crédito nominativo o al portador, negociable o no negociable, por medio del cual una persona llamada librador, ordena a otra llamada librado, el pago incondicional y a la vista de una suma de dinero, a persona determinada o indeterminada en el propio documento ", (16).

Hamírez Valenzuela: " El cheque es un título de crédito por medio del cual una persona llamada librador, ordena incondicionalmente a una institución de crédito, que es el librado, el-

(14) ASCARELLI, TULLIO, Derecho Mercantil, Edit. Porrúa, México - 1940, pag. 568

(15) GRECO, PAOLO, Curso de Derecho Bancario, Edit. Jus, México- 1945, pag. 224

(16) BAUCHE GARCADIENO, Op. cit., pag. 32

pago de una suma de dinero a favor o a la orden de una tercera persona llamada beneficiario (17).

Así como estas definiciones, se pueden encontrar más, - las cuales, si no carecen de elementos como mencionar que es un título o que posee la característica de una orden incondicional, se llega a sustentar que existe semejanza con la letra de cambio, sin recapacitar que existen marcadas diferencias entre ambos títulos de crédito; como lo es, la relativa a la función económica que desempeña cada uno de ellos, ya que mientras el cheque, es un instrumento de pago, la letra de cambio es un instrumento de crédito.

Todas estas fallas han originado que no se estructure - una definición que enmarque todas las características de este importante instrumento de pago.

Tal vez, uno de los principales motivos para que toda - legislación no precise una definición del cheque es por las condiciones variables en las cuales se maneja, ya que cada país mantiene un concepto propio de acuerdo a los usos del mismo.

Las definiciones existentes, tanto las que nuestra ----

(17) RAMIREZ VALENZUELA, ALEJANDRO, Introducción al Derecho ----
Mercantil y Fiscal, Edit. Limusa, México, 1981, pag. 211

legislación mercantil tiene, como las extranjeras, muestran una falta de unificación; de tal manera que ni en la misma Ley Uniforme de Ginebra se da un concepto de cheque sino exclusivamente en el art. 10. menciona los requisitos que debe contener, que a la letra dice:

I.- La denominación del cheque inserta en el texto mismo del título y expresada en el idioma empleado para su redacción.

II.- El mandato puro y simple de pagar una suma determinada.

III.- El nombre del que debe pagar (librado).

IV.- La indicación del lugar de pago.

V.- La indicación de la fecha y del lugar de la emisión del cheque.

VI.- La firma del que expide el cheque (librador).

Aunque la idea central de esta Ley Uniforme era crear una estructura que pudiera seguirse en todos los países, no resultó del todo completa debido a que gran parte de los países -- utilizan el cheque bajo la forma de sus necesidades cambiarias; y aunque México tampoco siguió la línea de la Ley Uniforme, sí -- tomó precesos en cuya Ley General de Títulos y Operaciones de -- Crédito, le da aplicabilidad y abre camino para la creación de -- un concepto que vaya de acuerdo a lo que el país necesita.

No obstante, nuestra Ley no da una definición de cheque, sino que da los elementos para estructurarla; de tal manera la doctrina mexicana ha creado un sin fin de definiciones para satisfacer las características de este título de crédito; sin embargo, por regla en las definiciones se prescinde de algo básico y a pesar de existir tantos conceptos no se cumple con la pretensión deseada.

Sobre este hecho, Bustamante dice que " los principales escollos que encontramos al intentar definir su naturaleza se deben a la multitud de teorías elaboradas por los tratadistas que insensiblemente nos conducen a una confusión de conceptos ostensiblemente contradictorios " (18).

De igual forma de su acierto Rodríguez Rodríguez, al señalar que no se puede llegar a una definición general sin correr el riesgo de ser rechazada por los demás tratadistas (19).

Pero aún a pesar de todo esto, es posible estructurar una definición con los elementos que la misma L.G.T.U.C. contiene, así se concluye que el cheque es un título de crédito (art. 5o.) nominativo o al portador (art. 23, 25 y 179) que

(18) GONZALEZ BUSTAMANTE, Op. cit., pag. 11

(19) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Op. cit., pag. 83

contiene la orden incondicional de pagar a la vista, una suma de terminada de dinero (art. 176 frac. III y 178) expedido a cargo de una institución de crédito, por quién tiene en ella fondos -- disponibles en esa forma (art. 175) (20).

Esta es una de las definiciones más completas que existen en nuestro Derecho Mexicano, y es que De Pina Vara, aplicó -- con acierto los preceptos de la L.G.T.O.C., que para tal efecto rigen al cheque.

(20) Cfr. DE PINA VARA, Op. cit., pag. 15

B . REQUISITOS FORMALES DEL CHEQUE

Como se dijo en el punto anterior, la L.G.T.O.C. no define al cheque, sino que exclusivamente se limita a señalar elementos que constituyen a un cuerpo legal.

De acuerdo a las características que posee el cheque, - como título de crédito, debe cumplir con ciertos requisitos que lo facultarán a realizar su función económica y donde la formalidad requerida estará acorde a su naturaleza mercantil.

Es bien sabido que todo título de crédito debe cumplir con algunos requisitos señalados en la Ley; en el caso del cheque, para considerarlo como tal, necesita elementos que le son indispensables para su existencia como instrumento de pago y que lo llevarán a ser único e indispensable en su género. ya que entre todos los títulos existentes, su tipificación hace que el marco de legalidad donde se encuentran, señalen sus diferencias respecto de otros títulos, adquiriendo cada uno de ellos una fisonomía particular dentro de la actividad comercial en la que se desarrollan.

EL cheque dentro de sus requisitos formales tiene elementos necesarios y no necesarios para su validez; los que le --

son necesarios lo llevan a encontrarse en el campo de validez de los títulos de crédito, es decir, lo enmarcan en el ámbito del derecho, mientras que los elementos no necesarios, la ley los suple mediante presunciones que no alteran a este importante documento.

Existe la posibilidad de que al cheque pueda faltarle - algún elemento de los que son esenciales para su existencia, es entonces, que como consecuencia de esto se produzca la inexistencia del cheque, porque de acuerdo con el art. 14 de la ley en --mención los documentos y actos solo producirán los efectos pre--vistos por los mismos cuando contengan las menciones y llenen --los requisitos previstos por la ley, cuando no sean expresamente presumibles por la misma.

Así pues, cuando no se cumplan con tales requisitos no-
habrá título cambiario ni obligación cambiaria (21).

Los requisitos que el cheque debe contener los expresa-
en sus seis fracciones el art. 176 de la L.R.T.O.C., que a la le
tra dice:

Art. 176.- El cheque debe contener:

(21) DE PINA, Op. cit., pag. 137

I.- La mención de ser cheque, incerta en el texto del documento.

II.- El lugar y la fecha en que se expide.

III.- La orden incondicional de pagar una suma de dinero.

IV.- El nombre del librado.

V.- El lugar de pago.

VI.- La firma del librador.

Ahora bien, si el cheque no reúne estos requisitos será considerado inexistente.

En estos casos, la ley a través de presunciones suple la falta de manifestación de una voluntad que puede considerarse como omitida.

Es conveniente que a continuación, se analicen estos requisitos en una forma más amplia, comenzando con " la mención de ser cheque inserta en el texto del documento ", como primer elemento esencial que debe contener.

Frac. I. La mención de ser cheque inserta en el texto del documento. Cláusula esencial que marca una diferenciación entre los diversos títulos de crédito existentes; mención que no puede ser sustituida por otra expresión semejante.

De la misma manera que la letra de cambio, en el cheque se señala en una forma especialmente escrita que debe existir — tal mención y donde no existen equivalentes para sustituir la palabra " cheque ".

La palabra " cheque " debe estar inmersa en el texto mismo del documento, ya que es una mención necesaria e indispensable de esta orden de pago, puesto que en caso de omisión traerá como consecuencia su ineficacia como título-valor (22).

Si se presentara la posibilidad de que un título de crédito con las características de un cheque llegara a una institución de crédito, sin tener la palabra cheque, el banco librado — tiene el absoluto derecho de no cubrir su importe porque no puede ser considerado como título capaz de producir una obligación cambiaria.

Rodríguez Rodríguez expresa, que la palabra cheque debe

(22) DAVALOS MEJIA, Op. cit., pag. 163

figurar en el texto del documento, lo que evita fraudes y falsificaciones que pudieran fácilmente realizarse si la mención de ser cheque pudiese figurar fuera del campo del mismo (23).

El que no exista tal mención, es una lejana posibilidad, ya que los bancos imprimen sus propios talonarios reduciendo a una mínima posibilidad de que éste requisito no pudiera cumplirse.

Fracc. II. Lugar y fecha de expedición. Otro requisito, es el que señala la ley en su fracción II.

Por lo que respecta al lugar de expedición, este requisito adquiere trascendencia en cuanto a que el librador en el momento de librar el cheque y apuntar el lugar, a partir de ese instante comienzan a correr los plazos de presentación, establecidos en el art. 181; los de revocación citados como consecuencia del mencionado artículo, y los de prescripción, mencionados en el art. 192.

El lugar de expedición no es considerado como necesario

(23) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Op. cit., pag. 135

para que el cheque sea válido, debido a que la L.G.T.O.C. lo su-
ple con preceptos legales, como es el caso del art. 177 que esta-
blece que a falta de indicación especial se reputarán como lugan-
res de expedición los indicados al nombre del librador o del li-
brado; si se indican varios lugares, se entenderá designado el -
escrito en primer término, y los demás se tendrán por no cues---
tos.

Esta indicación tiene como finalidad que los librado --
res, tengan una determinada provisión al momento en que se pre--
senta el cheque en la institución de crédito.

De esta forma, se toma en cuenta la presentación del --
cheque respecto al lugar de expedición, es decir, se comienzan a
computar los plazos de presentación por el pago como se indica-
a continuación:

a) Dentro de los quince días naturales que siguen al de
su fecha, si fueran pagaderos en el mismo lugar de su expedi ---
ción:

b) Dentro de un mes, si fueran expedidos y pagaderos en
diversos lugares del territorio nacional:

c) Dentro de tres meses, si fueran expedidos en el ex--
tranjero y pagaderos en el territorio nacional, y

d) Dentro de tres meses, si fueran expedidos en el territorio nacional para ser pagaderos en el extranjero siempre — que no fijen otro plazo las leyes del lugar de presentación.

De lo antes expuesto es fácil apreciar que aunque la ley supla este requisito con otros preceptos legales, no deja de tener importancia en cuanto a que de él depende la trascendencia de los plazos.

Por otra parte, respecto a la fecha, tiende de igual manera que el lugar de expedición a fijar los plazos ya señalados, además se puede determinar la capacidad del librador al momento de la expedición del cheque.

La fecha de expedición, es considerada como un requisito formal no necesario para el título de crédito en cuanto que — no lo invalida como tal, pero por el hecho de no invalidarlo, no significa que no lo afecta, atentando la brevedad de los plazos de presentación para el pago (24).

Al hablar de la fecha se hace alusión del día, mes y — año, datos que pueden escribirse, según se prefiera, con letra o

(24) MANTILLA MOLINA, ROBERTO, Títulos de Crédito, Edit. Porrúa, México, 1983, pag. 279

con número, con la única condición de que sean auténticos.

En el supuesto caso de librarse un cheque con una fecha que sea falsa o inicial, se estará en presencia de cheques antedatados y cheques posdatados.

Los cheques antedatados son aquellos en los cuales se señala una fecha de expedición anterior a la real. Estos cheques acortan el plazo de presentación a la que realmente es, y normalmente se emplea en circunstancias especiales como lo es la inmovilización de capital.

Los cheques posdatados, son aquellos en los que se indica una fecha de expedición posterior a la real. Con este tipo de cheque se amplía el plazo de presentación para el pago del cheque, dando oportunidad al librador de depositar fondos suficientes para que la provisión pueda cubrir el importe del documento y evitar que sea rechazado (25).

El cheque antedatado y posdatado, desvirtúa la naturaleza de este instrumento de pago, ya que la función exclusiva del cheque, es la pronta liquidación en la ejecución del pago; por tal motivo, estas circunstancias lo convierten en un instrumento

(25) DAVALOS MEJIA, Op. cit., pag. 290

de crédito contradiciendo su función económica.

Frac. III. La orden incondicional de pago. Otro requisito que -- menciona la ley, es el que se establece en la fracción III, respecto a que el cheque debe contener la orden incondicional de pagar una determinada cantidad de dinero.

Debido a la trascendencia de este requisito, la ley no lo suple con otros preceptos, lo que ocasiona que si el cheque -- no la posee, será causa suficiente para considerarlo como inexigtente.

La orden incondicional de pagar una suma en dinero, es la característica especial del cheque, es lo que faculta a éste-- título para comprender la función económica que realiza (26).

Importante es señalar, que en el momento de la expedi-- ción del cheque, no debe indicarse estimulación alguna que afec-- te la naturaleza jurídica del documento; pero si llegase a pre-- sentarse, toda estimulación en contra de lo establecido se ten-- drá como no puesta.

(26) BUSTAMANTE, Op. cit., pag. 36

Así Rodríguez Rodríguez, manifiesta que la orden incondicional no ha de expresarse en el texto del documento, sino que ésta incondicionalidad es una cualidad de la orden que se cumple no en forma escrita, sino con la ausencia de condiciones en el texto (27).

Por esto, el cheque debe ser una orden de pago pura y simple, sin condiciones que limiten su función, porque hablar de una orden incondicional, es tratar de abatir restricciones que vayan en contra de los principios que la ley persigue.

En la práctica mexicana, no es necesario colocar la palabra incondicional, debido a que en la orden se encuentra impresa la palabra imperativa "Páguese".

Además de expresar "orden incondicional" la fracción III señala "Una suma determinada de dinero". Es decir, que la cantidad a pagar debe ser clara y consignada de acuerdo al depósito bancario previamente hecho.

Cuando el depósito bancario sea hecho en moneda -----

(27) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Op. cit., pag. 154

extranjera, el pago debe efectuarse en la misma especie con que el depósito se haya efectuado, o sea, si el depositario dejó en custodia moneda extranjera puede disponer total o parcialmente de la cantidad que tenga en ese depósito.

En el cheque solo debe aparecer la suma o cantidad de dinero que debe pagarse; debe referirse únicamente a dinero, lo que hace que no sea admitido el pagar con otra especie que no sea el circulante.

De la misma manera, no debe existir indicación expresa que afecte al cheque, como puede ser una estipulación de intereses, convenio entre partes, etc., ya que tales indicaciones se considerarán no existentes.

Frac. IV. En esta fracción, la ley determina que el cheque debe contener el nombre del librado.

El librado, es la institución de crédito obligada a efectuar el pago del cheque al momento de presentarse.

El banco será quién otorgue valor a tan importante instrumento de pago.

El nombre del librado está basado en la indicación de - pago que se hace a la denominación social de la institución de - crédito.

La razón social del librado es sumamente importante, de bido a que proporciona al beneficiario el derecho de cobro y de termina el nombre de la persona moral que ha de hacer efectivo - el pago.

En el caso de que llegase a presentarse la omisión o -- falta de nombre de la institución de crédito, trae como conse -- cuencia que el cheque no sea válido como título de crédito. Pero en la práctica, el nombre del librado ya se encuentra impreso en las ordenes de pago, porque es la misma institución bancaria, -- quien entrega los formatos cuando se hace el contrato de che -- ques.

Cabe señalar que el art. 175 de la ley en mención, seña la en su párrafo primero, que el cheque solo puede ser expedido a cargo de una institución de crédito; y donde la ley emplea la expresión " institución de crédito " abarca una gran variedad de instituciones bancarias, pero solo está referida a aquellas que puedan recibir depósitos bancarios a la vista, de igual forma se rán las instituciones financieras y las instituciones de banca - múltiple.

Frac. V. Lugar de pago. Este es otro de los requisitos formales- que no se considera indispensable para la validez del cheque por que se ampara en otro precepto legal: el art. 177 de la propia - ley.

El artículo en mención, señala que se respetará como lu gar de pago el que se indique junto al nombre del librado.

El lugar de pago debe entenderse como la localidad geo- gráfica en que el librado pagará el cheque.

El mismo precepto establece que si se indican varios lu gares, se entenderá designado el escrito en primer término, y -- los demás se tendrán como no puestos. A falta de indicación de - lugar, el cheque se reputará pagadero en el domicilio del libra- do.

Las instituciones de crédito, cuentan con innumerables- sucursales, es por esto que al estipularse el lugar de pago el - cheque será cubierto en la matriz, o sea, en el lugar donde di-- cha institución tenga establecidas sus oficinas principales, con sideradas así por el banco librado.

Frac. VI. La firma del librador. Este es el último requisito ---

formal, de gran importancia y trascendencia dado que sin la firma el título carece de validez como orden de pago y no existiría la acción cambiaria ni menos aún el título de crédito.

Conforme al art. 183 de la ley en cita el librador es responsable del pago del cheque, es la persona física o moral que da con su firma la orden incondicional de pago, es el creador del cheque y el principal responsable de que se cubra su importe.

La firma, es la indicación de nombres, apellidos o rúbrica en la forma habitual para suscribir documentos, teniendo que ser autógrafa y manuscrita.

La firma en el cheque puede ser estampada por personas jurídicas, siempre y cuando en el cheque aparezca la denominación o razón social de la empresa por la cual se está firmando el título.

También puede ser puesta por persona física siendo indispensable conocer la capacidad que tenga el librador al momento de suscribir el cheque, es decir, debe tener capacidad legal para contratar.

Por tal motivo, tienen incapacidad para contratar los menores de edad no emancipados, los mayores de edad declarados

en estado de interdicción, los idiotas, sordomudos que no sepan leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas o enervantes.

La incapacidad del librador, anula su obligación consistente en la responsabilidad de pago, pero no invalida al cheque como instrumento de pago.

Una vez estudiados los requisitos que debe contener el cheque es prudente analizar cada uno de los elementos personales del título en cuestión. Se ha dicho que el librador es la persona que suscribe el cheque; se habló del librado, que es la institución de crédito autorizada para cubrir el importe del documento; y la última persona es el beneficiario o tomador, que es, a quien debe otorgársele el pago del título.

Cualquier persona, no importa si es una persona física o moral, puede ser beneficiario de un cheque, pero siempre y -- cuando tenga capacidad general, es decir, que sea una persona -- con absoluta capacidad de goce y de ejercicio.

En la práctica, la institución de crédito no cubre el -- importe de un cheque a personas incapaces, por ejemplo a menores de edad.

Así pues, el beneficiario puede ser una persona cuyo --

- 35 -

nombre aparezca en el cheque o simplemente no se menciona, como-
en el caso de los cheques al portador.

C . LA CIRCULACION DEL CHEQUE

Una de las características esenciales que posee todo título de crédito, además de los que forman y constituyen su naturaleza para reunir los requisitos de formalidad y que son características típicas de estos documentos como, la incorporación, - legitimación, literalidad y autonomía, es la circulación de un documento.

Todos los títulos de crédito están destinados a la circulación, a fin de que el derecho literal que en ellos se consigna sea fácilmente aplicable dentro del comercio (28).

Referirse a la circulación de un documento, es hablar de un movimiento, de un cambio, de desplazamiento o transmisión de un título de crédito, cualquiera que éste sea, entre un sujeto y otro, con la total independencia del o los motivos que lo lleve a realizarlo.

A la función que realiza la circulación, se le ha dotado precisamente para pasar de una patrimonio a otro en situaciones de libertad, es decir, sin dilataciones ni trabas, como una

(28) MUÑOZ, LUIS, Derecho Mercantil, Tomo III, Cárdenas Editores y Distribuidores, México, 1981, pag. 187

forma común tanto en el ámbito mercantil como en el ámbito civil (29).

En el momento que un título comienza a circular, las obligaciones y derechos contenidos y estrictamente determinados por el texto del documento forman una declaración de carácter negocial a fin de cumplir con la obligación de quien suscribe el documento. Porque la función específica que posee la circulación es la de facilitar el cambio rápido de valores dentro de la actividad mercantil en la que se desenvuelven.

Como ya se dijo, los títulos de crédito, son creados con la intención de circular, así pues, la misma ley señala la diferencia que existe entre los títulos considerados propios y los títulos impropios. De tal forma señala en su art. 60. la diferencia que existe entre ambos y donde a los títulos impropios se les enmarca la característica de que: " no son aplicables a los boletos, contraseñas, fichas u otros documentos que no estén destinados a circular y sirven exclusivamente para identificar a quien tiene derecho a exigir la prestación que en ellos se consigna ".

De aquí se concluye que los títulos impropios son aquellos que no pueden circular y cuya finalidad es llamar a la

(29) TENA, Op. cit., pag. 392

persona que tiene el derecho de recibir un servicio o una prestación.

Ahora bien, al no existir un motivo legal que se oponga a que el cheque sea considerado como un título de crédito por reunir las características que determina la ley, participa dentro de la circulación.

El cheque, se distingue de los demás títulos de crédito por su función de pago, la cual lo limita para una amplia circulación. No es un título como la letra de cambio, que es un documento hecho especialmente para circular.

Estos motivos no son suficientes para creer que el cheque no pueda circular; ya que sí puede hacerlo pero con las propias limitaciones que la ley señala, es decir, dentro de los límites temporales que le impone su obligación de pago, en relación a los plazos de presentación señalados en el art. 181 de la L.G.T.O.C.

El art. 21, de la Ley mencionada establece que los títulos de crédito pueden ser, según la forma de su circulación, nominativos o al portador, precepto vinculado estrechamente con el art. 179 de la misma ley, que se refiere a estos tipos de cheque.

Así el cheque puede circular bajo tres aspectos que lo caracterizan:

- a) Nominativo.
- b) Al portador.
- c) No negociable.

a) Cheques nominativos. Son los expedidos a favor de una persona cuyo nombre se consigna en el texto mismo del documento y que -- puede ser transmitido por endoso y entrega material del título. - (30).

Se pueden distinguir dos clases: los títulos de crédito propios y los impropios.

Los títulos nominativos propios son aquellos en los que se designa a una persona como titular del mismo, pero con la característica de que el obligado en ellos, deberá llevar un registro de los títulos emitidos, reconociendo como titular a quién - aparezca en dicho registro.

Los títulos nominativos impropios, son títulos que se - expiden a la orden, y que se consideran expedidos a favor de una persona determinada, que por mandato de ley serán girados -----

(30) DE PINA, Op. cit., pag. 181

siempre a la orden diferenciándose de los primeros en que para -
transmitirse solo se necesitará el endoso del titular y la entrega
ga del documento.

Esta clase de documentos son de naturaleza " a la or --
den " pero en el caso de que el tenedor quisiera no transmitir -
el documento, podrá insertar las cláusulas " no a la orden ", o -
" no negociable ".

Cuando se transmite un título de crédito existe el traspaso
paso de un derecho principal que está contenido en el documento -
y cuando exista cláusula en contrario se tomaran los derechos --
accesorios.

El cheque nominativo puede transmitirse por endoso o --
por cualquier otro medio legal.

El endoso consiste en transmitir un título de crédito -
legitimando al nuevo tenedor como dueño, pudiendo ejercer los de
rechos inherentes del título; se hace escribiendo en el dorso --
del documento o en hoja adherida a él, la anotación en forma de -
orden de pago, dirigida al librado y con la firma del endosante.

Los requisitos que un endoso debe contener estan señala
dos en el art. 29 de la L.G.T.O.C. y son:

- I.- Nombre del endosatario
- II.- La firma del endosante
- III.- La clase de endoso
- IV.- El lugar y la fecha.

Si embargo en la práctica, los requisitos del endoso para su existencia, se reducen a uno de sus elementos: la firma -- del endosante, los demás los suple la ley a través de otros preceptos.

Así, el art. 30 manifiesta que si existiera la omisión de colocar en el título de crédito el nombre del endosatario, de ninguna manera se considera motivo de invalidez del endoso por -- que en ese supuesto se tratará de un endoso en blanco.

Cuando falta el lugar y la fecha del endoso la ley lo -- suple con la presunción de que el endoso fue hecho en el domicilio del endosante y respecto a la fecha, serían en el momento en que recibió el documento.

Tratándose de la ausencia del tipo de endoso se considera -- rá que es un endoso en propiedad.

Cabe aclarar que existen varias clases de endoso:

- 1.- Endoso en Propiedad, es el que transmite en forma --

absoluta el documento y se hace junto con la entrega material -- del mismo.

2.- Endoso en Procuración, no transmite la propiedad pero da facultades para presentar el título al cobro judicial.

3.- Endoso en Garantía, es un endoso que da al endosatario derechos y obligaciones de un acreedor prendario.

El primero de dichos endosos transmite la propiedad del título y de todos los derechos inherentes a él; básicamente es -- el único que cumple con la función de darle circulación al cheque, ya que este tipo de endoso, constituye una cesión de derechos, o una enajenación del documento como cosa (31).

Los derechos inherentes, están en función del art. 18 -- de la ley en mención, donde la transmisión del título implica el traspaso del derecho principal en él consignado, es decir, este endoso legitima al endosatario para ejercitar los derechos consignados en el título.

El endoso en procuración, es un tipo de endoso con -- efectos limitados puesto que no transfiere la propiedad del --

(31) Ibíd., pag. 189

título sino único y exclusivamente otorga el derecho de transitar el cobro judicial o extrajudicial. Es un mandato que facilita el ejercicio de los derechos que concuerdan al endosante, cuando no pueda ejercitar por sí mismo el cobro del cheque, de tal forma - que la titularidad del derecho sigue perteneciendo al endosante - y el endosatario solo adquiere los derechos y obligaciones de un mandatario. Con este endoso, el título de crédito llamado cheque pierde su calidad de circulante.

El endoso en garantía tiene como característica común - que solo funciona en aquellos títulos considerados a la orden, y cuya función es la de garantizar una deuda; también es llamado - endoso en prenda y lo regula el art. 16 de la L.C.T.O.C., señalando que el endoso con las cláusulas " en garantía ", " en prenda ", u otra equivalente, atribuye al endosatario todos los derechos y obligaciones de un acreedor prendario respecto del título endosado y los derechos a él inherentes, comprendiendo las facultades que confiere el endoso en procuración.

Todo título de crédito endosable puede constituirse en prenda como cualquier otro derecho, es decir, se le puede entregar al acreedor como garantía de la obligación del deudor, por lo que si el título llegara a su vencimiento, sin que el deudor pueda satisfacer la obligación, el acreedor podrá ejercitar los derechos contenidos en el título de crédito que está bajo su poder en calidad de prenda en esos momentos.

Existe además de estos endosos uno que la ley no lo determina como tal: el endoso en blanco, es aquel en el que por - contener solo la firma del endosante, cualquier tenedor puede - llenarla con su nombre, o colocando el nombre de otra persona.

Dentro de la práctica mercantil, esta forma de endoso, - es muy aceptado ya que permite con mucha facilidad transmitir títulos de crédito, o en el caso de un cheque sin llenar el endoso puede transmitirse, no dejando señas en el patrimonio de las siguientes personas a quienes se les pueda transmitir sin comprometer su responsabilidad.

El endoso en blanco permite la transmisión del cheque a la orden por simple tradición como si fuera un cheque al portador, es decir, hasta que el endoso en blanco no le siga otro tipo de endoso, el cheque circulará al portador.

b) Cheque al portador. Los cheques al portador son los expedidos a favor de persona indeterminada, contengan o no la cláusula -- " al portador ".

Un cheque se considerará al portador cuando:

1o.- No se indique en el texto a favor de quien se expide y contenga la cláusula " al portador ".

2o.- Se expida a favor de persona determinada y, además

contenga " al portador ".

3o.- No se indique a favor de quien se emite, ni contenga la cláusula " al portador ".

El cheque al portador hace que su circulación sea solamente mediante la entrega material del título; es el que se conoce por tradición del documento, ya que para el tomador no es necesario demostrar su identidad, debido a que la entrega del documento es prueba más que suficiente para considerarlo como legítimo tenedor, puesto que se transmite de una persona a otra.

Se usa la cláusula o expresión " al portador " dentro de la práctica bancaria porque se considera al documento expedido a persona indeterminada, es decir, se considera extendido al que porta el título de crédito.

Cuando se es poseedor de un cheque al portador se entiende que el tenedor adquiere a partir de este momento el derecho literal y autónomo que contiene, el hecho de que se extravíe o deteriore, se considerará que también se pierden sus derechos.

El cheque que entre a la circulación con la cláusula al portador, obliga a la institución de crédito a pagar el importe del título a quien lo presente, independientemente de si el título lo al suscribirse fue por voluntad del suscriptor o no lo fue en los casos de muerte o incapacidad.

Con lo anterior se puede afirmar que el que libra un cheque al portador no podrá oponerse a su circulación, puesto que el título al ser transmitido por medio de la tradición a un tenedor, no podrá alegar el librador que se operó de mala fe.

El que es dueño de un cheque en forma legal tiene el amparo legal, en los casos de robo o extravió, deterioro o mutilación del documento.

Así, quién pierda o le sea robado un cheque, puede notificarlo a la institución de crédito, por medio del juez del lugar donde deberá efectuarse el pago y donde la obligación del librador será cubrir al denunciante el importe del cheque después de que prescriban las acciones del documento.

En el caso de que el cheque esté deteriorado o mutilado es posible a través de la protección del documento otorgarle al propietario:

a) La reivindicación del título, con el cual el propietario no poseedor hace efectivo su derecho contra el poseedor no propietario.

b) La notificación del deudor.

c) La cancelación y reposición del título.

c) Cheque no negociable. El cheque no negociable es expedido a favor de persona determinada, cuyo nombre se consigna en el texto del documento, y que no puede ser transmitido por endoso sino por la forma y efectos de una cesión ordinaria.

Los cheques no negociables tienen esta calidad por voluntad del librador o por disposición expresa de la ley.

Los cheques no negociables por voluntad del librador, - son aquellos en los cuales éste coloca la cláusula " no a la orden " o " no negociable " (art. 25 y 210) o también puede utilizar la cláusula " para abono en cuenta " (art. 198).

Los cheques no negociables por disposición de ley son - cheques que se expiden o se endosan a favor del librado (art. - 179), como son los cheques certificados y los cheques de caja -- (arts. 199 y 200).

Hay ciertas excepciones respecto a estos dos supuestos, que la misma L.G.T.O.C. contempla respecto a que existe la posibilidad de cambiar la forma de circulación impuesta por primera vez al título, por ejemplo, cuando el tenedor inserta en el título, " no a la orden " o " para abono en cuenta " tales inserciones persiguen una finalidad que es, la de que el título tenga mayor protección contra robo o deterioro.

Un cheque no negociable no puede transmitirse por endoso, pero sin embargo, la excepción esta en que solo a las instituciones de crédito se les esta permitido, con el objeto de hacer efectivo su cobro.

Cuando un cheque se expide o es endosado a un banco, la ley le otorga el caracter de no negociable, por ser un título — que al momento de presentarse debe pagarse a la vista, y donde — el librado deberá pagarlo.

Con esto, la institución de crédito que lo recibe no — puede poner a circular nuevamente el cheque que recibió porque — la circulación de este importante instrumento es sumamente restringida, más que ningun otro título existente en nuestra legislación.

Es por ello, que el cheque no negociable no puede transmitirse en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria.

D . FUNCION ECONOMICA

El cheque y los depósitos bancarios a la vista están es trictamente relacionados, esto debido a que la naturaleza económica y el funcionamiento de este importante instrumento de pago, tiene íntimas relaciones con el depósito bancario pues solo — quién tiene fondos en una institución de crédito y tenga autorización por ésta puede librar cheques a su cargo, es por esto, — que hay una relación importante entre la institución de crédito, los depósitos bancarios y el cheque.

Los bancos realizan una función importante en relación a los créditos y a los pagos y se interpreta como la de intermediario en los créditos debido a que se encarga de recibir las su mas de dinero que los particulares, personas físicas o morales — depositan; de igual manera se encarga de realizar operaciones y concretarlas con la finalidad de captar mayores intereses de los que paga a aquellas personas que han realizado depósitos.

Las instituciones de crédito se encuentran en la posibi lidad de cubrir depósitos en el momento en que algún depositante desea retirar su dinero, reembolsando lo que solicite, es decir, cuando se trata de depósitos hechos a la vista o a plazo fijo.

Las instituciones de crédito pueden realizar operaciones o inversiones que les produzcan una mayor utilidad gracias a que todos los depósitos que reciba no los devuelven en un mismo tiempo, y con ello sus prácticas y negocios los hacen sin riesgo de perder capital.

Como intermediarios en los pagos, los bancos cubren la obligación que tiene el librador. Las instituciones reciben sumas de dinero en depósito, conociéndose a esta operación como -- apertura de crédito, y en tal virtud el banco cubre los pagos de la persona que libra un cheque, pero hasta los límites de la cantidad que ha dejado en depósito.

La orden dirigida al banco para pagar cierta cantidad -- de dinero, es a través de un cheque. Es el mismo banco quien le proporciona al librador una libreta especial llamada talonario -- la cual utilizará para efectuar sus pagos. Quién recibe un cheque en pago, es porque tiene la suficiente confianza de que el -- librador cuenta con los recursos necesarios para amparar la cantidad señalada en el cheque; por esto, la ley protege su circulación a través de la intervención de las vías penales, con el objeto de que no se haga mal uso de este documento.

A través del cheque, se realizan un sin número de pagos esto debido a que su naturaleza económica lo permite, además de que se considera imprescindible por las diversas funciones que --

realiza en el terreno comercial.

El cheque con la característica principal de ser un instrumento de pago, hace posible la sustitución del dinero y sumado a la orden de incondicionalidad que le otorga la ley, da pauta para preparar o sustituir un pago, ya que quien acepta un cheque no recibe un pago propiamente hecho sino una orden para poder llegar a él.

Tan importante es la utilización del cheque como medio de pago, que se dice que solo se distingue del dinero en el aspecto formal (32).

Incluso es usado más que ningún otro título por las ventajas que proporciona como son el movilizar grandes cantidades de capital agilizando la circulación de dinero y sin la molestia de estar transportando metales; por su fácil manejo, se convierte en un título de crédito sencillo de utilizar para su pago; el cheque proporciona seguridad contra robo o extravío, lo que no ocurre con el dinero; también facilita la concentración de dinero en los bancos, así como cubrir con rapidez pagos por compensación reduciendo en un mínimo los mismos que se realizan en efectivo.

(32) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Op. cit., pag. 102

- 52 -

El cheque como instrumento de pago solo libera de su
emisión cambiaria a su librador.

E . EL CHEQUE EN NUESTRA LEGISLACION

El cheque, aún a pesar de las transacciones precedentes como formas no definidas, existentes en México, aparece en nuestro país a mediados del siglo XIX, con la creación de las primeras instituciones bancarias, como fueron el Banco de Londres, México y Sudamérica, fundado en 1864. La gran influencia francesa e italiana hacen que se mezclen en el Código de Comercio una regulación legal, que se aplicaría a este importante instrumento de pago, apareciendo así dicha reglamentación en el año de 1884.

Pero no es sino hasta después de medio siglo, cuando los arts. 552 al 563 del Código de Comercio de 1889 quedan abrogados por el art. 3o. de la L.G.T.O.C. vigente.

La ley del 26 de agosto de 1932 es una reglamentación - distinta a la que se observaba en el siglo pasado, donde se muestra en materia de cheques de acuerdo doctrinal en cuanto a su - forma, funcionamiento y estructura general.

A partir de entonces, se han venido realizando diversos proyectos, en los cuales, México ha mantenido una postura casi - invariable, y ha tomado una forma independiente ante tales proyectos.

CAPITULO III
EL AVAL EN EL CHEQUE

- A. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL AVAL**
- B. EL AVAL FIANZA Y ACEPTACION**
- C. LA VALIDEZ DEL AVAL EN EL CHEQUE**
- D. LA INOPERANCIA PRAGMATICA DEL AVAL EN EL CHEQUE**
- E. PROPUESTAS**

CAPITULO III

EL AVAL EN EL CHEQUE

A . CONCEPTO Y NATURALEZA DEL AVAL

Dentro del campo del Derecho Mercantil, existen varias-
figuras jurídicas de las cuales no se conoce con precisión el -
origen, lugar de donde proceden o el momento en que comienzan a-
desenvolverse en la práctica comercial.

Son muchas las figuras que aparecen con esta problemáti-
ca, pero aunque en la práctica no importa tanto su origen sino -
su función, es necesario dentro de un análisis histórico referir
se a ello.

Un ejemplo que muestra esta situación es " el aval ", -
que por las características que posee, no ha sido posible el com-
probar con exactitud cuando inició su práctica en el ámbito co-
mercial, y aunque algunos países han tratado de ubicarlo en el -
período de la Edad Media, no es verificable con certidumbre el -
origen de tan conflictiva figura que solo es posible observar -
dentro del ámbito del Derecho Mercantil.

El aval fue creado con la intención de garantizar el cumplimiento de un pago, es decir, se crea para proporcionar una garantía cambiaria.

Bajo este principio, es posible encontrar su significado a través de dos tipos de opiniones: la primera, manifiesta - que el aval tiene su origen etimológico de los vocablos " Ad Valorem ", que significa " hacer valer ", esto debido a que el tenedor puede hacer valer sus derechos contra quien se ha constituido como aval.

La segunda opinión habla de que el aval quiere decir - " abajo ". Quizás esta opinión nació al determinar el lugar en donde comenzó a usarse la firma del avalista, quedando sucesivamente como una especie de costumbre.

El aval nace como una figura comercial con características propias y diferentes al contrato de fianza, con el objeto de dar mayor certeza al pago de la obligación que está garantizando.

Se ha mencionado que el aval solo se presenta en el ámbito del derecho mercantil, que es exclusiva y que dentro de su aplicabilidad presenta serios conflictos, ya que si no se cumplen con exactitud los preceptos previstos por la ley, puede llegar a confundirse fácilmente con otras figuras como son el caso-

de la fianza, el endoso o bien de una aceptación.

Bouteron dice que " el aval es una garantía personal de pago, que se agrega como la aceptación de un deudor más al título: un afianzamiento proporcionado generalmente por un tercero - denominado dador del aval " (33).

Garriges en su concepto menciona que el aval es un acto escrito, en el que un tercero se obliga dentro del título, sea - en términos generales y sin restricción, sea en forma limitada o tiempo, caso, cantidad o persona determinada (34).

Para Muñoz el aval, es una garantía objetiva del pago - total o parcial, en favor de una persona determinada que se llama avalado, independientemente de la obligación garantizada --- (35).

Dávalos Mejía dice, que "el aval es la garantía personal de naturaleza cambiaria que un tercero o un signatario de un título presta directa y exclusivamente a uno de los obligados garantizando que parte o la totalidad del título será pagado por -

(33) Ibidem., pag. 187

(34) GARRIGES, Op. cit., pag. 377

(35) MUÑOZ, Op. cit., pag. 197

la cual, inclusive somete como garante todo su patrimonio " --
(36).

Estos son algunos de los conceptos existentes, señalando de igual forma el suyo la L.G.T.O.C. que en su art. 109, establece que " Mediante el aval se garantiza en todo o en parte el pago de la letra de cambio ".

El art. en mención señala que cuando exista una obligación cambiaria que deba cumplirse y una de las partes que intervenga en la obligación manifieste la necesidad de que la otra - parte proporcione una garantía extra que le de mayor certidumbre al cumplimiento de la obligación, será entonces que se pida a un tercero que fluya como una garantía personal para el cumplimiento, llamándoles a esta garantía, aval.

De esta concepción se entiende que el aval será el responsable de las obligaciones si el avalado no cumpliera con -- ellas, ya que la figura del aval es una declaración cambiaria ex clusivamente dirigida a garantizar su pago (37).

El aval fue creado para garantizar, y al cumplir su función de garantía muestra su semejanza con la fianza común.

(36) DAVALOS MEJIA, Op. cit., pag. 93

(37) DE PINA VARA, Derecho Mercantil Mexicano, pag. 353

Dentro de la Doctrina Francesa, se considera al aval como una fianza con carácter subsidiario que encuadra dentro de la fianza comercial cuando es llevada al campo mercantil.

Consideramos al aval como garantía de carácter objetivo, la Doctrina Italiana manifiesta que la persona que otorga el aval no responde de que el avalado cubrirá la obligación sino de que el título será pagado.

De aquí se desprende otra característica que es, su autonomía, es decir, se manifiesta como una figura totalmente independiente de la obligación principal que respalda y que subsiste aún a pesar de que la obligación principal sea nula por cualquier causa.

En cuanto a las formas y condiciones que la ley señala dentro de la actividad mercantil para que el aval se considere como tal, es necesario cumplir con ciertas formalidades que precisan la función que se desea realizar, así en cuanto a la forma en que debe presentarse el aval, necesita dos requisitos para poder nacer a la vida jurídica y desarrollarse, los cuales son indispensables para su existencia y validez.

Señala el art. 111 de la L.C.T.O.C. en su primer párrafo, que " el aval debe constar en la letra o en hoja que se le adhiera ".

Para cumplir con este requisito de solemnidad es necesario que el aval se integre al documento que se pretende avalar, - es decir, no existirá aval si no consta por escrito en el propio título de crédito.

A pesar de que en el art. 111 se señale que un aval puede ser otorgado en documento separado y quizás esto pueda ser - aceptado, dentro de las opiniones más generales existen contradicciones, debido a la falta de uniformidad en este aspecto. En México no es aceptado un aval que se haga constar en hoja o en documento separado, ya que dentro de nuestra legislación tomaría características de una fianza ordinaria, ajustándose al régimen mercantil (38).

Si se llegase a pensar que puede presentarse un aval - por separado se estaría en contra del principio cambiario y se - hablaría entonces de una garantía cambiaria sin valor ni eficacia, no obstante lo anterior en otras legislaciones si es aceptado en documento separado.

En su párrafo segundo dice el art. 111 de la L.G.T.O.C. que el aval se expresará con la fórmula " por aval " u otro equivalente debiendo llevar la firma de quién lo presta. La sola firma puesta en la letra cuando no se pueda atribuir otro signifi -

(38) Ibidem., pag. 356

cado se tendrá como aval.

En realidad por sus características, el aval, no necesita de una forma precisa para otorgarse, será suficiente que se quiera expresar y prestar, ya que la L.G.T.O.C. solo otorga validez a una firma y los demás requisitos se suplen a través de presunciones que parten de la firma de quien otorga el aval, así -- pues, como afirma Rodríguez, se practica en México un sistema -- aformal cuando se presta el aval (39).

El único requisito indispensable para que surja el aval es la firma; de ella depende su validez y puede ser eficaz o ineficaz, verdadera o falsa lo importante de ella es que no se confunda con otra forma de las admitidas para la significación del documento (40).

Es decir, toda persona que ha aceptado ser aval, tendrá la validez de ser garantía, aún a pesar de que el avalado haya -- colocado una firma que no sea la suya, o que en esos momentos de suscribir el documento se le considere como incapaz.

Es claro ver que la ley toma en cuenta la problemática -- que puede surgir en cuanto a la interpretación de una firma ya --

(39) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Derecho Mercantil, pag. 322

(40) GOICOECHEA, Op. cit., pag. 157

que es fácil confundirse con un endoso o una aceptación en muchos de los casos, el valor de la firma depende de deducciones - que se hagan. Cuando una firma aparece en un título de crédito - sin aclarar su significado forma confusión.

Por firma se entiende: el conjunto de letras o signos - entrelazados que identifican a la persona que los estampa en un documento o texto.

En cuanto a la práctica bancaria y conforme a la doctrina, se utiliza el tipo de firma autógrafa que debe estar compuesta por el nombre o nombres y apellido del titular aunada a una - serie de trazos que identifican al sujeto y de donde refleja su voluntad de aceptar lo que firma o de obligarse al tenor del texto que suscribe (14).

Tratándose de títulos de crédito como son letra de cambio, pagarés o documentos para disponer de depósitos bancarios, - endosos, avales, y demás actos deberán estar escritos y suscritos con tinta por razones de seguridad o prueba, así como para - su validez.

Por ello, el aval existirá si consta la firma en el ---

(41) ACOSTA ROMERO, Derecho Mercantil Bancario, 10a. ed., México Edit. Porrúa, 1985, pag. 198-201

documento; pero tal caracter puede conocerse a través de presunciones, es decir, si existe una firma del librador sin indicaciones se considerará que es una aceptación; si la firma no la ha colocado él y no está donde debe firmar el librador será entonces un endoso; pero si no ha firmado tal sujeto ni un beneficiario, se considerará que la firma fue puesta por un avalista.

Por disposición legal es necesario tal deducción para considerar una firma como aval, quizás muchas veces se desconozca el significado de la firma, pero el aval debe hacerlo abajo de una firma determinada o en el reverso del título de que se trate.

En opinión de Dávalos Mejía, el art. 111 no encuentra excepción, ni siquiera de mala fe en el hecho de que un título con firma cuyo suscriptor no se conoce se convierte en aval, ya que para él sería raro que se presentara una firma en un título sin estar relacionado con el mismo (42).

Pero a pesar de ellos existe la posibilidad de que aparezca una firma puesta por error o que no siga los lineamientos señalados en la ley.

(42) DÁVALOS MEJÍA, Op. cit., pag. 93

Aunque el único requisito que necesite el aval sea la firma del avalista, para que cumpla con los requisitos y formalidades deberá contener además: la frase " por aval ", la persona a quién se le otorga, la cantidad cuyo pago esta garantizado, y la fecha en que se presta.

Con relación a la persona que se avale, para que no existan confusiones el art. 113 de L.G.T.O.C., menciona que el aval debe indicar la persona por quien se presta. A falta de tal indicación se entiende que garantiza las obligaciones del aceptante y si no las hubiere las del girador.

De acuerdo con el art. 109 de dicha ley, el aval puede garantizar en todo o en parte el pago de la letra.

Legalmente es admitida la posibilidad de que un avalista se obligue solo por una parte de la obligación total. En lo relativo a su cuantía, es la única limitación que sufre el aval, porque hay que tener en cuenta que toda obligación cambiaria no debe estar sujeta a condiciones ni a limitaciones, porque los títulos de crédito poseen características que jercen derechos inherentes a su estructura y que los satisfacen en sí.

Se habla de que el aval puede ser limitado, pero no condicionado, ya que si se condiciona iría en contra de su naturaleza cambiaria.

Decir que esta es la única limitación que puede tener - un aval, es referirse a que se está fijando una disminución en - cuanto a su extensión y donde se coloca dentro de ciertas fronte - ras el cumplimiento total de la obligación que garantiza, es de - cir, el limitarlo es una forma de condicionamiento, ya que el pa - go parcial es una circunstancia que provoca la falta de cumpli - miento total de dicha obligación.

Por esto, como afirma Goicoechea, el que va a prestar - una val debe conocer de antemano la obligación que va a avalar y no únicamente avalar parte, colocando tal limitación (43)

Si existe otro precepto que condicione o subordine al - aval y que no sea relativo a su cuantía, se tendrá como no pue - sta.

No se menciona nada respecto si debe colocarse la fe - cha o no, sin embargo, para cierto tipo de aclaraciones es impor - tante, debido a que ésta muestra la capacidad que presenta el - avalista al momento de contraer la obligación; aunque también - puede ser puesta en un período sospechoso de quiebra o de retro - acción (44)

(43) GOICOECHEA, Op. cit., pag. 146

(44) FANTILLA, Op. cit., pag. 180

Un aval debe prestarse para que surta efectos cambia---
rios antes del vencimiento de una letra, pues nadie aceptaría ---
aval ar obligaciones vencidas.

En cuanto a los elementos personales que intervienen en
el aval se encuentran el avalista, es la persona que se obliga a
cumplir con el pago de la obligación que está respaldando y el ---
avalado, aquella persona por quién se responde en la obligación.

El avalista debe poseer capacidad legal para poder obli---
garse, es decir, debe ser capaz para realizar dicho contrato ju---
rídico y cuya consecuencia será la validez del mismo.

El art. 110 establece, que puede prestar el aval quién---
no ha intervenido en la letra y cualquiera de los signatarios de
ella.

En relación a este precepto, existe gran controversia ---
respecto de quién puede ser avalista; varias corrientes doctrina
rias aceptan la dualidad de que puede avalar tanto un tercero ---
que no haya intervenido en la letra, o sea, que sea ajeno al do---
cumento, como quién participa directamente en la obligación de ---
pagar una letra de cambio.

La legislación mexicana en el art. antes apuntado acepta ---
tanto a los terceros extraños como a los firmantes, pero en ---

realidad se tendría que tomar en cuenta que pueden ser avalistas los firmantes de la letra siempre y cuando la garantía que otorgan aumente las obligaciones ya contraídas, pues de lo contrario no tendría objeto que se prestara, como tampoco sería válido el decir que el librador o el aceptante proporcionarán un aval - (45).

Sobre lo antes dicho, se puede dar el caso de que se -- porte esta seguridad para el pago, siempre y cuando el obligado en vía de regreso al avalar se constituya en obligado directo o en el caso del obligado parcial que se obliga por todo el importe o cuando el girador que prohibió la presentación a la aceptación antes del transcurso de un plazo acorta la letra antes de -- que corra el término (46).

Entre las personas más idóneas para tener el carácter -- de avalista se encuentran el girador, los endosantes y hasta los avalistas de los avalistas. El aceptante no puede ser avalista -- ya que no se concibe que el mismo obligado garantice el pago de la letra de cambio, puesto que obligado como girado y también co -- mo aval se constituiría en doble obligado de la deuda principal.

El art. 113 menciona que cuando no se precise a quién --

(45) PALLANES, Op. cit., pag. 212

(46) RODRIGUEZ, Op. cit., pag. 322

se esta avalando se entenderá que garantiza las obligaciones del aceptante y, si no las hubiere, las del girador.

Dependiendo de quien sea el avalado, la obligación del avalista será directa y principal o de regreso, ya que se obliga solidariamente con la persona por quien se presta el aval dando lugar a que el tenedor pueda exigir el pago de la obligación indistintamente a alguno de los dos.

Cuando el avalista ha cubierto el pago de la obligación tiene el derecho de exigir al avalado que le cubra a su vez el cual será su comprobante de que ha liquidado dicha obligación -- con ello adquirirá los mismos derechos que cualquier tenedor de la letra de cambio, y podrá reclamarlo a través de la acción cambiaria en vía de regreso.

Las excenciones que puede oponer el avalista son las -- que le otorga el art. 114 L.G.T.O.C. y donde la sola excención -- será la de los deudores solidarios (art. 1995 cc.).

B. EL AVAL, FIANZA Y ACEPTACION

Al hablar del aval y observar sus características, se aprecia que tiene cierta semejanza con la fianza ordinaria en cuanto a la naturaleza jurídica que revisten ambas figuras, siendo dicha característica la de garantizar una obligación.

De igual forma, el aval tiene cierta semejanza con la figura de la aceptación, dado que la simple firma de quien lo otorga puede considerarse tanto del aval como del aceptante.

Antiguamente se realizaba en forma oral la aceptación y era practicada comunmente en las ferias. Todas las personas que comerciaban en ese lugar llevaban sus documentos a fin de presentarlos como forma de pago o con la intención de recibirlos.

Hechas las anotaciones en un cuaderno personal se llevaba el control de tales documentos, o sea, cuando una letra de cambio era aceptada sin condiciones se colocaba una "B", para indicar que esa letra era buena; una "P" si era protestada: cuando no tenía ninguna indicación era la señal de que esa letra al presentarla debía ser pagada.

En la actualidad, la aceptación se hace en forma -----

escrita en la letra de cambio, con lo cual se indica la intención de obligarse para cumplir con el importe del título.

La ley no señala si debe constar en el anverso o reverso del título, pero por costumbre se coloca la firma del girador en el reverso, seguido de la palabra " acepto ", " aceptamos " u otro equivalente que señale tal obligación; así mismo debe colocarse la fecha y el lugar para la aceptación.

La aceptación forma parte de la naturaleza de la letra, ya que con ella se realiza una verdadera relación cambiaria, y aunque existen letras que a pesar de no ser aceptadas pueden circular, cuando llega a existir la aceptación, el tenedor del documento cuenta con una mayor confianza de que se le cubrirá el importe de la letra.

Aceptar una letra, no es más que el acto por el cual el girado estampa su firma en el documento, manifestando así su voluntad de obligarse cambiariamente a realizar el pago (47).

Es el acto mediante el cual, el principal responsable del pago, que es el girador, desciende a un segundo plano en términos de responsabilidad para dar paso al girado como principal-

(47) CERVANTES, Op. cit., pag. 65

obligado (48).

La aceptación es unilateral ya que solo el girado manifiesta la intención de pagar la obligación que el girador le ha señalado, creando con ello un derecho autónomo a favor del tenedor del documento.

La firma del girado basta para que se considere hecho el negocio; así se desprende del art. 97 de la L.G.T.O.C., mientras no aparezca su firma será un extraño de la relación cambiaria.

Si no se señala expresamente el lugar, (que por lo regular no se hace), se considerará que la obligación será cubierta en el domicilio del girado y cuando éste tenga varios domicilios el tenedor lo hará en el que le convenga.

El girado se convierte en el principal obligado de la letra cuando la firma y la devuelve al tenedor, en ese momento ya no puede renunciar al pago. Lo que no sucede cuando acepta la letra y antes de entregarla tacha o borra su firma.

Dicha aceptación debe hacerse antes del día del vencimiento de la letra si es girada antes de este momento: si es ---

(48) DAVALOS, Op. cit., pag. 173

girada a cierto tiempo vista su presentación para ser aceptada - será dentro de los seis meses que sigan a su emisión.

Existen varias clases de aceptación:

- 1) Aceptación total
- 2) Aceptación parcial
- 3) Aceptación por intervención.

1). La aceptación total no debe estar sujeta a condición alguna; el girado se compromete a cubrir la obligación colocando exclusivamente su firma y la palabra " acepto ", olvidando se totalmente de marcar condiciones o modalidades que se puedan considerar como rechazada y expresando la intención de cubrir lo que literalmente esté manifiesto.

2). La aceptación parcial se presenta cuando quien acepta pagar, manifiesta o coloca la modalidad de que solo se comprometa a pagar una parte de la obligación, así el tenedor se verá en la necesidad de recibir la parte por la que el girado aceptó y lo restante tendrá que ser protestado demandado en la vía correspondiente.

3). La aceptación por intervención es conocida como letra por intervención o por honor, es decir, cuando el girado no acepta pagar el título, un tercero puede hacerlo; en la -----

actualidad la aceptación por intervención, es una figura que no se usa en la práctica mexicana.

Los efectos jurídicos que produce la aceptación están en relación a los sujetos que intervienen en el documento, así pues, el girado es el que asume la obligación de pago debido a la relación ya sea amistosa o de negocios que lo atan al girador.

Para el tenedor, la ley lo obliga a presentar el título en el domicilio del girado con el fin de que acepte la letra dentro de los plazos legales; pero en el caso de que no lo haga caducará su acción de regreso.

Una vez aceptada por el girado se convierte en aceptante y deberá cubrir incondicionalmente la suma que se señala en la letra, liberando al girador de su obligación cambiaria.

Cuando la letra no es aceptada, surgen problemas para el girador ya que se muestra su falta de credibilidad, sufriendo descrédito y debiendo responder por la acción cambiaria de regreso que ejerce el tenedor a través de la prueba de rechazo del aceptante que es el protesto.

Dentro de la elaboración de una letra lo importante es colocar la firma por aceptación del girado a fin de que exista -

la persona que acepte cubrir esa deuda, esto es en primera instancia, debido a que el tenedor podrá llevar al girado la letra para que la firma. En ese momento, aunque no se colocara la leyenda de " acepto ", el tenedor sabrá que la letra ha sido aceptada en primera instancia y que esa firma corresponda a una aceptación y no a otro concepto.

Por lo regular la firma se coloca al reverso de la letra dependiendo del tipo de machote y si hay espacio se colocara en el anverso con la leyenda " acepto ". Cuando no existe leyenda se presumirá en primera instancia que es la firma del aceptante: si no fuera así entonces será la de un endoso, pero en caso de que dichas presunciones fueran falsas se llegaría a la conclusión de que es un aval, es decir, puede llagar a confundirse, sin embargo se determinará con presunciones el hecho de que sea la firma del girado en primera instancia.

Por lo que respecta a la fianza, señala el art. 2794 -- del Código Civil que es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace.

Se ha dicho que el aval tiene la función, de garantizar el pago de una obligación principal, lo que de igual forma hace la fianza; ambas figuras cumulen su objetivo garantizando obligaciones, y por tal hecho se piensa muchas veces que un aval y una

fianza significan lo mismo, sin embargo, sus características dicen que son totalmente distintos en cuanto a su naturaleza.

Hasta antes de 1943 la fianza era una prioridad exclusiva en materia civil, pero al crearse la Ley de Instituciones de Fianzas, le da un nuevo giro a la fianza, dándole otro sentido - que es el otorgarle carácter mercantil a esta institución.

Con esta nueva ley, se establece que toda actividad y operación que se llegue a realizar por una empresa dedicada a prestar fianzas tendrá la singularidad de sujetarse a las normas mercantiles y hecha a título oneroso, regida por la ley mencionada y con aplicación supletoria de la legislación mercantil.

Con esta innovación surge una fianza civil y una fianza con carácter mercantil cuyo objeto es mencionado por la ley. El aspecto civil se determina básicamente en los beneficios de excusión y de división, así como la gratuidad ya que en materia civil existen estas formas, aunque en las empresas dedicadas al comercio no se conciben siquiera.

La fianza mercantil está especialmente ordenada por una empresa cuyo principio de onerosidad hace que riga no como una fianza gratuita, sino como una actividad profesional en cuanto a que se realiza una actividad netamente mercantilista.

Así pues, la fianza común, es un contrato que se celebra entre el acreedor de un determinado sujeto y otra persona -- que admite su garantía accesoría por la deuda ajena resultando -- que el deudor principal no es parte en el contrato de fianza -- mientras que quién garantiza (fiador) se constituye en deudor -- subsidiario para el acreedor en cuyo provecho se constituye la -- garantía personal.

De acuerdo con esto, se concluye que las características de la fianza son las de un contrato consensual, formal, accesorio y de garantía.

Por lo que toca a su formalidad, es un contrato que debe constar en escrito separado, cuya base se establece en la expresión bilateral de voluntades, donde el fiador expresa claramente su voluntad de contraer una obligación de pago si el fiado no la cumple; precisamente por el acuerdo de voluntades que surge entre ambas partes se dice que es consensual.

El carácter accesorio tiene importancia en cuanto a que para crear la fianza es necesario la existencia de la obligación a garantizar, es decir, si no hay una obligación principal no habrá la fianza, la cual no puede exceder de la cuantía de la obligación que se está garantizando.

Cuando la obligación principal se extingue, también se-

extingue la fianza. Por último, dentro de su accesoriedad se encuentran los beneficios de excusión y división. El primero también llamado de orden es cuando el fiador al ser demandado, tiene como excepción dilatoria que el acreedor ejecute previamente los bienes del deudor principal a fin de corroborar si realmente es insolvente para cubrir la obligación.

En cuanto al beneficio de división, se presenta si hubiese dos o más fiadores en una misma deuda, y si ellos están obligados solidariamente al pago se considerará dividida la deuda para que cada quién pague en partes iguales y el acreedor podrá exigirle a cada uno la que le corresponda.

Quien presta la fianza, no se le exige legalmente que tenga capacidad, solo bastará que tenga intención de obligarse y que todo su patrimonio se ponga a disposición del fiado, es decir, se le exige únicamente que tenga una buena capacidad económica para poder hacer frente a la obligación que va a respaldar, que por lo común, son obligaciones de dar, o ser, de cubrir el pago siempre y cuando el deudor principal no cumpla con la obligación.

Muchas de las características de la fianza pueden llegar a equipararse con las del aval, aunque existan varias diferencias como son:

a) Al aval se le considerará como una especie de fianza - sui generis o no definida, mientras que la fianza como a un verdadero contrato de garantía.

b) El aval es una garantía objetiva prestada para asegurar la ejecución de la obligación contra cualquier eventualidad. La fianza es una garantía subjetiva que asegura el cumplimiento de un determinado deudor cuya condición es particular.

c) Mientras que la fianza es una garantía que relaciona a dos deudores, en el aval hay dos obligaciones y dos deudores. - Esto se explica por las características de autonomía que posee - el aval, ya que la obligación del avalista subsiste aún cuando - la obligación del deudor principal desaparezca por cualquier causa, lo que no ocurre con la fianza, en donde, la obligación principal hace desaparecer la obligación del fiador.

d) El aval debe otorgarse en el mismo documento que se garantiza, mientras que la fianza requiere para su validez que - conste en hoja separada.

e) El aval, se considera una declaración unilateral de voluntad, es decir, es un acto externo. La fianza es un contrato formal que puede otorgarse por medio legal, judicial o voluntario.

f) Dentro de la fianza, se le puede exigir al fiador el cumplimiento de una obligación cuando el obligado principal no haya cubierto el pago, mientras que en el aval se le puede exigir al avalado directamente el pago de la obligación.

g) La obligación del avalista será solidaria con la del avalado, mientras que en la fianza puede no ocurrir así.

h) El fiador, no puede ser compelido a pagar al acreedor sin que previamente sea reconvenido al deudor y se haga ejecución de sus bienes. El avalista no puede oponer estos beneficios.

C . LA VALIDEZ DEL AVAL EN EL CHEQUE

La gran variedad de títulos de crédito regulados por la L.G.T.O.C., tiene validez en el campo mercantil por disposición expresa del art. 1º al establecer que los títulos de crédito son mercantiles; su emisión, expedición, endoso, aval o aceptación y demás operaciones que en ellos se consignan, son actos de comercio.

Los derechos y obligaciones derivados de los actos o — contratos que hayan dado lugar a la emisión o transmisión de títulos de crédito o se hayan practicado con estos, se rigen por las normas enumeradas en el art. 2º cuando no se puedan ejercitar o cumplir separada o mercantilmente de tales actos o contratos, en los demás casos.

Las operaciones de crédito que dicha ley reglamenta son actos de comercio.

Sobre la base del art. 1º es posible decir que la figura del aval en el cheque sea aceptada como un acto de comercio, — es decir, se puede consignar a esta figura como acto mercantil — dentro del cheque.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

En la doctrina, el aval es considerado como una figura que afecta a la función económica que realiza el cheque, convirtiéndolo en un instrumento de crédito y no de pago; sin embargo, hay aceptación de ley dado que el art. 196 dice que son aplicables los artículos de la letra de cambio al cheque, relativos al aval tomándolo como una característica propia de este importante instrumento de pago.

Por esto, Rodríguez Rodríguez manifiesta que al mencionar el art. 196 disposiciones aplicables al cheque resuelve una antigua polémica doctrinal, en el sentido de la posibilidad legal de que el cheque sea avalado (49).

Sobre el particular no hay una explicación que precise las causas por las que no se admitía al aval en el cheque, ni mucho menos el porque después se admitió.

Se debe aclarar que la función económica y principal del cheque es el pago inmediato para el cumplimiento de una obligación vencida y la presencia del aval hace que el cheque se convierta en un instrumento de crédito.

El aval en el cheque, aunque no es frecuente se justifica en opinión de De Pina:

(49) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Derecho Bancario, pag. 177

a) Cuando el aval es necesario como medio para facilitar el descuento del cheque; y

b) Cuando sirve como garantía accesoria que protegerá al tenedor contra el riesgo del impago (50).

Estas son las posibilidades que tiene un aval para presentarse dentro de la práctica bancaria, y aunque estas situaciones son poco frecuentes tienen su justificación dentro de la doctrina mercantilista.

El aval en estas circunstancias le da una mayor fuerza y seguridad al pago del cheque, sumándole una responsabilidad personal, y aunque la ley no reglamenta nada en cuanto a que pueda agregarse una garantía personal a la existencia de una provisión previamente establecida, favorece al tenedor del título para el cobro del cheque.

La admisión del aval en el cheque aunque afecta la naturaleza de este importante instrumento de pago es aceptado legalmente y también por algunos tratadistas que están concientes de ello.

(50) DE PINA VARA, Op. cit., pag 203

D . LA INOPERANCIA PRAGMATICA DEL AVAL EN EL CHEQUE

Al cheque se le ha provisto de una garantía cambiaria - adicional, es decir, además del depósito bancario que debe tener la persona que libra el documento y que es su máxima garantía de cumplir con una obligación vencida, la L.G.T.O.C., reglamenta la posibilidad de sumar una garantía más que es la de un aval.

La ley en mención establece que los artículos 109 a 116 relativos al aval en la letra de cambio, pueden ser aplicados al cheque, con lo que, adecuando dichos preceptos se puede decir lo siguiente:

Art. 109. Mediante el aval se garantiza en todo o en parte el pago del cheque.

Art. 110. Puede prestar el aval quien no ha intervenido en el -- cheque, cualquiera de los signatarios de él.

Art. 111. El aval debe constar en el cheque o en hoja que se le adhiera, se expresará con la fórmula " por aval ", u otro equivalente, y donde debe llevar la firma de quién lo presta. La sola firma puesta en el cheque cuando no se le pueda atribuir otro --

significado se tendrá como aval.

Art. 112. A falta de mención de cantidad, se entiende que el ---
aval garantiza todo el importe del cheque.

Art. 113. El aval debe indicar la persona por quien se presta. -
A falta de tal indicación, se entiende que garantiza las obliga-
ciones del aceptante y, si no las hubiera las del librador.

Art. 114. El avalista queda obligado solidariamente con aquel cu
ya firma ha garantizado, y su obligación es válida aún cuando la
obligación garantizada sea nula por cualquier causa.

Art. 115. El avalista que paga el cheque tiene acción cambiaria-
contra el avalado y contra los que están obligados para con éste
en virtud del cheque.

Art. 116. La acción contra el avalista estará sujeta a los mis-
mos términos y condiciones a que está sujeta la acción contra el
avalado.

Existen ciertos artículos que resultaría difícil apli-
carlos al cheque, como lo previsto por el art. 109, ya que en el
cheque no se puede garantizar parte de la obligación, lo que no
pasa con la letra en la que sí es aceptado cumplir con parte de
la obligación.

También , respecto de las personas que pueden avalar — art. 110), ya que si el librador firmara como aval no garantiza más de lo que debe cumplir; por lo que toca al librado, es decir, a la institución de crédito no puede otorgar el aval por ser el que debe realizar su pago además de que la ley no menciona nada de que puede ser aval o no.

En cuanto a la firma, cuando no tenga otro significado — se considerará aval (art. 111), en los usos bancarios se puede — presentar una firma que sea distinta y se tomará como no vista — si no hay leyenda que lo aclare, o en todo caso se considerará — que es la firma del beneficiario tomándola como un endoso.

Estos artículos dan a conocer que el cheque y la letra — de cambio poseen características distintas, que por naturaleza — de tales principios no muestran aplicación en el cheque.

Entre la letra de cambio y el cheque existen marcadas — diferencias como el que:

- a) La letra es un instrumento de crédito y el cheque un instrumento de pago.
- b) La letra puede ser girada contra cualquier persona sea persona física, jurídica, comerciante o no; en tanto que el cheque se lo se libra contra una institución de crédito.

c) La letra se pega a la vista o el plezo, el cheque siempre será pagadero a su presentación.

d) En el cheque es necesario que el librador tenga fondos suficientes, en la letra esto no es necesario.

e) La letra puede presentarse al girado para su aceptación, en el cheque la inaceptabilidad se basa en el principio de que el librado tiene la obligación de pagar por orden del librador.

Pero el cheque al ser considerado uno de los descubrimientos más asombrosos del cual se tiene noticias, después de la creación de la moneda, aparece con innumerables ventajas, y cuya característica principal es la de su función económica, o sea, - la de considerarse como un instrumento de pago, porque fue creado especialmente para cubrir de inmediato la ejecución de una obligación.

Por sus características inherentes se le considera un sustituto del dinero o casi igual que dinero; quizás la única diferencia radica en que es una orden de pagar una suma de dinero siendo esta la característica más importante que distingue al cheque de la letra.

La admisión del aval en el cheque encuentra dentro del terreno de validez una inoperancia pragmática en cuanto a usos y

costumbres bancarias, debido a que por los inconvenientes que -- presenta no es usual que se manifieste en el cheque, ya que por su naturaleza es más común que se presente en las letras de cambio o en los pagarés.

Un cheque que contenga aval, hace peligrar la confianza general, por las ventajas económicas que de su uso se tiene como instrumento de pago, lo convertirá en cierta forma en un instrumento de crédito haciéndolo casi inadmisibile, pues lo que distingue al cheque es la confianza que otorga como medio de pago y -- donde se considerará que el librador tiene los suficientes fondos en la institución de crédito que respaldan su emisión.

El cheque considerado como medio de pago, cuando es emitido debe tener cierta cantidad de monetario que respaldará esa emisión, y por la cual cubrirá la obligación vencida, manifestándose el cumplimiento de ésta. Pero cuando se coloca un aval, convertirá al cheque en un instrumento de crédito, ocasionando que la provisión se conserve indefinidamente en la institución bancaria y con la excensionalidad de que el tenedor reciba el pago de la obligación en el momento que lo desee, prolongando de ésta manera la responsabilidad del librador.

En el supuesto caso de que el cheque no puede ser cobrado por carecer de una provisión suficiente, el tenedor del mismo puede ejercitar acción civil o penal por falta de pago porque --

generalmente siempre que se libra un cheque es porque se tienen fondos disponibles. El aval en un cheque no hace desaparecer el aspecto penal que surge de la falta de pago.

En el caso de que un aval actúe como garantía extra para el pago del cheque y resvalda a este título, en cierta forma resultaría innecesaria tal garantía, ya que el beneficiario sabe perfectamente que el librador debe tener fondos suficientes que resvalden la emisión de un título de ésta magnitud.

En relación a la admisión de un aval en el cheque y conforme a lo que menciona De Pina Vara respecto de las posibilidades de facilitar el descuento del cheque y de que sirva como garantía accesorio que proteja contra el riesgo de la falta de pago; se puede decir, que en el primer caso de validez en relación a aceptar un aval en el cheque cumpliendo con la función donde el tenedor del documento está en un lugar, en el que él y el girador son desconocidos o no ofrezcan la suficiente garantía, soluciona el problema un aval dado por la persona que ha de descontar estima digna de crédito.

El descuento consiste en obtener anticipadamente el valor de un título de crédito a cargo de un tercero, mediante la transmisión del título por medio del endoso.

El Banco descontante o descontador descuenta del valor-

nominal del título, el precio de la operación que es el que resulta de deducir del mismo la tasa del descuento y en ocasiones una comisión por gastos (51).

La finalidad de esta actividad, es que el tenedor del título no espera hasta su vencimiento para poder cobrar el importe total del mismo.

En la práctica bancaria, el descuento de un cheque es desconocido, porque solo es aplicable a las letras de cambio y a los pagarés.

De igual forma, la aplicabilidad del aval en el cheque no se utiliza en los usos bancarios, puesto que ello implicaría ir en contra de su función económica.

En lo relativo al segundo caso de validez del aval en el cheque, de servir como garantía accesorio que protegerá al tenedor contra el riesgo del impago, se ha dicho que por el poco uso que se tiene de esta figura el tenedor, quien es el que puede pedir aval, tiene acción penal para el caso de que el librador habiendo expedido un cheque, no tenga fondos suficientes para cubrir dicha cantidad.

(51) GARCÍADIEGO, Jn. cit., pag. 239

La teoría y la práctica chocan en un determinado lugar, como acontece en la actualidad con la figura del aval, mientras que la doctrina y la ley sostienen la aplicación de que el aval puede intervenir en un cheque, la práctica bancaria rompe con esta reglamentación y dentro de sus usos es inoperante en el cheque.

E . PROPUESTAS

Analizando los preceptos de la L.G.T.O.C., se observa - que varias reglamentaciones cuyos preceptos de ley se encuentran fuera de tiempo y lugar, se desarrollan dentro de la práctica -- mercantil.

En los principios de aplicabilidad relativos al aval, - sus características y funciones son aplicables a la letra de cambio, con lo cual resulta que no coinciden con las característi-- cas ni con las formas que lleva al cabo el cheque.

El art. 196 de la L.G.T.O.C., al hablar del cheque, re-- mite a los arts. 109 a 116 relativos al aval en la letra de cam-- bio, donde posiblemente el legislador no vislumbró en principio-- la complejidad de esta figura en el cheque. Las diferencias que-- existen entre el título de crédito que es la letra de cambio y - el instrumento de pago que es el cheque son muy marcadas ya que-- la función económica que realizan cada uno de ellos es totalmen-- te opuesta en la práctica mercantil mexicana.

La L.G.T.O.C., creada en 1932, es la que rige en la ac-- tualidad la actividad mercantil; sin embargo esta ley no es acor-- de con los usos y prácticas bancarias que hoy en día se reali--

zan. La ley, en mención cuya creación regía las condiciones en las que vivía el país de entonces, resulta inoperante en algunas figuras que contiene, como es el caso del aval en el cheque.

Quizás por esto resulta necesario reestructurar la ley para que vaya de acuerdo con los usos y prácticas mercantiles -- usados en la situación actual, que se determine con precisión -- las características y funcionamiento de cada una de las figuras existentes buscando que no haya divergencia entre figuras afines.

La L.G.T.O.C., es la única que rige al aval en el cheque y la reglamenta en un mínimo de artículos ocasionando una gran cantidad de presunciones. A este respecto, algunos tratadistas basados en principio de ley, señalan la posibilidad de la existencia del aval en el cheque, aún a pesar de hacer un estudio de sus características y ver que su existencia perjudica la función económica del cheque.

Sobre esta base, es incomprensible el porque si la doctrina sabe que afecta al cheque, la existencia de un aval sea admitido, en lugar de ver la posibilidad de reglamentarlo en cuanto a su aplicabilidad o función a la figura de la cual realmente corresponda.

CONCLUSIONES

1). Tanto el origen de la palabra cheque como sus primeras prácticas son inciertas, esto debido a la gran variedad de opiniones que surgieron en los países europeos.

2). Es en Italia donde se pueden observar la existencia de recibos o documentos, que según la opinión de ciertos autores le dan cierta similitud al cheque actual, tratando con esto de encontrar los primeros antecedentes de este importante título.

3). La confiscación que realiza la Corona Inglesa de los metales preciosos que guardaba a los orfebres, ocasiona que estos creen recibos contra depósitos. Con ello, el parlamento prohíbe a los " Bancos Privados " el emitir los Bankers Notes, dando lugar al nacimiento del cheque y quedando bajo el control único del Banco de Inglaterra.

4). Cada autor que estudia y profundiza en el estudio del cheque pretende dar una idea clara y precisa acerca de este documento, ocasionando que esta forma de pensar se generalice, dando como consecuencia una gran diversidad de conceptos incidentales y una superabundancia de los mismos dentro del terreno mercantil.

5). Nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no define al cheque, sino que tan solo se limita a señalar los preceptos que deben regirlo y estructurarlo.

6). El cheque es definido como un título de crédito, nominativo o al portador, expedido a cargo de una institución de crédito por quien tiene fondos disponibles en esa forma.

7). El aval se crea y participa de la vida jurídica como una figura totalmente independiente a la fianza común, donde sus características lo convierten en una garantía extra, que otorga mayor certeza al pago para que la obligación que respalda sea cumplida.

8). Cuando se habla de un aval, se piensa en un tipo de fianza ya que dentro de las características de ambas figuras en lo único en que se asemejan es en el aspecto de garantizar una obligación, sin embargo, en el campo del derecho existen marcadas diferencias entre ambas figuras, siendo la más clara el principio de solidaridad que posee el aval y que no se presenta en la fianza.

9). En el caso de presentarse un aval en el cheque, haría peligrar la confianza que genera este título de crédito, por las ventajas económicas que de su uso se obtiene como instrumento de pago.

10). Dentro de los usos y prácticas bancarias el aval en el -
cheque no se usa, es una figura que difícilmente se podría lle-
gar a presentar, ya que es más comúnmente aplicado para las le-
tras de cambio y pagarés.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Acosta Romero, Miguel, Derecho Bancario, Edit., Porrúa, S.A., México 1980, 494 p.
- 2.- Acosta Romero, Miguel, La Banca Multiple, Edit., Porrúa, S.A. México 1981, 301 p.
- 3.- Aldrighetti, Angelo, Técnica Bancaria, Fondo de Cultura Económica, México 1944, 213 p.
- 4.- Baucha Garcíadiego, Mario, Operaciones Bancarias, Edit., - Porrúa, S.A., México 1980, 512 p.
- 5.- Solafio León, Derecho Mercantil, Edit., Reus, S.A., Madrid - 1935, 435 p.
- 6.- Caso y Ortega, Documentación Mercantil, Casa Editorial Bantitz Ediciones C y L de S. de R.L. de C.V., Madrid, 455 p.
- 7.- Cervantes Ahumada, Raúl, Títulos y Operaciones de Crédito, - Edit., Porrúa, S.A., México J.F., 1985, 421 p.

- 8.- Dávalos Mejía, Carlos, Títulos y Operaciones de Crédito, -
Juliozbras (Colección Textos Jurídicos Universitarios) Edit.,
Hasla S.A., México 4 D.F., 1985, 530 p.
- 9.- De Pina Vara, Rafael, Teoría y Práctica del Cheque, 2a. ed., -
Edit., Porrúa, S.A., México 1981, 470 p.
- 10.- Esteve Ruiz, Roberto, Los Títulos de Crédito en el Derecho -
Mexicano, Edit., Porrúa, S.A., México 1938, 404 p.
- 11.- Garriges, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, 7a -
ed., Edit. Porrúa, S.A., México 1981, 968 p.
- 12.- González Bustamante, Juan José, El cheque, 4a. ed., Edit., -
Porrúa, S.A., México 1985, 203 p.
- 13.- López de Toconocueca, Francisco, La Letra de Cambio, 4a ed.,
Edit., Porrúa, S.A., México D.F., 1971, 325 p.
- 14.- Mantilla Molina, Roberto, Títulos de Crédito, 2a. ed., -
Edit. Porrúa, S.A., México 1983, 405 p.

- 15.- Martínez y Flores, Miguel, Derecho Mercantil Mexicano, Edit. Pax-Mex, México 1982, 217 p.
- 16.- Muñoz, Luis, La Letra de Cambio y Pagaré, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 15 D.F., 1975, 477 p.
- 17.- Ramírez Valenzuela, Alejandro, Introducción al Derecho Mercantil y Fiscal, Edit. Limusa, México 1981, 212 p.
- 18.- Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Derecho Bancario, 6a. ed., - Edit. Porrúa, S.A., México 1980, 541 p.
- 19.- Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Derecho Mercantil, Tomo I, - Decimosexta ed., Edit. Porrúa, S.A., México 1980, 450 p.

LEGISLACION CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Código Civil para el D.F., Edit. Porrúa, cuadragésima ed., México 1988.
Legislación Bancaria, Edit. Porrúa, trigesimaseptima ed., México 1988.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Edit., Porrúa,
octava ed., México 1988.