

December 1, 2008

El aval

Carlos Molina Sandoval

Publicado en La Ley, ejemplar del 1 de Diciembre de 2008, p. 1/7.

EL AVAL

POR FRANCISCO JUNYENT BAS Y CARLOS MOLINA SANDOVAL.

SUMARIO: I. Introducción. II. Elementos de las garantías. II.1. Acto jurídico. II.2. De garantía. III. Marco normativo. IV. Definición del aval. V. Partes. VI. Cualquier firmante puede ser avalista. VII. Librador de un pagaré o aceptante de la letra. VIII. Coavalistas. IX. El aval del aval. X. Aval de un título no a la orden. XI. Incapacidades específicas del avalista. XII. Aplicaciones societarias del aval. XII.1. Posibilidad jurídica de avalar. XII.2. Previsión normativa. XIII.3. Ajenidad al objeto social. XII.4. Representantes. XII.5. Abuso de la firma societaria. XII.6. Violación del régimen de representación plural. XII.7. Extensión normativa. XII.8. Fundamento. XII.9. Los directores y el aval. XII.10. El órgano de fiscalización. XIII. El aval en la ley de entidades financieras. XIV. Sociedades de garantía recíproca. XV. El banco como avalista del librador del cheque. XVI. Accesoriedad “formal”. XVII. Unilateralidad. XVIII. El aval condicionado. XIX. Abstracción. XX. Irrevocabilidad. XXI. Diferencia con la fianza. XXII. Formalidades. XXII.1. Expresiones permitidas. XXII.2. Firma en el “anverso” del título. XXIII. Indicación del avalado. XXIV. Monto del aval. XXV. Limitación de la responsabilidad del avalista. XXVI. Firma puesta en el “reverso” del título. XXVII. Aval por documento separado. XXVII.1. Prolongación. XXVII.2. Formalidad exigida. XXVII.3. Omisión de consignar el lugar de creación. XXVII.4. Contenido razonable. XXVII.5. Soporte material. XXVII.6. Ejecución del aval por documento separado. XXVIII. Aval internacional. XXIX. Aval luego del vencimiento y/o protesto. XXX. Aval sobre títulos futuros. XXXI. Retracción del aval sobre obligaciones futuras. XXXII. Aval incompleto. XXXIII. Obligaciones y derechos en el aval. XXXIV. Cheques.

I. INTRODUCCIÓN.

La ley cambiaria no conceptúa ni define concretamente la noción de aval. Simplemente, el art. 32 del decreto-ley 5966/63 (en adelante DLC), hace alusión a una “garantía total o parcial” destacando uno de los elementos más importantes de este instituto cambiario que es la “garantía”.

Partiendo del tradicional brocárdico “el patrimonio es la prenda común de los acreedores”, que refiere a la responsabilidad que el patrimonio -como universalidad jurídica- representa con los bienes que constituyen su activo; el acreedor, a través de una “acto de garantización” de un tercero, puede incorporar un patrimonio más o un bien específico, a los fines de responsabilizarlo en caso de incumplimiento del deudor.

El término “garantía” posee diversos significados en nuestro ordenamiento vernáculo. Dicho vocablo es utilizado frecuentemente por las distintas ramas del derecho, como por ejemplo del derecho constitucional o el procesal.

En un *sentido muy amplio*, relacionado con el derecho de las obligaciones, “la garantía sería tanto como cualquier medio dirigido a asegurar el crédito, el goce de un derecho, el cumplimiento de una obligación.”¹ Dentro de esta acepción, se incluyen, a más de las acciones ordinarias para obtener la ejecución de la prestación, la garantía de evicción y por vicios redhibitorios, la acción de fraude y simulación, las acciones posesorias, reales y revocatorias, el derecho de retención, los privilegios, la *exceptio non adimpleti contractus*, la solidaridad legal, las fianzas personales, los derechos reales de garantía, entre otros.

Por otro lado, en un *sentido estricto*, “la garantía es una norma de derecho o un precepto de autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que este no tiene por sí mismo, de forma tal que esa adición o yuxtaposición refuerza al acreedor la seguridad de que ha de ver realizado su derecho”².

En este mismo sentido restrictivo, se ha dicho: “que nos referimos ahora a las garantías en sentido técnico-jurídico como *aquellas medidas o modos de asegurar el cumplimiento de una obligación mediante al creación de un Derecho subjetivo o de una facultad que se yuxtapone al derecho de crédito cuya satisfacción se quiere asegurar*”.³

¹ BUERES, Alberto J. y MAYO, Jorge A., *Lineamientos generales sobre las “garantías” de la obligación en el Derecho Privado*, publicado en la Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 2 (Garantías), Ed. Rubinzal-Culzoni, 1.993, p. 8. Citan en su apoyo a MONTEL, Alberto, voz *Garanzia*, en *Novissimo Digesto Italiano*, tomo VII, pág. 742; DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1.970, p. 571; ALBALADEJO, Manuel, *Instituciones del Derecho Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1.960, t. 1, p. 587; HIGHTON, Elena I., *Introducción al estudio de las garantías en los contratos de empresa*, J.A. 1.988-III, p. 754.

² BUERES y MAYO, *Lineamientos generales sobre las “garantías” de la obligación en el Derecho Privado* cit., p. 16.

³ ARAMENDIA, Javier, *Garantías del préstamo* en: “Régimen jurídico de los préstamos sindicados internacionales”, Madrid, 1.979; VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Las garantías del crédito*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1.993, p. 74.

Si el crédito por sí mismo contiene algún tipo de seguridad, como puede ser la *exceptio non adimpleti contractus* o la garantía de vicios rehdibitorios, la voz “garantía” no tiene mayor sentido. En lo referido al instituto en estudio, debe tratarse de un “condimento extra” que la deuda no tenía originalmente.

II. ELEMENTOS DE LAS GARANTÍAS.

Entonces, para especificar que se entiende por “garantizar por cualquier acto jurídico”, debemos decir se tipifica por *dos elementos interconexados*: (i) acto jurídico; (ii) de garantía.

II.1. Acto jurídico.

De conformidad al art. 944 del Cód. Civil, son actos jurídicos “*los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos.*”

Conforme a dicho texto legal, y haciendo una interpretación jurídica globalizada, se concluye que *no están incluidos los actos ilícitos* o contrarios a la ley. Los actos ilícitos surgen de nuestro Código Civil de una interpretación *a contrario sensu* del texto del art. 898 que nos dice que “son actos lícitos, las acciones voluntarias no prohibidas por la ley, de la que puede resultar alguna adquisición, modificación o extinción de derechos”.

Y *contrario sensu* diremos que son ilícitos los actos contrarios a los preceptos del derecho⁴.

También es necesario que se trate de un *acto voluntario*, y por ende, dotados de intención, discernimiento y libertad física y moral. Obviamente, no debe estar viciado por los clásicos error, dolo y violencia. Se aplica íntegramente la teoría general del acto jurídico, junto con el esquema civilista de los vicios de la voluntad y de las nulidades.

II.2. De garantía.

Queda claro, y así surge del propio ordenamiento cambiario, que se trata de una garantía personal y “no real”, ya que ningún bien (inmueble, mueble, etc.) queda afectado al cumplimiento de la obligación.

Las garantías personales consisten en extender la responsabilidad derivada de un acto jurídico, por ejemplo un contrato, a otras personas. Conceden al acreedor un tipo de “poder jurídico”, una facultad para obligar al deudor a realizar una conducta, en interés del acreedor.

Ellas son las que “acuerdan al acreedor un derecho de crédito contra un tercero que asume la deuda junto al deudor -o, en todo caso, en sustitución de éste- (fianza, aval, etcétera), o bien que conceden al señalado acreedor una facultad subsidiaria contra el *solvens* -quien de tal modo debe una prestación adicional- (cláusula penal).”⁵

La denominación de “garantía personal” se debe a que el garante no constituye ningún derecho real en respaldo de la obligación comprometida, sino que compromete, no sólo una cosa en particular, sino todo su patrimonio, universalmente considerado. Pero, como contrapartida, dicho “comprometer” el patrimonio, carece de las atribuciones concedidas a los derechos reales (derecho de persecución y preferencia).

III. MARCO NORMATIVO.

El tema del aval cambiario se encuentra reglado en el Capítulo IV del decreto ley N° 5965/63 (DLC) más concretamente en sus arts. 32 a 34.

El art. 32, DLC, señala que el pago de una letra de cambio puede garantizarse total o parcialmente por un aval. Esta garantía puede otorgarla un tercero o cualquier firmante de la letra.

Por su parte, el art. 33, DLC, señala que el aval puede constar en la misma letra o su prolongación, o en documento separado, debiendo en este caso indicar el lugar donde ha sido otorgado. El aval puede expresarse por medio de las palabras “por aval” o de cualquier otra expresión equivalente, debiendo ser firmado por el avalista. Se considera otorgado el aval con la simple firma del avalista puesta en el anverso de la letra de cambio, salvo que esa firma fuese la del girado o la del aceptante. El aval debe indicar por cuál de los obligados se otorga. A falta de esta indicación se considera otorgado por el librador.

Finalmente, el art. 34, DCL, señala que el avalista queda obligado en los mismos términos que aquél por quien ha otorgado del aval. Su obligación es válida aun cuando la obligación que ha garantizado sea nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma. El avalista que paga la letra de cambio adquiere los derechos que derivan de la letra, contra el avalado y contra los que están obligados cambiariamente hacia éste.

IV. DEFINICIÓN DEL AVAL.

⁴ BUTELER CÁCERES, José A., *Manual de Derecho Civil. Parte General*, Ed. Advocatus, p. 199. Dice el autor: “Entenderemos que el acto jurídico en cuanto representa el instrumento que el derecho civil pone en manos de las personas para la libre regulación de las relaciones del derecho privado, sólo puede desenvolverse en el mundo de la licitud, sólo puede vivir y tener validez en la atmósfera de la licitud. Sería un contrasentido entender que el negocio jurídico puede actuar más allá de los límites que señala la licitud”, op. cit., pág. 223.

⁵ BUERES y MAYO, *Lineamientos generales sobre las “garantías” de la obligación en el Derecho Privado* cit., p. 19.

En una acepción amplia y errónea, se emplea el léxico “aval” para aludir a cualquier tipo de garantía. Pero ello no es así, ya que el aval nace como una institución propia y específica de los títulos cambiarios, ora cheque, ora pagaré, ora letra de cambio.

Ha sido definido por Alegría como “*el acto unilateral no recepticio de garantía, otorgado por escrito en el título o fuera de él, en conexión con una obligación cartular formalmente válida, que constituye al otorgante en responsable cambiario del pago*”⁶.

Por su parte, Gómez Leo señala que es un acto jurídico cambiario, unilateral y completo, que se comporta como negocio abstracto y mediante el cual se garantiza objetivamente el pago de la letra. Constituye para el avalista una obligación sustancialmente autónoma, pero formalmente accesoria de la obligación avalada, que opera como una garantía adicional⁷.

Desde la doctrina jurisprudencial, el aval ha sido caracterizado de la siguiente manera: “el aval es la garantía cambiaria del pago de una letra de cambio o pagaré a su vencimiento, que reviste todos los caracteres de las obligaciones cartulares, es decir, constituye una obligación unilateral de voluntad literal autónoma y formal, sometida al rigor cambiario; garantía adicional y objetiva, de pago de la letra o del pagaré; garantiza la extinción del crédito incorporado en el documento y con relación al pago de dicha obligación”⁸.

El aval, como garantía cambiaria que es, goza de los *caracteres* de literalidad, incondicionalidad, abstracción, autonomía e independencia. A ello, hay que sumarle la “unilateralidad”, ya que “basta la sola declaración de voluntad que, como tal, es irrevocable y no recepticia”⁹.

La “literalidad” determina la exigencia de un documento (en su sentido lato) que consta de los distintos caracteres de los títulos cambiarios. La “completitud” (también admisible en el aval) exige no que el aval sea sobre todo el monto obligado (pues se admite el aval parcial), sino que el acto se basta a sí mismo.

V. PARTES.

En las relaciones de garantía -como en cualquier tipo de relación jurídica- al tratarse de un tipo de “relación social”, intervienen como mínimo dos personas o sujetos de derecho. También, como se expresa desde el derecho obligacional, se reconocen a los sujetos indispensables de la relación facultades o prerrogativas, y se les imponen los correlativos deberes.

La integración básica de la relación de garantía está integrada por dos polos: el crédito y la deuda o, como también se la denomina, la obligación. Desde un punto de vista subjetivo: acreedor y deudor.

En la relación de garantía, el cumplimiento de la prestación puede ser asegurado por el deudor u obligado a través de una garantía. Pero también dicho cumplimiento puede ser garantizado por un tercero, es decir un sujeto distinto del deudor y del acreedor. O también, llegado el caso, puede ser garantizado por varios. En síntesis, debe intervenir, como mínimo, dos personas físicas o jurídicas, el “avalista” (que es quien avala la obligación) y el “avalado” (beneficiario del aval).

VI. CUALQUIER FIRMANTE PUEDE SER AVALISTA.

La redacción del art 32, DLC, supera la vieja fórmula del art. 679, Cód. Com., que no permitía (al menos expresamente) que la garantía pudiera otorgarla “cualquier firmante de la letra”. Por ello, puede ser “avalista” no sólo un tercero (ajeno a las relaciones cartulares) sino también cualquier firmante de la letra o del pagaré.

El “avalista” puede avalar la obligación cambiaria de cualquier de los firmantes de un título cambiario. Así se puede garantizar al librador (de una letra de cambio o de un pagaré), interviniente, al girado, a un endosante y aún a otro avalista (aval del aval).

VII. LIBRADOR DE UN PAGARÉ O ACEPTANTE DE LA LETRA.

Se ha discutido si el librador de un pagaré o aceptante de una letra puede “avalarse” una obligación cambiaria. Se señala que el aval extendido por el aceptante no solamente es válido (por no ser nulo) sino que además puede ser de utilidad, como ocurre en el caso en que el aceptante estuvo inhabilitado para obligarse cambiariamente en oportunidad de aceptar la letra y ha cesado en esa situación cuando avala al endosante. Claramente se aprecia que si se acciona contra él mediante la acción cambiaria directa, en su condición de aceptante, podrá excepcionarse, por estarle vedado a obligarse cambiariamente a la fecha de la aceptación, pero podrá ser ejecutado sin dificultad como obligado de regreso si, por hipótesis, cuando avaló al endosante había cesado su inhabilitación¹⁰.

Se señala en este sentido que en principio, el aceptante obligado principal y directo nada puede añadir como avalista; otro tanto cuando el endosante avalase el endosatario inmediato. Sin embargo, aun en dichos supuestos podría ser útil el aval: del aceptante, cuando hubiere prestado su conformidad por un importe

⁶ ALEGRÍA, Héctor, *El aval*, Astrea, Bs. As., 1.982, p. 80.

⁷ GÓMEZ LEO, Osvaldo, *Nuevo manual de derecho cambiario*, Depalma, Bs. As., 2000, p. 213.

⁸ C.N.Com., Sala B, 8/6/88, “Dinners Club Argentina S.A. c. Napchan, Mario A., L.L. 1.989-A, pág. 44; REJÓN, Adriana Beatriz, “Fianza” (Jurisprudencia temática civil/4), Ed. Juris, 1.994, pág. 71. También, la Sala A de la misma Cámara: “*El aval es una obligación de garantía cambiaria*”, L.L. 146, pág. 354.

⁹ ESCUTI (H), Ignacio A., *Títulos de crédito. Letra de cambio, pagaré y cheque*, Astrea, 4º ed., Bs. As., 1.995, p. 118.

¹⁰ GÓMEZ LEO, Osvaldo, *Nuevo manual de derecho cambiario*, Depalma, Bs. As., 2000, p. 219.

parcial; del endosante a favor de su endosatario en la hipótesis que el de acto de transmisión llevare la cláusula “sin garantía”¹¹.

Con mayor razón cuando el obligado cambiario agrave su responsabilidad, como en caso del librador de la letra (obligado de regreso) que presta aval por el aceptante adquiriendo el carácter de obligado directo o de un endosante que avala al librador beneficiando todos los endosantes anteriores a él¹².

De todas formas, la real utilidad del “aval” realizado por el endosante es casi nula y principios de economía y practicidad imponen su limitada utilización. Sólo tendrá sentido cuando el avalista amplía la responsabilidad asumida en la cambial u ofrece alguna utilidad adicional que refuerce el vínculo cambiario.

VIII. COAVALISTAS.

Si bien el art. 32, DLC, alude a “un tercero” no existen óbices en que una misma obligación cambiaria sea avalada por más de una persona. Pueden ser dos o más terceros o un tercero y algún otro “firmante” del título cambiario.

En este caso resulta de aplicación lo señalado en el art. 59, DLC, que dice que entre los que han asumido una misma obligación en la letra de cambio “no existe acción cambiaria” y “sus relaciones se rigen por las disposiciones relativas a las obligaciones solidarias”.

El legitimado activo puede requerir de cualquiera de los avalistas el pago de la totalidad del título cambiario, ya que en rigor los coavalistas han asumido la misma obligación. Si alguno de los coavalistas paga toda la obligación asumida, sólo podrá requerir de los otros coavalistas la parte proporcional.

IX. EL AVAL DEL AVAL.

La posibilidad legal del aval del aval deriva no sólo del silencio del ordenamiento cambiario sino fundamentalmente de lo previsto por el art. 2019, Cód. Civ. (que permite el fiador del fiador). En este caso el pago del primer avalista extingue cualquier acción cambiaria en contra del segundo avalista.

Ahora bien, si el pago de la obligación cambiaria lo realiza el segundo avalista (el avalista del avalista) este último podrá requerir al primer avalista no todo el monto erogado (y no sólo una parte proporcional).

X. AVAL DE UN TÍTULO NO A LA ORDEN.

Tampoco está prohibido que se avale al librador de un título no a la orden o por un endosante que prohíba nuevos endosos, ya que ambos son obligados.

XI. INCAPACIDADES ESPECÍFICAS DEL AVALISTA.

No existen en las reglas cambiarias disposiciones especiales vinculadas con la “capacidad” para otorgar un aval. Rigen no sólo las disposiciones genéricas del ordenamiento cambiario sino también las reglas del Cód. Civ. en materia de fianza (ya que el aval es una garantía personal incluso más gravosa que la fianza).

Debe recordarse en este sentido que el art. 134, inc. 3, Cód. Civ., naturalmente aplicable al aval, prohíbe a los emancipados “afianzar obligaciones”, prohibición que no puede ser suplida ni con autorización judicial (en igual sentido el art. 2011, inc 1, Cód. Civ.).

Tampoco pueden hacerlo los “tutores, curadores y todo representante necesario en nombre de sus representados, aunque sean autorizados por el juez” (art. 2011, inc. 3, Cód. Civ.).

A diferencia del régimen del Cód. Com. (que prohibía al corredor avalar el contrato hecho con su intervención), hoy el art. 34, inc. d, ley 20.266, faculta al corredor a “prestar fianza por una de las partes”.

XII. APLICACIONES SOCIETARIAS DEL AVAL.

El aval tiene en materia societaria diversas aplicaciones.

XII.1. Posibilidad jurídica de avalar.

Se ha planteado la posibilidad de que una sociedad comercial, cuyas actividades deben circunscribirse al objeto social, “avale” obligaciones de terceros y con el agravante, en algunos casos, de que el aval fuera gratuito.

Además se ha cuestionado si, teniendo en cuenta la naturaleza mercantil del aval, debe presumirse su onerosidad. En este sentido, se ha señalado que el aval no hace presumir su onerosidad aunque sea prestado por comerciante (arts. 5, 2º párr. y 218, inc. 5, Cód. Com.), ya que el art. 483, Cód. Com., que regula la fianza comercial, infiere que puede ser gratuito u oneroso¹³ y que su carácter dependerá de lo acordado por las parte y lo que es práctica habitual en el tráfico empresarial.

XII.2. Previsión normativa.

En cierto modo, el art. 65, inc. i, LSC, permite expresamente la posibilidad de que la sociedad avale obligaciones, ya que señala que los estados contables deberán acompañarse con notas y cuadros indicativos, entre otras cosas, de monto de avales y garantías a favor de terceros, documentos descontados y otras contingencias, acompañadas de una breve explicación cuando ello sea necesario.

¹¹ CÁMARA, Héctor, *Letra de cambio y vale o pagaré*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2005, t. II, p. 97.

¹² CÁMARA, *Letra de cambio y vale o pagaré* cit., t. II, p. 97.

¹³ CÁMARA, *Letra de cambio y vale o pagaré* cit., t. II, p. 100.

XIII.3. Ajenidad al objeto social.

Debe aclararse, además, que el art. 58, LSC, establece que el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.

Relevante doctrina ha señalado que en las operaciones con títulos de crédito (dada la abstracción) la sociedad quedará siempre obligada en todos los casos, dejando a salvo su derecho de repetición contra los sindicados como responsables (representantes o terceros de mala fe) y agrega: “obviamente que si se trata de obligados directos o de terceros de mala fe, es admisible la invocación de la desvinculación del acto con el objeto societario. Sin embargo, a los fines prácticos, conviene recordar que la excepción que trate de instrumentar esa defensa de fondo, no es oponible en el proceso ejecutivo”¹⁴. En igual sentido alguna jurisprudencia¹⁵. Incluso se ha dicho que la comercialidad formal de esos documentos en general impide que puedan reputarse extraños al objeto social¹⁶.

Compartimos el razonamiento. La abstracción en materia de aval determina una dificultad inicial para compulsar la notoria ajenidad del negocio jurídico con el objeto societario¹⁷. La indiferencia del título respecto de la causa impide la adecuada determinación de la violación del standard del art. 58, LSC. Ello, además, pues la autonomía (que determina la independencia de la relación existente entre el deudor y los tenedores posteriores) importa la adquisición de un derecho *ex novo*, no permite la interposición de excepciones personales que el avalista podía tener con los anteriores poseedores del título¹⁸.

Ahora bien, que ello sea así, no importa –al menos no necesariamente- que la sociedad no pueda invocar la superación evidente del objeto social mediante la suscripción de una aval. El art. 58, LSC, al aludir a “actos” no distingue o determina una gama posible de negocios jurídicos. Por ello, si en un determinado supuesto (y sólo entre *obligados directos*, salvo *exceptio doli* –art. 18, dec.ley 5965/63-) puede acreditarse eficazmente que el aval de un obligado cambiario excedía notoriamente el objeto de la sociedad, la sociedad no quedará obligada por dicho acto.

XII.4. Representantes.

No cualquier persona (socio, administrador o tercero) puede obligar válidamente (mediante un aval) a la sociedad. Debe ser el representante orgánico de la sociedad. Si quien invoca ser representante no es tal, no puede serle imputado al ente social el acto realizado, aun cuando se trate de títulos abstractos.

El representante, cuando actúa por la sociedad, no asume responsabilidad cambiaria. Pero para ello, debe invocar en el título su representación, pues de lo contrario se obliga a título personal y no por la sociedad. El representante societario vincula cambiariamente a la sociedad, aun cuando se quebrante el régimen de representación plural.

Dicha invocación no es estricta y puede hacerse de variadas formas (v.gr., sello o leyenda aclaratoria). Así, en un fallo plenario se dijo: “En un pagaré suscrito con una firma que no está precedida o acompañada inmediatamente de sello o leyenda alusiva a la representación de una sociedad, la mención del nombre de la presunta representada en el espacio determinado por la impresión de una línea de puntos precedida por la palabra “nombre”, en la parte izquierda del formulario empelado para confeccionar el título, es idóneo como expresión de representación”¹⁹.

XII.5. Abuso de la firma societaria.

Esta excepción no está contemplada en el régimen general de representación cambiaria (arts. 8 y 9, DCL). El art. 8, DCL, señala que quien pusiere su firma en una letra de cambio como representante de una persona de la cual no tiene poder para ese acto (o se hubiese excedido), queda obligado él mismo cambiariamente como si hubiese firmado a su propio nombre. El art. 9, DCL, exige la autorización por mandato especial²⁰.

¹⁴ ALEGRÍA, *El aval* cit., p. 125.

¹⁵ CNCom., Sala A, 7-3-86, “Auditores Publicitarios SA c. Resguardo Cía. Argentina de Seguros SA”.

¹⁶ GERSCOVICH, Carlos Gustavo, *Abstracción cambiaria*, Pannedille, 1.970, p. 80.

¹⁷ Se ha señalado que “El negocio de atribución patrimonial ha de considerarse *causal* cuando el acuerdo sobre sus circunstancias es, necesariamente, elemento componente y, en cambio, se ha de afirmar hallarse ante un *negocio jurídicamente abstracto* si, conforme su naturaleza, ese origen no integra el acto de atribución patrimonial en cuestión, que es válido así los interesados pensarán en una determinante distinta o imposible” (PARODI, Horacio Duncan, *Títulos de crédito*, Abaco, Bs. As., 2.000, t. 2, p. 450).

¹⁸ MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Régimen societario. Parte general*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2004, t. I, p. 276.

¹⁹ CNCom., en pleno, 5-12-86, “Banco Sidesa SA en liq. c. Cementera Comercial SA”, LL, 1.987-B, p. 572, RDCO, 1.987, p. 114.

²⁰ Desde otra perspectiva: “En el caso de mandatarios conjuntos de la sociedad, su actuación individual o indistinta obligará igual al ente, según lo dispuesto por el apartado primero del citado art. 58, e incluso aún cuando existan restricciones contractuales respecto del acto, insertas en el instrumento de mandato escrito (segundo apartado, norma legal citada). Esto último importa una modificación a las normas cambiarias, ya que mientras el art. 9 del dec. ley 5965/63 admite la eficacia de la restricción insertada en el mandato, el referido art. 58, para las sociedades y en referencia general a su representación, consagra la solución opuesta, que debe prevalecer, pues proviene de la ley especial, posterior, que regula expresamente el punto. Así el art. 58 de la ley 19.550 responsabiliza a la sociedad de las obligaciones que asume en infracción a su organización plural mediante títulos valores como son los pagarés. Esto se explica porque son papeles que están destinados a circular ya sea mediante endosos, sesiones o simple tradición conforme modalidades de su propia

Ello no excluye, por supuesto, la hipótesis en que el representante orgánico hubiere conferido mandato a un tercero. En este caso, obviamente se aplican los preceptos antes señalado.

XII.6. Violación del régimen de representación plural.

Hechas dichas aclaraciones corresponde tratar el supuesto de excepción previsto por la parte final del art. 58, 1º párr., LSC. Esta norma imputa igualmente a la sociedad, y a pesar de la violación del régimen de representación plural, “si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores”²¹, modificando implícitamente el art. 9, dec.ley 5968/63²², incluyendo naturalmente a la obligación asumida mediante aval.

Atento la ubicación de la norma, esta excepción sólo se aplica en relación al régimen de *representación plural* de la sociedad y no al supuesto de que el acto cambiario sea notoriamente extraño al objeto social. Para este último supuesto y al régimen de representación societaria, cabe remitir a lo señalado párrafos anteriores.

XII.7. Extensión normativa.

La ley alude a “obligaciones contraídas mediante títulos valores”, sin distinguir a que clase de título alude, ni la modalidad de la obligación, razón por la cual se incluye no sólo el libramiento, aceptación, endoso, sino también el “aval” de obligaciones cambiarias.

XII.8. Fundamento.

El fundamento de la excepción, que para algunos tiene corte político²³, es la celeridad en el tráfico comercial y la adecuada tutela del crédito (y por supuesto, del contratante débil); se protege (aun indirectamente) el interés de los terceros de buena fe²⁴.

Observando las tres hipótesis previstas se advierte que en todas se halla presente una negociación dinámica y ágil que evita inconvenientes temporales y económicos que apareja una consensuada y discutida contratación.

Tanto los títulos de crédito o de adhesión a cláusulas predispuestas o por formularios existe un menor rigor analítico por una de las partes (el deudor del título o aceptante de las pautas)²⁵.

Para evitar dicha situación y la sorpresa del tercero de buena fe se prevé que si se han infringido las reglas de organización plural; por ello, si al menos uno de ellos representante de la sociedad, ello será suficiente para vincular jurídicamente a la sociedad.

XII.9. Los directores y el aval.

Otra cuestión que importa en el presente caso se relaciona con la posibilidad de que el director avale obligaciones asumidas la sociedad.

El art. 271, LSC, señala que el director puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que éste opere y siempre que se concierten en las condiciones del mercado. Los contratos que no reúnan los requisitos del párrafo anterior sólo podrán celebrarse previa aprobación del directorio o conformidad de la sindicatura si no existiese quórum. De estas operaciones deberá darse cuenta a la asamblea. Si desaprobare los contratos celebrados, los directores o la sindicatura en su caso, serán responsables solidariamente por los daños y perjuicios irrogados a la sociedad. Los contratos celebrados en violación de lo dispuesto en el párrafo segundo y que no fueren ratificados por la asamblea son nulos, sin perjuicio de la responsabilidad prevista en el párrafo tercero.

Si bien el art. 271, LSC, alude a “contratos” se aplica, en general, a todo tipo de actos jurídicos, aun los cambiarios. Las especiales características del “aval cambiario” no permiten la determinación del tipo de actividad de que se trata (dada su abstracción) y las “efectivas condiciones del mercado” (pues no es un requisito de validez de la obligación cambiaria).

creación, por lo que no sería correcto en la doctrina que informa el dispositivo citado, oponer a un tenedor legitimado que reclama su cobro a la sociedad, una causal de inoponibilidad a la cual es ajeno”. (CCiv.Com., Córdoba, Sala 5, “Reyes Ana, María c/ S.B.G. S.A., s/ ejec.”, sentencia, N° 10 del 9.3.93)

²¹ MIQUEL, Juan A., *Representación unipersonal y pluripersonal en las SA*, RDCO, 1981, p. 259.

²² HALPERÍN, Isaac, *Criterios generales de la reforma de las sociedades comerciales. Ley 19.550*, RDCO, 1.972, p. 646.

²³ GERSCOVICH, *El nuevo régimen de representación cambiaria societaria* cit., p. 796

²⁴ “La interpretación del principio rector de dicha norma debe hacerse teniéndose muy en cuenta la protección de los terceros de buena fe, frente a la apariencia de una administración regular con énfasis en el campo de los títulos de crédito, y mas concretamente de los papeles de comercio”. (CCiv.Com. y Minería, San Juan, Sala III, “Cooperagro Ltda. c/ Agrovitícola Dos Pinos Coop. Ltda., s/ ejec.”, sentencia N° 4096 del 31.10. 96). Y también: “El principio rector del art. 58 LSC debe interpretarse teniendo en cuenta la protección de los terceros, con especial énfasis en el campo de los títulos de crédito, ya que la buena fe de aquéllos debe ser necesariamente preservada en aras de la seguridad y legitimidad de que están investidos los títulos cambiarios” (CCiv., Com., Lab. General Pico, La Pampa, “Banco Del Sud S.A c/ La Gerónima S.A. y otra, s/ ejec.”, Inter. del 3.11.94).

²⁵ Dificilmente los terceros que contratan con la sociedad tienen ocasión de investigar detenidamente la forma de actuación de quienes son los representantes de la misma (ZALDÍVAR, Enrique, MANÓVIL, Rafael M., RAGAZZI, Guillermo E., ROVIRA, Alfredo L. y SAN MILLÁN, Carlos, *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo-Perrot, 1.978, 1ª reimp., vol. I (aspectos jurídicos generales), p. 298).

No obstante ello, si el aval es gratuito difícilmente existirá algún óbice para el otorgamiento del aval a favor de la sociedad por su director, ya que aun cuando no sea en la actividad que éste opere, se concierta en condiciones mucho mejores a las del mercado (pues es gratuito) y no podrá alegarse ningún perjuicio en contra de la sociedad (no es posible la nulidad por la nulidad misma).

La situación inversa (esto es, que la sociedad avale obligaciones asumidas por algún miembro del órgano de administración, ora director, ora gerente) es más problemática pues podría encubrir un acto a título gratuito que la sociedad no debe asumir. En este caso, la decisión del directorio deberá indefectiblemente cumplir con el esquema del art. 271, LSC, so pena de nulidad.

XII.10. El órgano de fiscalización.

Estas mismas reflexiones se aplican a los síndicos, ya que el art. 298, LSC, expresamente dispone la aplicación del art. 271, LSC.

Paralelamente, el síndico, dentro de sus atribuciones y deberes, tiene la obligación de verificar siempre que lo juzgue conveniente y, por lo menos, una vez cada tres meses las disponibilidades y títulos valores, así como las obligaciones (incluidos los avales dados por la sociedad) y su cumplimiento (art. 294, inc. 2, LSC).

XIII. EL AVAL EN LA LEY DE ENTIDADES FINANCIERAS.

La ley 21526 de Entidades Financieras (LEF) habilita, implícitamente, a los bancos comerciales a avalar obligaciones. Así el art. 21, LEF, expresamente señala que los bancos podrán realizar todas las operaciones activas, pasivas y de servicios que no les sean prohibidas por la LEF o por las normas que con sentido objetivo dicte el BCRA en ejercicio de sus facultades.

Por su parte, los bancos de inversión (art. 22, inc. d, LEF), hipotecarios (art. 23, inc. d, LEF), compañías financieras (art. 24, inc. e, LEF) y sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda u otros inmuebles (art. 25, inc. e, LEF) pueden otorgar avales, fianzas u otras garantías vinculados con operaciones en que interviniere;

La reforma de la LEF operada por ley 26.173, habilitó también a las “caja de crédito cooperativas” a otorgar avales, fianzas y otras garantías (art. 26, inc. d, LEF), aun cuando establece una limitación: no podrá otorgar avales con otras entidades financieras, cooperativas de crédito o mutuales y cualquiera otra persona física o jurídica cuya actividad sea el otorgamiento de financiaciones, fianzas, avales u otras garantías, cualquiera sea su modalidad.

Por su parte, el art. 30, inc. b, LEF, establece el poder de policía del BCRA sobre el tema del otorgamiento de avales, señalando que las entidades comprendidas en la LEF se ajustarán a las normas que se dicten en especial sobre otorgamiento de fianzas, avales, aceptaciones y cualquier tipo de garantía.

El otorgamiento del aval impone no sólo su contabilización en los estados contables sino también su previsionamiento de acuerdo a las políticas de provisiones mínimas por riesgos de incobrabilidad y que son de cumplimiento obligatorio.

También el régimen de insolvencia de las entidades financieras tiene un tratamiento diferencial²⁶.

XIV. SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA.

Las sociedades de garantía recíproca son personas jurídicas, legislada por la ley 24.467, modificada por la ley 25.300, cuyo objeto societario principal es el otorgamiento de garantías a sus socios partícipes, como así también brindar asesoramiento técnico, económico y financiero.

En la esfera de su competencia, el BCRA dispone las medidas conducentes a promover la aceptación de las garantías concedidas por las sociedades de que trata por parte de las entidades financieras que integran el sistema institucionalizado, otorgándole a las mismas carácter de “garantías preferidas autoliquidables”. Asimismo, el BCRA ejercerá las funciones de superintendencia en lo atinente a vinculaciones de las sociedades de garantía recíproca con los bancos y demás entidades financieras.

El aval cambiario es utilizado comúnmente por estas sociedades para el descuento de cheques de pago diferido, permitiendo –de esta manera- a las pequeñas empresas acceder, previo aval de la sociedad de garantía recíproca, al descuento de cheques de pago diferido a través del mercado de capitales (con sus naturales características de agilidad y costos competitivos), con el aval de de una sociedad de garantía recíproca.

La operatoria suele ser la siguiente: (i) la empresa interesada se integra a la sociedad de garantía recíproca como socio partícipe, y se la califica crediticiamente, junto con los firmantes de los cheques de pago diferido propuestos para la negociación en la Bolsa; (ii) los cheques de pago diferido son presentados para su negociación en la bolsa respectiva con el aval de la sociedad de garantía recíproca; (iii) la cartera de cheques de pago diferido, de esta manera, se transforma en capital de trabajo a mejores tasas.

Debe recordarse que las sociedades de garantía recíproca no podrán asignar a un mismo socio partícipe garantías superiores al cinco por ciento del total del “fondo de riesgo”. Tampoco podrán las asignar a obligaciones con el mismo acreedor más del veinticinco por ciento del valor total del fondo de riesgo (art. 34, ley 24.467). Asimismo, estas sociedades deberán requerir contragarantías a socios partícipes en respaldo

²⁶ JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Crisis e insolvencia de entidades financieras*, Ed. Lexis-Nexis, Bs. As., 2008.

de los contratos de garantías con ellos celebrados. El socio partícipe tomador del contrato de garantía recíproca, deberá ofrecer a la sociedad de garantía recíproca algún tipo de contragarantía en respaldo de su operación (art. 71, ley 24.467).

Si bien la relación entre el socio partícipe y la sociedad es contractual y requiere, al menos, de un instrumento privado con firma certificada (art. 72, ley 24.467), no elimina la posibilidad de que –además– se formalicen otros instrumentos accesorios como el aval. Máxime teniendo en cuenta que el art. 73 de la ley señala que a sociedad de garantía recíproca responderá solidariamente por el monto de las garantías otorgadas con el deudor principal que afianza, sin derecho a los beneficios de división y excusión de bienes (tal como es en el aval).

XV. EL BANCO COMO AVALISTA DEL LIBRADOR DEL CHEQUE.

En materia de cheques, la doctrina se ha cuestionado sobre la posibilidad de que el girado (léase, entidad financiera) puede avalar el cheque común.

En el cheque de pago diferido la cuestión no ofrece mayores dificultades, ya que el art. 54, 2º párr., LCh., expresamente admite la posibilidad.

Paolantonio tiene una opinión contraria a la validez del aval en el cheque común por el girado, ya que interpreta que la no reiteración de la regla del art. 54, LCh., sumado a la prohibición de aceptación (art. 24, LCh) son indicios claros de la voluntad legislativa de no admitir la responsabilidad cambiaria del girado en el cheque común (principio reiterado por el art. 48, LCh., al regular los efectos de la certificación)²⁷.

Otro sector de la doctrina admite actualmente la validez del aval del girado en el cheque común²⁸. En este mismo sentido, Gómez Leo señala que el legislador al establecer expresamente que el cheque de pago diferido puede ser avalado por el banco girado optó por suprimir la prohibición impuesta para los cheques comunes a fine de no producir interpretaciones encontradas a partir de la remisión que efectúa el art. 58, 2º párr., LCh.²⁹.

XVI. ACCESORIEDAD “FORMAL”.

También es una “obligación directa y principal” o “autónoma”, pues confiere un derecho literal y autónomo en el expresado (a favor del beneficiario del aval) y la invalidez de alguno de los actos cambiarios no determina la invalidez del aval, salvo vicio de forma. La obligación derivada del aval es válida aun cuando la obligación que ha garantizado sea nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma (art. 34, 2º párr., DLC).

Gómez Leo señala que el principio de autonomía –el cual es la contrapartida del principio de independencia de las obligaciones cambiarias– se manifiesta, además, en el hecho de que el portador legitimado que resulte acreedor del importe del título, cuando reclame su pago al avalista, no podrá ser enervado su requerimiento por las posibles excepciones y defensas que pudieran haberse acumulado durante las sucesivas transmisiones del título, ni tampoco las que pudieran surgir –sustancialmente– de la obligación avalada, pues se prescinde de las situaciones subjetivas de los demás obligados cambiarios³⁰.

Pero agrega “*pero formalmente accesorio de la obligación avalada*”, significando que el principio de autonomía sustancial (que expresamente determina el art. 34, ap. 2, DLC) establece que la eficacia y exigibilidad de la obligación principal no afecta la obligación del avalista. Sin embargo, esta última no nace por vicio de forma de aquélla; de ahí su dependencia y accesoriedad formal³¹.

La autonomía importa, desde la perspectiva cambiaria, la prescindencia de las contingencias subjetivas que puedan afectar a los obligados cambiarios (art. 7, DLC).

La interrupción de la prescripción, conforme su naturaleza autonómica, sólo vale contra aquel que interrumpió la prescripción (realizó el acto interruptivo, art. 97, DLC), pero no respecto de los otros acreedores cambiarios. Por ello, la demanda iniciada contra un avalista sólo interrumpe la prescripción contra dicho avalista y no contra el avalado (y viceversa).

La autonomía determina que el avalista no podrá hacer frente al tenedor acreedor ninguna excepción fundada en los derechos del avalado ni ninguna de las causales de extinción establecidas a su favor.

La invalidez de la obligación cambiaria avalada no determina la invalidez del aval en cuestión. Por esta razón, si el avalista en virtud del aval paga la obligación cambiaria insatisfecha, tendrá derecho de repetir lo pagado, aun cuando parece razonable –en función de los principios cambiarios– que lo sustente en normas del derecho sustancial.

XVII. UNILATERALIDAD.

Es un acto “unilateral” y “no recepticio” por cuanto es una mera declaración que realiza el “avalista” y no requiere de la aceptación del acreedor (como sí se exige en la fianza). Incluso el aval puede insertarse en desconocimiento del avalado.

²⁷ PAOLANTONIO, Martín E., *Régimen legal del cheque*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 134.

²⁸ ALEGRÍA, Héctor, *El aval en el cheque en la ley 24.452*, RDPC N° 9, p. 134.

²⁹ GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Tratado de los cheques*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2004, p. 441.

³⁰ GÓMEZ LEO, Osvaldo, *Nuevo manual de derecho cambiario*, Depalma, Bs. As., 2000, p. 215.

³¹ GÓMEZ LEO, *Nuevo manual de derecho cambiario* cit., p. 215.

Ni su conocimiento ni –mucho menos- su aceptación- por el avalado son requeridos para que el aval tenga plena validez, pues se trata de una garantía dada en forma impersonal a quien sea finalmente tenedor legitimado del título cambiario..

XVIII. EL AVAL CONDICIONADO.

Es “incondicional”: el avalista no puede “condicionar” o “someter a condición” alguna su obligación. La “incondicionalidad” no significa que el aval no pueda ser total o parcial.

El tema de la “prohibición de la condición” en el ordenamiento cambiario tiene una doble regulación, ya que los arts. 1 y 101, incs. 2, DLC aluden a “promesa incondicionada” (cuando alude a creación de la letra de cambio o el pagaré), pero el art. 13, DLC, señala que “toda condición a la cual se lo subordinara (al endoso) se considerará no escrita”.

Por ello, el libramiento de una obligación cambiaria en forma condicionada (arts. 1 y 101, inc. 2, DLC) determina la invalidez de la letra de cambio como tal y por ello “no es letra de cambio” (art. 2, ap. 2, DLC) ni es “válido como pagaré” (art. 102, 1º párr., DLC).

El aval otorgado sobre una obligación cambiaria de esta naturaleza (condicionada) es inválido (pues es naturalmente un “vicio de forma”, ya que el capítulo I alude a la “forma de la letra de cambio”) y se determina en este caso un vicio de forma.

El aval sobre el endosante (que subordina su endoso a una determinada condición) tiene pleno valor, pues lo único que carece de valor es la condición (que se tiene por no escrita) pero no la eventual garantía que determina el endosante.

Ahora bien, cuadra preguntarse que sucede cuando el “aval” es el condicionado y no la obligación sobre la cual recae. Básicamente, si –ante el vacío de la ley- se aplican analógicamente los arts. 1 y 101, inc. 2, DLC o si la condición insertada por el avalista se tiene por no escrita (como lo señala el art. 13, DLC). El rigor cambiario, frente a la ausencia de previsión en esta cuestión, impone la nulidad del aval (y por ello, la no obligación de un aval condicionado).

XIX. ABSTRACCIÓN.

Tiene, como acto cambiario que es, la característica de la “abstracción” y por ello, la causa o relación subyacente del libramiento del aval es indiferente para el obligado cambiario y por ello no podrán oponerse excepciones vinculadas con la concreción del acto cambiario de garantía.

XX. IRREVOCABILIDAD.

Existe consenso de que se trata de un “acto irrevocable”; por ello, el avalista no puede revocar el acto cambiario de aval, salvo situaciones especiales (v.gr., dolo, mala fe, etc.).

Más adelante se analizará el tema en el aval sobre obligaciones futuras.

XXI. DIFERENCIA CON LA FIANZA.

Si bien el aval y la fianza tienen algunos puntos de contactos (ya que ambas son garantías personales y utilizadas comúnmente en por los empresarios) cabe señalar que el aval tiene naturaleza estrictamente cambiaria y esta asignación de la naturaleza determina obviamente un cúmulo de soluciones incompatibles entre la fianza y el aval.

No obstante ello, en algunos puntos el régimen de fianza del sistema comercial (primero del Cód. de Comercio y luego del Cód. Civ.) se puede aplicar supletoriamente a supuestos no reglados ni solucionados por el sistema cambiario.

Gómez Leo determina ciertas diferencias que pueden sistematizarse en las siguientes³²:

(i) *Naturaleza civil o comercial.* El aval tiene naturaleza cambiaria (art. 32, DLC) y por ello es siempre comercial (art. 8, in c. 3, Cód. Com.), no así la fianza que puede ser civil o comercial dependiente de la obligación principal (art. 478, Cód. Com.).

(ii) *Aceptación del garantizado.* El aval es una declaración unilateral de voluntad (art. 33, DLC) y no requiere de la aceptación del avalado, no así la fianza que, siendo un contrato, requiere el consentimiento de ambas partes (arts. 1137, 1140 y 1198, Cód. Civ.) y puede probarse por escrito (art. 2006, Cód. Civ.).

(iii) *Requisitos subjetivos de validez.* El aval es una garantía objetiva (ya que compromete al avalista al pago aun en caso de vicio o inexistencia sustancial de la obligación avalada), no así la fianza (que puede ser considerada subjetiva y dependen de la capacidad y condiciones personales del sujeto deudor), ya que para su eficacia es necesaria la validez sustancial de la obligación principal.

(iv) *Excepciones personales del deudor garantizado.* El aval es autónomo (y prescinde de las otras relaciones cartulares), la fianza no (y por ello permite al fiador valerse de todas las defensas y excepciones del deudor afianzado, art. 2004, Cód. Civ.).

(v) *Vicios sustanciales de la garantía.* La nulidad o vicio de fondo de la obligación avalada no afecta la responsabilidad del avalista (art. 34, DLC), a diferencia del régimen de fianza (en el que acarrea la nulidad de la fianza).

(vi) *Excusión e interpelación.* El aval no requiere de excusión ni interpelación (pues rige el régimen de la solidaridad de los obligados cambiarios, conforme lo menciona expresamente el art. 51, DLC, para los

³² GÓMEZ LEO, *Nuevo manual de derecho cambiario* cit., p. 216.

avalistas). En la fianza se exige la excusión previa de los bienes del deudor afianzado y de los cofiadores (arts. 2012, 2016 a 2019, Cód. Civ.) y en la fianza comercial se requiere “interpelación judicial del deudor principal” (art 480, Cód. Com.).

(vii) *Beneficio de división y excusión*. El avalista no goza del derecho de división y excusión (arts. 34 y 51, DLC), beneficio que el fiador tiene en la fianza civil no solidaria (art. 2024, Cód. Civ.).

(viii) *Defensas del garantizado*. El avalista, en caso de pagar la letra, tiene acción cambiaria fundada en la letra para reembolsarse de todo lo pagado de su avalado y de los firmantes que garantizaron a éste en el nexo cambiario, ejerciendo el derecho literal y autónomo, informado del principio de abstracción, en tanto portador legítimo del título (arts. 7, 18, 51 y 54, DLC). El fiador que paga se subroga en los derechos del deudor afianzado (art. 2029, Cód. Civ.) y su derecho de repetición de lo pagado puede verse enervado si dejó de oponer las excepciones que tenía el deudor principal, o no puso en su conocimiento el requerimiento del acreedor (arts. 2034 y 2035, Cód. Civ.).

(ix) *Presunción de aval*. En ciertos casos, la ley presume (sin admitir prueba en contraria) que una firma puesta en el frente de la letra sin identificar es un aval (si la misma no pertenece al librador ni al aceptante – art. 33, ap. 3, DCL) no así en la fianza que no se presume (arg. arts. 2066 a 2068, Cód. Civ.).

(x) *Condición*. El aval no puede estar sujeto a condición, la fianza sí (pues no existe prohibición legal al respecto, rigiendo el art. 528, Cód. Civ.).

XXII. FORMALIDADES.

El art. 33, DLC, establece las formalidades que debe contener el aval. La determinación de la existencia del aval depende de dos condiciones alternativas: la inclusión del giro “por aval” o –si así no se hubiera incluido– que se trate de una simple firma puesta en el anverso del título.

XXII.1. Expresiones permitidas.

Con respecto a que tipo de expresiones pueden ser consideradas como “cualquier otra expresión equivalentes” (art. 33, 2º párr., DCL). Es claro que la denominación que menores inconvenientes prácticos genera es la que expresamente señala el texto legal. De todas formas, la expresión equivalente no sólo puede entenderse en abstracto sino que deberá valorarse en función de las especiales características del caso concreto. Serán los jueces los que, en función de las condiciones de tiempo, modo y lugar, resolverán los alcances de la equivalencia exigida.

Cámara admite las siguientes: “en garantía”, “en caución”, “por buen fin”, “en seguridad” etc. Incluso acepta como válida la palabra “fianza” (a pesar de sus diferencias con el aval) por importar una garantía en este supuesto cambiario, incluso cuando el firmante se obligue como “fiador solidario y principal pagador”³³.

Existe jurisprudencia que señala que las obligaciones cambiarias pueden ser garantizadas no solamente con aval sino que admiten también otras garantías, entre ellas la fianza, lo cual impone –cuando la garantía se otorga por separado, que conste el claro designo de instrumentar un aval y no un avalista, dado el mayor rigor con que se obliga al avalista³⁴.

Más allá que en este caso la garantía no se afectaría (pues existe fianza o aval) si se afectan los derechos del acreedor cambiario pues las reglas jurídicas aplicables a uno u otro caso ya han sido analizadas cuando se trató la diferencia entre la fianza y el aval.

En la praxis judicial también se ha planteado la necesidad en caso de fianza (no aval) de obligaciones, entre ellas las cambiarias (pagarés o cheques), de tener que recurrir a la preparación de la vía ejecutiva para lograr el eventual reconocimiento de la firma del fiador o los otros extremos indicados procesalmente.

XXII.2. Firma en el “anverso” del título.

El régimen cambiario establece una forma especial de librar el avalar obligaciones cambiarias: mediante “la simple firma puesta en el anverso” del título cambiario (art. 33, 3º párr., DCL). Obviamente, no debe corresponder a la del “girado o aceptante” (debió decir sólo girado) de la letra de cambio (léase, librador para los pagarés). Es un dispositivo legal (presunción iuris et de iure para algunos) que no puede ser desvirtuado por elementos probatorios que acreditan que en realidad se quiso realizar otro tipo de acto cambiario.

La simple firma puede ser insertada en cualquier lugar del anverso, siendo indiferente a los efectos cambiarios la ubicación de la simple firma (siempre que sea en el anverso y no en el reverso). En caso de ambigüedad deberá interpretarse el título para determinar si la firma constituye importa un aval o un colibrador. La ubicación de la firma, su sentido e incluso los usos y prácticas pueden colaborar a la hora de determinar la recta interpretación del título. Podría ser colibrador si la letra está redactada en plural, aun cuando existen fallos encontrados sobre este tema³⁵.

Incluso este silencio (respecto de si constituye o no un aval) debe integrarse con la presunción del art. 33, 4º párr., DLC, que señala que si el aval no indica por cual de los obligados se otorga se considera otorgado por el librador.

³³ CÁMARA, *Letra de cambio y vale o pagaré* cit., t. II, p. 111.

³⁴ CNCom., Sala A, 12.8.76, “Banco Tornquist SA v. Teneza SCA”.

³⁵ CÁMARA, *Letra de cambio y vale o pagaré* cit., t. II, p. 114.

En términos sencillos: la simple firma puesta en el anverso del documento se interpreta como un aval otorgado a favor del librador.

XXIII. INDICACIÓN DEL AVALADO.

El régimen cambiario tampoco establece formalidades en orden a la indicación por cuál de los obligados cambiarios se otorga. Podrá indicar el nombre o posición cartular (librador, aceptante, endosante) o incluso el número de ubicación del obligado cambiario (o fecha de libramiento si así se hubiera consignado, recordándose que tal dato no es necesario).

Los términos “aval por librador” o “garantía por el Sr. ...” serían suficiente siempre que permitan identificar al avalado. Pueden incluso ser escritos por en forma manuscrita, ser preimpresos o ser tipografiados de otra manera.

No necesariamente debe estar en el anverso del título (puede estar en el reverso) y tampoco debe insertarse en la cadena regular de endosos o firmantes.

Con la excepción del “aval por documento separado” (que exige lugar de creación) no se exige ningún otro dato adicional, no siendo necesario que se asiente documento nacional de identidad, dirección, etc.

XXIV. MONTO DEL AVAL.

Con respecto al monto del aval, se presume que el avalista garantiza toda la obligación cambiaria, razón por la cual sólo será menester señalar el monto (cuando el aval sea parcial). No es menester que la limitación cuantitativa sólo se exprese en una suma de dinero, pudiéndolo hacer también en un determinado porcentaje (v.gr., treinta por ciento). Incluso podría limitarse a pagar sólo el capital y no los intereses.

Si la limitación fuese contradictoria y llevase escrita la suma en letras y cifras, en caso de diferencias se interpretará que se avala la suma indicada en letras y si hubiera sido escrita más de una vez naturalmente se estará a la suma menor (arg. art. 6, DCL).

XXV. LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL AVALISTA.

La doctrina se cuestiona la posibilidad de que el avalista limite su responsabilidad. Si bien el art. 32, DCL, sólo alude al monto, pensamos que no existen inconvenientes en que el avalista limite de otra manera su responsabilidad, siempre que no se afecten los principios cambiarios.

Por ello, será lícito que limite los tiempos de la presentación abreviando el plazo de un año establecido subsidiariamente por el art. 36, DCL o eventualmente el señalado por el librador. Si bien es cierto que el art. 36, DCL, sólo se refiere “al librador” pensamos que siempre que se brinde al tenedor del título la posibilidad de ejecutarlo en tiempo no habría inconvenientes. Es sólo una limitación que naturalmente no está prohibida.

Igualmente pensamos que podría incluir otras cláusulas (“no a la orden”) evitando ciertos aspectos de la circulación cambiaria.

Finalmente, el avalista puede designar un indicatario para el caso de necesidad en la aceptación o el pago (art. 74), aun cuando no lo haya hecho el avalado regresivo; también puede asentar la cláusula “sin gastos” cuando la usó el avalado, aun que sin la misma siempre gozaría de ella por responder igual que éste³⁶.

XXVI. FIRMA PUESTA EN EL “REVERSO” DEL TÍTULO.

Cámara ha señalado que la sola firma del avalista al dorso del documento carece de todo valor ante el rigor formal. Agrega que el aval en blanco al dorso del documento entre dos endosos completos no puede considerarse como endoso (por ser extraño a la cadena regular de endosos) ni aval (por no cumplir las exigencias formales). No tiene valor a pesar de que un tribunal ha señalado que el juez goza de libertad para decidir la situación; ello es censurable al recurrir a elementos ajenos al documento, razonado principios básicos del derecho cambiario: el formalismo³⁷.

Alegría³⁸ por su parte señala que tales firmas deben considerarse avales por lo siguiente: (i) el supuesto no está reglado expresamente; (ii) el régimen cambiario sólo señala que “se considera otorgado el aval con la simple firma puesta en el anverso de la letra”; (iii) la ley no dice que “debe estar” en el anverso o que “no debe estar” en el reverso; y (iv) el endoso (en blanco) sólo es válido si lo ha puesto al dorso de la letra o en su prolongación.

Asimismo se ha considerado “que la firma extravagante puesta al dorso del documento puede ser considerada como un endoso. Se trataría de un endoso por distintas circunstancias: (i) el endoso en blanco se materializa con una simple firma puesta al dorso del documento (art. 14, decr. Ley 5965/63); y (ii) como regla general, todos los firmantes del título son obligados cambiarios, como surge del art 51 y es corroborado por la primera parte del art. 16 del decr. Ley 5965/63 cuando dispone que el endosante es garante de la aceptación y del pago. El punto central está en el hecho de determinar si la firma extravagante puesta al dorso del documento cumple acabadamente con la definición del endoso contemplada por el art. 14 del decr. Ley 5965/63”.

³⁶ CÁMARA, *Letra de cambio y vale o pagaré* cit., t. II, p. 124.

³⁷ CÁMARA, *Letra de cambio y vale o pagaré* cit., t. II, p. 115.

³⁸ ALEGRÍA, *El aval* cit., p. 147; ESCUTI, *Títulos de crédito* cit., p. 128.

Se puede cuestionar la posición invocando que el firmante, para quedar obligado como endosante, debe estar legitimado en los términos del art. 17 de dicho ordenamiento. La doctrina que sostiene esta tesis entiende que para la eficacia del endoso no es necesario que el firmante se encuentre legitimado: ello es darle a la legitimación funciones que no le corresponden. En ese sentido se resalta que la función de legitimación constituye simplemente el fundamento: (i) de adquisición a *non domino* (art. 17, 2º párr.); (ii) para la inoponibilidad de excepciones (art. 18); y (iii) para la liberación del deudor que paga al portador que no es el dueño del título (art. 43, 3º párr., DLC)³⁹.

XXVII. AVAL POR DOCUMENTO SEPARADO.

El art. 33, DLC, señala que el aval puede constar en la misma letra o su prolongación, o en documento separado, debiendo en este caso indicar el lugar donde ha sido otorgado.

Más allá del debate sobre la afectación del “principio de completividad” del aval por documento separado, cabe señalar que el art. 33, 1º párr., DLC, expresamente lo permite y por ello cualquier discusión resulta estéril en este sentido.

La única exigencia legal adicional a la que exige para los otros avales es que se indique el lugar donde ha sido otorgado. Este requisito es irrazonable y ha sido suprimido sólo para los cheques por el art. 52, LCh., que habiendo copiado en todo el régimen cambiario suprimió esta última exigencia.

XXVII.1. Prolongación.

La expresión del lugar donde ha sido creado no es necesaria cuando el aval se hace en una prolongación (pues se considera como si hubiera sido realizado en el mismo título).

XXVII.2. Formalidad exigida.

No requiere de fórmulas sacramentales, pero requiere necesariamente que sea posible y de fácil determinación. Podrá indicarse un país, una provincia o incluso una ciudad, pueblo o municipio. Se podría designar como la capital de una provincia o país. Pero no podría indicarse un lugar inexistente o imaginario.

Tampoco podría ser un barrio, la calle de una ciudad o un edificio o monumento público. Si existen varios pueblos o ciudades con ese mismo nombre, deberá determinarse a cual de los países o provincias corresponde.

Obviamente, la omisión en la indicación del lugar sólo afecta al aval pero no la validez del título cambiario.

XXVII.3. Omisión de consignar el lugar de creación.

Cuadra preguntarse que sucede en el caso de que no se indique el lugar de otorgamiento, pero debajo de la firma del avalista se consignó el domicilio del avalista. ¿Resulta aplicable analógicamente el art. 2, 4º párr., DLC? Creemos que sí, pero no como un derivado de la interpretación analógica de dicho precepto, sino porque la consignación del domicilio del avalista, en cierto modo, importa implícitamente que el aval fue otorgado en dicho lugar. Máxime cuando se trata de un requisito que carece de una clara explicación.

Si se hubiere dejado en blanco dicho elemento formal, el portador podrá insertar el lugar de creación con posterioridad, cumpliendo con las exigencias legales.

XXVII.4. Contenido razonable.

Si bien el régimen cambiario sólo exige –para el aval por documento separado- la fórmula “por aval” o expresión similar y el lugar de creación, pensamos que dicho instrumento separado debe tener autonomía suficiente que garantice la seguridad del tráfico en orden a las obligaciones garantizadas. De otro modo, el aval por instrumento separado (sin otra indicación que su lugar de otorgamiento) se transformaría en un “aval en blanco” que garantiza cualquier –cualquier- obligación cambiaria.

Por ello, y más allá de lo establecido por la ley, pensamos que en el documento separado se deben consignar los elementos necesarios a los fines de individualizar la obligación cambiaria por la cual se obliga o, al menos, el monto avalado y el plazo de duración del aval (requisitos obviamente que no figuran en el artículo en cuestión).

Así también lo señala Gómez Leo cuando dice que en la práctica será conveniente, por obvias razones de seguridad, agregar a los mencionados requisitos: la fecha en la cual se extiende el aval y la identificación precisa de la obligación cambiaria avalada en cuanto a su monto, el otorgante y el título donde se halla documentado⁴⁰.

XXVII.5. Soporte material.

El aval por documento separado no es menester que se realice sobre el mismo material que el título cambiario que se avala. Por ello, y éste será el supuesto más usual, el título puede ser librado en un tipo de papel y el aval en otro; o incluso en diversos tamaños.

³⁹ ESCUTI, *Títulos de crédito* cit., p. 128.

⁴⁰ GÓMEZ LEO, *Nuevo manual de derecho cambiario* cit., p. 229.

Si bien el art. 14, DLC, en materia de endoso alude a “una hoja de papel unida a la letra”, existe suficiente consenso en que puede ser cualquier material idóneo distinto que se pueda transmitir (cartón, nylon, madera, etc.). También puede ser escrito con grafías, letras o incluso mecanografiados.

El aval por documento separado, siendo un acto unilateral no recepticio de garantía puede librarse incluso por carta documento, ya que en la actualidad se firman en tres ejemplares (uno de los cuales debe ir al destinatario), no así en el telegrama (que sólo llega mecanografiado a su destinatario).

XXVII.6. Ejecución del aval por documento separado.

Obviamente que para la ejecución del aval por documento separado (mediante acción directa o de regreso) es menester acompañar la cambial vinculada, pues de otro modo no podrá determinarse la concreta extensión de la obligación cambiaria.

XXVIII. AVAL INTERNACIONAL.

Desde la perspectiva del “derecho internacional privado” se plantean una serie de interrogantes que Boggiano⁴¹ plantea satisfactoriamente: el Tratado de Montevideo de 1940 no regula la validez sustancial y efectos del aval, sino sólo su forma (art. 23); el Tratado de 1889 lo regula íntegramente (art. 31) y por ello parecería que deberíamos acudir al art. 31 del Tratado de Montevideo de 1889 como norma análoga. A su juicio habría que seguir otro camino.

Señala que “se debe buscar primero la norma de conflicto que correspondería elaborar en la órbita del propio Tratado de 1940 para autointegrarlo, y si es dable llegar a una norma construida por analogía dentro de aquel Tratado, aplicarla analógicamente al ámbito lacunoso interno”. Agrega que en este orden de ideas, el aval guarda analogía con la aceptación por intervención, con lo cual puede someterse al mismo punto de conexión del artículo 28 del Tratado, esto es a la ley del lugar donde se otorga el aval. Además, el Tratado de 1889 somete la forma del avala al derecho que rige la obligación garantida (art. 31). Empero, el artículo 23 del Tratado de 1940 somete la *forma* del aval al derecho del lugar de su otorgamiento. Por tanto, no sería ideal aplicarla a la forma del aval un derecho, y otro a su validez y efectos. En situación de escoger entre la ley de la obligación garantida y la ley del lugar de otorgamiento, diversas razones nos hacen inclinar por la segunda. La primera, porque el Tratado de 1940 es la solución generalizada para las obligaciones cambiarias; y la segunda, de mayor gravedad que la anterior, porque es la solución de la Convención de Ginebra (art. 4, 2º parte), que inspira el Tratado de 1940, y del Código Bustamante (art. 268). Este segundo fundamento es de mayor importancia porque persigue la *armonización internacional de las decisiones*, al conducir a la elaboración de una norma de conflicto coincidente con las que rigen en los países ratificantes de estos convenios. Tiende a la unificación espontánea de las normas de conflicto⁴².

Como vimos, el art. 32, DLC, señala que el aval puede garantizarse total o parcialmente la obligación cambiaria. Dicho en otras palabras, puede limitar el monto de la garantía. Si el aval nada señala, se entiende, aunque el ordenamiento cambiario no lo dice de manera expresa, que su obligación es por todo el monto del documento.

XXIX. AVAL LUEGO DEL VENCIMIENTO Y/O PROTESTO.

Se ha preguntado la doctrina si el aval puede asentarse luego de protestado el pago del título cambiario. El régimen cambiario guarda silencio; sin embargo, Cámara entiende que la letra de cambio no puede avalarse después del protesto, ya que así como no circula cambiariamente tampoco pueden añadirse nuevas garantías cartulares, después del protesto por falta de pago o al vencimiento del plazo establecido por efectuar dicho acto. Cerrada la etapa de vida de la letra –enfatisa el autor– nadie puede introducirse en ella. El vencimiento pone término al poder creador de la letra. Mientras ésta viva, ella crea obligaciones en su curso circulatorio. Extinguida, su fuerza creadora desaparece. Queda tan sólo el poder compulsivo para hacer efectivas las obligaciones erradas en el curso de su vida⁴³.

La cuestión, sin embargo, también reside en el período que transcurre entre el vencimiento del título y la realización del protesto. En este último caso, y a pesar de la opinión contraria del autor citado, pensamos que es factible la inserción del aval por alguno de los obligados cambiarios. Resulta, en consecuencia, aplicable por analogía el art. 21, DCL, que permite el endoso posterior al vencimiento del título (con los mismos efectos que un endoso anterior), no así el posterior al protesto (que tiene los efectos de una cesión ordinaria).

Por ello, estimamos que el aval podrá insertarse después del vencimiento de la obligación cambiaria y hasta el debido protesto de la letra con los mismos efectos que un aval anterior.

Una vez protestado el título no será factible el aval de la obligación cambiaria y tampoco tendrá los efectos de la fianza si así no se estableció en forma expresa: la fianza no se presume⁴⁴. No obstante la imposibilidad de avalar la obligación cambiaria no excluye que pueda “afianzarse” (en los términos civiles y comerciales) la obligación cambiaria, aun cuando los efectos aplicables a esta fianza son los del ordenamiento civil (y no el cambiario propiamente dicho).

⁴¹ BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2.000, 4ª edic. act., t. II, p. 619.

⁴² BOGGIANO, *Derecho internacional privado* cit., t. II, p. 619.

⁴³ CÁMARA, *Letra de cambio y vale o pagaré* cit., t. II, p. 129.

⁴⁴ En contra: GÓMEZ LEO, *Nuevo manual de derecho cambiario* cit., p. 231.

XXX. AVAL SOBRE TÍTULOS FUTUROS.

También se ha estudiado, en orden a lo establecido por el art. 1988, Cód. Civ., que señala que la fianza puede preceder a la obligación principal y ser dada en seguridad de una “obligación futura”, la posibilidad de que se constituya un “aval” (por documento separado, obviamente) para garantizar el pago de una obligación cambiaria que aún no ha nacido.

Admitimos dicha posibilidad (que no sólo no está prohibida sino que está permitida por un ordenamiento análogo como es el de la fianza) ya que no se afectarían los principios cambiarios implicados (fundamentalmente el de literalidad y autonomía). El principio de completitud no se afecta necesariamente por el aval de obligaciones cambiarias futuras sino por la permisión del ordenamiento de que se realice “en documento separado” (como reza el art. 33, 1º párr., DCL).

Lo único verdaderamente exigible es la determinación de las obligaciones cambiarias futuras avaladas (“objeto determinado” exige el régimen civil). Si bien el ordenamiento civil tiene una cierta amplitud en este sentido (ya que el art. 1989, Cód. Civ., señala “aunque el crédito futuro sea incierto y su cifra indeterminada”), incluso no siendo necesario que se refiera a una suma fija (“sin que sea necesario que su importe se limite a una suma fija”, añade el art. 1988, Cód. Civ.).

No obstante ello, y en aras de la determinación exigida por el art. 1988, Cód. Civ., pensamos que el aval tiene que tener pautas razonables que permitan, con un mínimo de seriedad, beneficiar la seguridad del tráfico. La supuesta amplitud del Cód. Civ. no es tal pues debe balancearse con una interpretación lógica de la “determinación de la obligación avalada” exigida por la norma y que no pueda aplicarse de manera indiscriminada a obligaciones ajenas o extrañas. La falta de una razonable determinación atenta contra la validez de la norma e impone la nulidad del aval, pero no de la obligación avalada.

Por ello se ha dicho que la “garantía puede preceder a la obligación principal y convertirse en seguridad de una obligación futura, precisando las cambiales a emitir, las cantidades y plazo de las obligaciones, conforme a la opinión de Ripert. Ello concuerda con la práctica comercial del país, el parecer jurisprudencial nacional y el pensamiento del autor de la ley –ya transcrita-, que al admitir el aval por documento separado expresó que así pueden garantizarse obligaciones futuras y distintas”⁴⁵.

La validez del aval, naturalmente, dependerá del efectivo nacimiento de la obligación cambiaria. Sin obligación cambiaria no hay aval; ni válido ni inválido. Por ello, se trata de un acto jurídico sujeto a condición: la concreción de la obligación cambiaria que el avalista tuvo en miras a la hora del otorgamiento del acto cambiario de garantía.

XXXI. RETRACTACIÓN DEL AVAL SOBRE OBLIGACIONES FUTURAS.

El problema se plantea en orden a la retractación del aval que está permitido en el ordenamiento civil con algunos condicionamientos. Señala el art. 1990, Cód. Civ., que el fiador de las obligaciones futuras puede retractar la fianza mientras no existiere la obligación principal; pero queda responsable para con el acreedor y tercero de buena fe que ignoraban la retractación de la fianza, en los términos en que queda el mandante que ha revocado el mandato.

La propia noción del aval (“*acto unilateral no recepticio de garantía*”) parece indicar la imposibilidad de retractación del aval asentado en el instrumento separado una vez que el mismo ha salido del poder del aval (y se entregó al acreedor cambiario). Pero esta condición no es determinante porque incluso la fianza puede constituirse como “acto unilateral” (como lo acepta el art. 1987, Cód. Civ.) aún antes de que sea aceptada por el acreedor.

En cierto modo, lo que condiciona la posibilidad de retractación no es la aceptación del mismo (que no es necesaria en el aval) sino la efectiva existencia del título cambiario. Nótese que el art. 34, 2º párr., DLC, señala que el aval tiene validez aún cuando la obligación avalada sea nula (solución que no puede aplicarse a supuestos en que la obligación avalada sea inexistente).

La posibilidad de retractación se fortalece más aún teniendo en cuenta que la abstracción y autonomía del título (aún en el aval) procuran una adecuada protección de la seguridad del tráfico, ya que el art. 1990, Cód. Civ., procura una adecuada protección de los terceros de buena fe, ya que hace responsable al fiador (léase avalista) aun luego de retractada la garantía si dicha retractación se ignoró.

Ahora bien, si la retractación no se ignoraba por el futuro acreedor y se hizo antes de que hubiese nacido el supuesto crédito, el acreedor no podría buscar protección si conoció efectivamente la retractación de la garantía.

XXXII. AVAL INCOMPLETO.

En atención al régimen cambiario, el aval sobre obligaciones futuras (en documento separado) puede ser librado de manera incompleta, incluso sin el lugar de creación. Sólo sería necesaria la firma del avalista y los demás extremos podrían ser completados antes de su presentación. Resulta aplicable el art. 11, DLC, que el derecho del portador de llenar el título en blanco caduca a los tres años de la fecha de creación del título, aun cuando esta caducidad no podrá ser oponible al portador de buena fe que hubiera recibido el título completo.

⁴⁵ CÁMARA, *Letra de cambio y vale o pagaré* cit., t. II, p. 125.

Si el aval librado en blanco hubiera sido completado en forma contraria a los acuerdos que la determinaron, la inobservancia de tales acuerdos no puede oponerse al portador a menos que éste la hubiese adquirido de mala fe o con culpa grave. De todas formas, la invocación de mala fe o culpa grave difícilmente podría ser discutida ampliamente en el marco del proceso ejecutivo previsto por el régimen cambiario (art. 60, DCL).

Esta misma norma, naturalmente y ya en forma directa, resulta aplicable cuando el aval se realiza sobre un título en blanco. El avalista podría solicitar la aplicación del art. 11, DLC.

XXXIII. OBLIGACIONES Y DERECHOS EN EL AVAL.

El avalista –conforme lo señala expresamente el ordenamiento cambiario- queda obligado en los mismos términos que aquél por quien ha otorgado del aval y su obligación es válida aun cuando la obligación que ha garantizado sea nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma.

Además, agrega el art. 34, DLC, el avalista que paga la letra de cambio adquiere los derechos que derivan de la letra, contra el avalado y contra los que están obligados cambiariamente hacia éste.

Al quedar obligado en los mismos términos que el avalado, el legitimado activo cambiariamente tendrá contra el avalista no sólo la obligación directa sino también la de regreso, según el avalado sea el aceptante de una letra de cambio o librador de un pagaré (directa) o librador de una letra o endosante (de regreso). Rige para el avalista el mismo régimen de caducidad y prescripción según el tipo de obligación cambiaria que asuma (directa o de regreso).

El hecho que quede obligado en los mismos términos que el avalado no permite, dada la autonomía y abstracción, que el avalista pueda oponer al acreedor las excepciones personales que tiene el avalado (ésta es justamente una de las diferencias esenciales con la fianza).

Ello no excluye que una vez satisfecha la obligación por el avalado accione por reembolso en contra del avalado. Para ello sólo le basta la tenencia del título (que presume el pago), ya que el avalista jamás ha sido poseedor del título cambiario (sea que haya avalado al librador, aceptante o endosante) pues se limitó a insertar la firma con las formalidades exigidas.

Si la obligación principal es nula, no lo será el aval sobre dicha obligación salvo defectos formales, con lo cual la obligación del avalista en este punto no es idéntica a la del avalado, sino que es más grave (pues el acreedor cambiario sólo podrá exigir el pago al avalista y no al avalado).

La “nulidad material de la obligación principal carece de relevancia subsistiendo la responsabilidad del avalista aun cuando la firma del avalado fuere falsa, de un homónimo, falta de representación o de un incapaz; sólo en caso de que formalmente sea ineficaz caería la garantía –v.gr., avala por el aceptante cuya firma sólo aparece en el reverso o por otro avalista que se limitó a suscribir en el retro- o si no hay obligación cartular –v.gr., endosante con cláusula *sin garantía*-.”⁴⁶

El pago incorrecto por el avalista de la obligación cartular (por estar caduca o prescripta) perjudica al avalista y no al avalado; por ello, el avalista carece de acciones cambiarias (reembolso) en contra del avalado.

El avalista cuenta además con la acción de enriquecimiento sin causa en contra del avalado si se dan las condiciones establecidas en el art. art. 62, DCL: el límite de esta acción será “por la suma en que hubiesen enriquecido injustamente en su perjuicio.

La no referencia expresa al “avalista” como legitimado para dicha acción no imposibilita la acción, la que –incluso- podría existir aun cuando dicha norma no hubiera sido redactada.

XXXIV. CHEQUES.

En la Ley N° 24.452 de cheques (LCh.) el aval se encuentra reglado en el Capítulo X, abarcando los arts. 51 a 53. Las disposiciones son casi idénticas a las previstas en el DCL, con la salvedad de ciertos datos que debe contener el aval y que en el aval por documento separado no es menester indicar el lugar donde ha sido otorgado. Por ello, las principales disposiciones del aval en LCh. son las siguientes:

(i) El pago de un cheque puede garantizarse total o parcialmente por un aval. Esta garantía puede otorgarla un tercero o cualquier firmante del cheque (art. 51, LCh.);

(ii) El aval puede constar en el mismo cheque o en un añadido o en un documento por separado. Puede expresarse por medio de las palabras “por aval” o por cualquier otra expresión equivalente, debiendo ser firmado por el avalista. Debe contener nombre, domicilio, identificación tributaria o laboral, de identidad, conforme lo reglamente el Banco Central de la República Argentina. El aval debe indicar por cuál de los obligados se otorga. A falta de indicación se considera otorgado por el librador (art. 52, LCh.).

(iii) El avalista queda obligado en los mismos términos que aquél por quien ha otorgado el aval. Su obligación es válida aun cuando la obligación que haya garantizado sea nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma. El avalista que paga adquiere los derechos cambiarios contra su avalado y contra los obligados hacia éste (art. 53, LCh.).

Como se dijo, además de la firma del avalista debe contener nombre, domicilio, identificación tributaria o laboral, de identidad, conforme lo reglamente el Banco Central de la República Argentina. Debe aclararse que en materia societaria y conforme el plenario “Quilpe”⁴⁷, lo que la LCh. quiso decir

⁴⁶ CÁMARA, *Letra de cambio y vale o pagaré* cit., t. II, p. 132.

⁴⁷ CNCom, en pleno, “Quilpe I.L.P. SA”, 31/3/77, LL, 1.977-B, p. 248.

no fue domicilio social sino sede social (ya que el domicilio social puede ser sólo la jurisdicción administrativa de la sociedad)⁴⁸.

⁴⁸ Ver, en lo pertinente, nuestro análisis en: MOLINA SANDOVAL, *Régimen societario* cit., t. I, p. 276.