

# EL AVAL\*

Dr. Gastón Certad-Maroto

Profesor Catedrático de la Universidad Autónoma de Centro América y de la Universidad de Costa Rica. Ex Decano del Collegivm Academicvm.

**SUMARIO: I.- Del Aval.** I.1.- El aval como obligación de garantía. I. 2.- Colocación del aval. I. 3.- Forma. I. 4.- Momento. Aval tardío o póstumo. I. 5.- El avalista; capacidad. Aval en representación. Coaval. Subaval. I. 6.- El avalado. Co-avalados. Aval total; aval parcial. I. 7.- Aval condicionado. Aval limitado a persona. Aval limitado al tiempo. I. 8.- Relación de coordinación entre avalista y avalado. I. 9.- El avalista es, respecto al avalado, obligado de grado sucesivo. I. 10.- Extinción del aval. **II.- Del Aval y de la fianza.** II. 1.- Autonomía sustancial y “accesoriedad” formal del aval. II. 2.- Analogía. II. 3.- Excepciones del avalista frente al tenedor del título. II. 4.- Normas de la fianza aplicables al aval. II. 5.- Convertibilidad del aval nulo en fianza. II. 6. “Onerosidad” y gratuidad del aval; relevancia.

## I. Del Aval

El aval es una declaración cambiaria de voluntad formal (pero no sacramental ni solemne), unilateral y no receptivita, con la cual una persona (denominada avalista) garantiza solidariamente a otra (denominada avalada) el pago de una letra de cambio o de un pagaré por toda o parte de la suma cambiaria.<sup>1</sup>

**I.1** El aval, regulado por los artículos 755, 756, 757 y 802 penúltimo párrafo, es una típica obligación cambiaria de garantía, bajo un doble perfil. En efecto, no obstante generar, como la fianza, una garantía personal, el aval, en cuanto declaración caratular presenta las características estructurales propias de las restantes obligaciones cambiarias (máxima autonomía, literalidad directa y abstracción), diferenciándose así, también desde el punto de vista de la disciplina, de la fianza, típica forma de garantía personal del derecho (contractual) civil y comercial, según se verá más adelante.

Además, el aval no es la única declaración cambiaria con función de garantía, dado que, por expresa disposición legislativa, garantes del pago de estos dos títulos cambiarios son también el librador (arts. 766, 785, 787 y 793) y el aceptante por intervención (art 770), en la letra de cambio, y los endosantes (arts. 742 y 802 inciso a) en la letra y en el pagaré. Sin embargo, el aval se distingue de estas otras declaraciones cambiarias precisamente porque su función

---

<sup>1</sup> En forma muy similar define el aval la Sección Segunda del Tribunal Segundo Civil en sentencia N° 2002-086.SEG de las 9:30 horas del 22 de marzo del 2002, considerando XI.

\* En este trabajo cuando se indique el número de un artículo sin mencionarse la ley o el código de procedencia, se entenderá que pertenece al Código de Comercio. Para la jurisprudencia que se ha generado últimamente respecto a cada artículo citado en el texto, véase nuestro *Código de Comercio concordado con historia y jurisprudencia*. Editorial Juritexto, San José, 2002.

**típica y exclusiva** es la de reforzar el crédito cambiario<sup>2</sup>.

**I.2** El aval debe constar en el título o en su suplemento o prolongación (que preferentemente debe ir adherido materialmente al documento, arts. 756 párrafo 1º y 802 penúltimo párrafo); por ello, no tiene valor de aval —a lo sumo tendría, tal vez, valor de fianza— la garantía del débito cambiario otorgada en acto separado, público o privado<sup>3</sup>.

El aval se puede prestar en una letra en blanco o incompleta; la firma del avalista puede ser la única firma cambiaria que en un primer momento contenga el documento; naturalmente que, en estos casos, la eficacia del aval estará condicionada a la cobertura de la letra y a la eficacia cambiaria de la declaración del avalado<sup>4</sup>.

**I.3** El aval se expresa con las palabras “por aval” u otra fórmula equivalente<sup>5</sup>, seguida de la suscripción del avalista en la forma prevista por el párrafo segundo del artículo 756. Sin embargo, la sola firma de una persona que no sea el librado (solo en la letra de cambio), el librador o un tenedor, puesta en el anverso del título, vale como aval (arts. 756, penúltimo párrafo y 802, penúltimo párrafo).<sup>6</sup>

Con puestos resultados la doctrina se pregunta si puede reconocerse como aval la simple firma de una persona (que no sea la de un tenedor<sup>7</sup>) en la cara posterior del título,

---

<sup>2</sup> ROJO, Ángel, “El aval”, en *Derecho Cambiario. Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, dirigida por Aurelio Menéndez Menéndez, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1992, p.549.

<sup>3</sup> ROJO, A., *Op. cit.* en nota 1, pp. 567 y 568.

<sup>4</sup> Tales como “por garantía” o “en garantía”. Determinar qué fórmulas cumplen el requisito de la equivalencia y cuáles no, es cuestión de hecho. Por obvias razones, creemos que no debe considerarse aval la suscripción acompañada de las palabras “por fianza” o “en fianza”.

<sup>5</sup> Lo cierto es que no siempre es fácil establecer si la simple firma en la cara anterior del título sea la de un co-librador, un co-librado o la de un avalista.

<sup>6</sup> Se trata de una presunción *iure et iure*, para algunos (ANGELONI, Vittorio, *La cambiale ed il vaglia cambiario*. Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1964, p. 270) o “*iuris tantum*”, para otros (MOSSA, Lorenzo, *Trattato della cambiale*. CEDAM, Padova, Italia, 1956, p.429) que opera siempre que la firma no sea del librado (solo en la letra de cambio), del librador o de un tenedor; sin embargo, algunos fallos de ciertos tribunales italianos y algunos autores (como MARTORANO, Federico, *Lineamenti generali dei titoli di credito e dei titoli cambiari*. Morano Editore, Napoli, Italia, 1979, p. 351) defienden la tesis de que no se trata siempre, de *iure condendo*, de una presunción de aval, sino que representa el reconocimiento legislativo de la eficacia obligatoria de semejante firma (en algunas sentencias se ha establecido que se trata en la especie de una comisión). Es necesario hacer, de acuerdo con esta posición, un examen ocular del título, interpretando en su conjunto los elementos fácticos objetivamente resultantes del mismo; por ejemplo, en Italia se le ha dado una enorme importancia a la colocación de la firma. Por su parte, la redacción del documento en primera persona plural de la orden (deberéis pagar o se servirán pagar o pagarán) o de la promesa de pago (pagaremos) ha sido considerada por los jueces italianos como un elemento decisivo para calificar la firma en cuestión como la de un coemisior y no la de un avalista. Sobre la aplicación de esta presunción véase los votos N° 1738-L de las 7:45 horas del 6 de noviembre de 1998 y 1717 de las 8:50 horas del 4 de noviembre de 1998 del Tribunal Primero Civil.

<sup>7</sup>El **tenedor** no es excluido en el esquema normativo elaborado en la Convención de Ginebra de 1930, ni de aquellas leyes cambiarias de los Estados adherentes a dicho texto, como la italiana de 1942, o las que se limitaron a transcribirlo e incorporarlo en sus códigos de comercio, como es nuestro caso. Y es que realmente no entendemos porqué esos textos y leyes incluyeron al tenedor, pues éste lo normal es que firme en el reverso, al dorso, como endosante, y no en el anverso del título, en donde sí es usual que firmen libradores y librados (sin embargo, en los formularios de nuestras letras de cambio, el espacio para la aceptación aparece en el reverso y no en la parte de adelante, como sucede en casi todos los demás países).

siempre que no constituya un endoso en blanco.<sup>8</sup>

La firma del avalista debe ser *manuscrita* o *autógrafo*, sin que sea posible su sustitución por algún procedimiento mecánico<sup>9</sup>.

**I.4** El Código no establece ninguna relación cronológica entre la declaración del aval y la del avalado; entonces, el aval puede ser posterior, simultáneo o anterior al nacimiento de la obligación cambiaria con relación a la cual se determina la posición jurídica del avalista (*fideiussio et praecedere obligationem et sequi potest*), con la observación que el aval anticipado está lógicamente sometido a una *conditio iuris*: que la declaración cambiaria del avalado efectivamente se formule. De lo anterior se colige que el aval se puede rendir en cualquier momento entre la emisión del título por el librador y el vencimiento del efecto.

Cosa distinta es el *aval tardío* o *póstumo*, aquel suscrito después del vencimiento del título, respecto del cual nuestro Código no se pronuncia –como sí lo hace respecto al endoso (arts. 704, 745 y 802 inciso a)-pero que también nos parece válido, siempre que al otorgarse no hubiese quedado liberado el avalado de su obligación cambiaria.

**I.5** El aval puede ser conferido por un *firmante* del título<sup>10</sup> o por un tercero (art 755); en el primer caso el aval tiene una mayor utilidad práctica sólo si es conferido por un obligado cambiario de grado anterior o cuando la precedente obligación del avalista es inválida.

---

<sup>8</sup> El problema se presenta típicamente cuando (a) la primera suscripción no corresponde al nombre del tenedor original; o (b) cuando una de las suscripciones sucesivas no corresponde al nombre de quien es indicado como endosatario en el endoso inmediatamente precedente. cuando una de las suscripciones sucesivas no corresponde al nombre de quien es indicado como endosatario en el endoso inmediatamente precedente.

En el primer caso, la jurisprudencia italiana ha negado la condición de avalista al primer suscriptor (App. Firenze, 19 nov. 1958, Franconeri c/ Ferlazzo; App. Torino, 8 feb. 1958, Fornace La Terzi c/Colobacchini, en Rep. Foro It., 1958, voz *Titoli de credito*, n 73).

Una corriente de pensamiento minoritaria considera la denominada **firma extravagante** como aval (ANGELONI, V., Op. cit. en nota 6, pp. 271; SALANDRA, Vittorio. *Manuale di Diritto Commerciale*. Bologna, Italia, 1948, p. 328) pues, según Angeloni, nadie pone su propia firma en un documento de estos sin tener la intención de asumir una obligación cambiaria y es interés del tenedor que estos títulos tengan varios obligados, llegando así a concluir que es más lógico atribuirle a esa firma el valor de un aval que asignarle, sin necesidad, la mera función de destruir el principio de continuidad de los endosos (p. 272).

En el ámbito de la tesis que le niega valor de aval a la firma extravagante, la opinión prevaleciente va en el sentido de que ella no produce efectos obligatorios y debe además considerarse como no puesta, de modo que tampoco resultaría violado el principio de continuidad de los endosos (entre otros, véase DE SEMO, Giorgio. *Trattato di Diritto Cambiario*. 3ª Ed., CEDAM, Padova, 1963)

Que la firma extravagante resulta apta para determinar el nacimiento de una verdadera obligación cambiaria es sostenido por Gian Franco CAMPOBASSO (“La firma cambiaria extravagante”, en *Riv. di Dir. Comm.*, 1970, I, pp. 61 ss.) para quien esa firma, no obstante, no poder ser considerada como aval, serviría para originar una obligación cambiaria de garantía, de naturaleza atípica; del mismo criterio es TEDESCHI, G., “La Cambiale” en *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por Pietro Rescigno, vol. XXIII, U.T.E.T, Torino, Italia, 1987, p. 535).

Por último, para un sector de la doctrina alemana, la firma extravagante debería calificarse como un endoso sólo en garantía (y no traslativo de dominio), figura que en derecho anglosajón se conoce con el nombre de *irregular endorsement*.

En lo que toca a la hipótesis (b), la Casación italiana consideró que la calificación de la firma como aval es una cuestión de interpretación del tenor del título, remitida, entonces, a la apreciación del Juez (8 de marzo de 1935, Cassa di Risparmio di Tiesi c/ Maccaferri).

<sup>9</sup> ROJO, A., Op. cit. en nota 2, p. 572.

<sup>10</sup> Para ROJO (A., Op. cit. en nota 2, p. 556) “no existe inconveniente alguna en admitir también el supuesto contrario: el del avalista que, con posterioridad a la prestación del aval, asume otra obligación cambiaria (vgr. como endosante o incluso como avalista de persona distinta a la primeramente avalada)”.

La capacidad para avalar es la misma que la exigida para afianzar obligaciones, esto es, quien tenga capacidad general para obligarse.

La declaración del aval, al igual que las demás declaraciones cambiarias, puede prestarse por medio de representante con poder suficiente<sup>11</sup>, debiéndolo expresar en la antefirma.

El aval puede ser rendido por varias personas simultánea o sucesivamente respecto del mismo obligado cambiario o por distintos; aquí hablamos de *coaval*. Mientras el avalista es obligado de grado sucesivo respecto del avalado, los coavalistas son obligados solidarios *pari grado* entre ellos: así las cosas, el coavalista que pagó no tiene, contra los demás coavalistas, acción cambiaria de regreso, sino tan solo una acción extracartular regulada por las normas del derecho común sobre las obligaciones solidarias (arts 636 y ss *Código Civil* y 432).

Del coavalista debe distinguirse el avalista del avalista, que es obligado de grado sucesivo respecto de este último y, por lo tanto, si fuere constreñido a pagar, tiene acción cambiaria de regreso por el *totum* frente al propio avalado y de los demás obligados de grado anterior, punto este pacífico entre los autores.

Distinto del coaval es también el *subaval*, es decir, el aval prestado por un tercero o por un obligado cambiario en garantía de pago de la letra por un avalista. En este caso, si bien tanto el subvaluado como el subvalista se obligan solidariamente al pago de la letra, este último sigue al primero en el orden cambiario<sup>12</sup>.

**I.6** El aval se puede otorgar a favor de cualquier obligado cambiario (art 755)<sup>13</sup>. La indicación del

avalado no es, sin embargo, esencial porque, si faltase el aval se entiende dado *ex lege* a favor del emisor del título (arts. 756 in fine y 802 penúltimo párrafo). Sin embargo, se discute si tal presunción tiene carácter absoluto<sup>14</sup> o relativo y, de paso, si está permitido demostrar, y dentro de cuáles límites, que el aval ha sido otorgado por un obligado cambiario distinto.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Con poder generalísimo para todos, algunos o algún negocio del representado (arts. 1253 y 1254 del Código Civil) o con poder especial (art. 1256 ibídem).

<sup>12</sup> ROJO, A., *Op. cit.* en nota 2, p. 560.

<sup>13</sup> Discutida es la validez del aval para sí mismo conferido por un obligado cambiario.

<sup>14</sup> Tesis mayoritaria en Italia, ANGELONI, *Op. cit.* en nota 6, p. 267; DE SEMO, G., *Op. cit.* en nota 8, p. 457; PAVONÉ LA ROSA, A., Antonio, "La Cambiale", en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* fundado por Antonio Cicu y Francisco Messineo y continuado por Luigi Mengoni, XXXIX, T1, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1994, pp. 372 ss.

<sup>15</sup> Cabe aquí preguntarse si es necesaria una indicación directa y explícita (nombre del avalado o referencia a una específica obligación cambiaria en el aval) –tesis sostenido en Italia por la jurisprudencia y por un sector minoritario de la doctrina (véase ANGELONI, *Op. cit.* nota 6, p. 267)- o si resulta suficiente una indicación indirecta, como sería la colocación de la firma de la avalista inmediatamente pegada a la firma de un determinado obligado cambiario, posición ésta sostenida en Italia por autores como MOSSA (A., *Op. cit.* en nota 6, p. 431). Ésta última tesis parte del argumento de que, ante la genérica formulación de la norma sería un formalismo excesivo no valorar la colocación del aval como indirecta indicación de la persona del avalado, siempre que ella no se preste a equívoco. La otra cuestión que surge del párrafo final del 756 es si esa presunción tiene carácter absoluto o relativo. La solución que prevalece entre los autores italianos es la de reconocerle valor absoluto a la presunción frente al tercer tenedor y, admitir la prueba en contrario (valor relativo) en las relaciones internas entre avalado, acreedor y avalista (ANGELONI V., *Op. cit.* en nota 6, p. 267; DE SEMO G., *Op. cit.* en nota 8, p. 535). Para otros

Del mismo modo, el avalista puede avalar, simultánea o sucesivamente, a varios obligados cambiarios del mismo o de distinto grado<sup>16</sup>.

Íntimamente ligado con esta presunción en la letra de cambio nos parece el problema creado por el hoy Tribunal Primero Civil de San José con su interpretación del inciso h) del artículo 727, precepto que textualmente reza: "...h) la persona que emite la letra (librador)". Este Tribunal de alzada ha venido sosteniendo, en forma reiterada durante el último decenio, que de ese literal no puede interpretarse que la *firma* del librador constituya un requisito formal *ad substantiam* de la letra, cuya falta la anularía, a tenor del párrafo primero del numeral 728; así discurriendo, para sus integrantes la letra sería válida con solo que aparezca el nombre (o la firma o ambas) del librador, con lo que se cumpliría el requisito formal de comentario. Sin embargo, ese mismo Tribunal, en algunos de sus fallos, reconoce que, en semejante caso (nombre y no firma), el librador no sería garante solidario del pago de la obligación cartular<sup>17</sup> ¿Será esto cierto?

La "Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio" n° 7201 del 10 de octubre de 1990 –hoy derogada enteramente por el artículo 196 de la "Ley Reguladora del Mercado de Valores" n° 7732 del 17 de diciembre de 1997- derogó, entre muchos otros, el artículo 735, norma que rezaba:

El librador garantiza la aceptación y el pago. Podrá eximirse de la garantía de la aceptación, pero la cláusula que lo exonere de la garantía de pago, no tendrá valor alguno.

Siempre interpretamos esta concreta derogatoria en el sentido de que la norma derogada, a los ojos del legislador de 1990, resultaba innecesaria o exuberante por repetitiva o redundante (razones estas que privaron para derogar, en esa misma ley, otros tantos artículos tales como el 702, 707, 714, 716, 717, 732, 734, 736, 737, 739, 740, 743 y 744) porque, del sistema normativo de la letra de cambio en el *Código de Comercio* de 1964 se desprenden, de manera diáfana e indiscutible, dos afirmaciones absolutas: 1) que el librador es garante de la aceptación de la letra (arts 747, 748, 767 y 793 penúltimo párrafo) pudiendo renunciar a esa garantía (art 747 párrafo segundo); y 2) que el librador es garante solidario (con carácter irrenunciable) del pago de la obligación cambiaria<sup>18</sup> (arts 766, 767, 783, 785, 787, 793 y 794 párrafo segundo). Y como no se desprende del sistema que el librador pueda eximirse, de ninguna manera, ni expresa ni tácitamente, de la garantía de pago de la letra, la conclusión debe ser entonces ¡que no lo puede hacer!

---

la presunción es siempre y solo *iure et iure* (PAVONE LA ROSA, A., *Op. cit.* en nota anterior, pp. 385 ss.) porque desde un punto de vista lógico no parece admisible que una misma presunción pueda ser, a un mismo tiempo, absoluta en las relaciones externas y relativa en las internas.

<sup>16</sup> ROJO, A., *Op. cit.* en nota 2, p. 561.

<sup>17</sup> Mencionamos tan solo el último del que tenemos conocimiento de toda una serie de fallos en igual sentido de ese mismo Tribunal, el n° 268-G de las 8:55 horas del 14 de marzo del 2003. Esta posición del Tribunal respecto a lo escrito bajo el literal h) del 727 puede sintetizarse de la siguientes manera: i) la forma en que está redactado este literal no exige ni la firma, ni el nombre del librador, de donde se cumple el requisito formal con cualesquiera de ellos; ii) ahora bien, si se indicare sólo el nombre, entonces el librador no sería garante solidario del pago de la cambial, lo que no implica una pérdida de ejecutividad del documento, pues ésta se mantiene como consecuencia de la aceptación de la orden de pago; iii) el artículo 670, inciso d), es norma para títulos-valores en general (en especial para los denominados atípicos) y, aunque promulgada con posterioridad al precepto de comentario, no se aplica a la letra de cambio que tiene su norma especial derogatoria de aquella, el inciso h) del 727.

<sup>18</sup> Lo que es reconocido por ese mismo Tribunal en sentencia N° 787-E de las 8:05 horas del 11 de junio de 1999, considerando III.

No lleva razón entonces el Tribunal porque, si admitiéramos su tesis, tan sólo con el ánimo de argüir, el librador podría eximirse de la garantía solidaria del pago de la obligación caratular simplemente no firmando el documento y procediendo a poner sólo su nombre, lo que iría contra el sistema normativo apenas indicado.

La indicación, voluntaria o *ex lege*, del avalado tiene particular importancia en cuanto “el avalista responderá de igual manera que aquel a quien garantiza” (art 757 párrafo primero), dentro de los límites de la suma cambiaria, *aval total*, o del menor importe por el que el aval ha sido rendido, dada la expresa previsión de un *aval parcial* que se trasluce del artículo 755.<sup>19</sup>

El aval parcial puede figurar en la letra mediante la determinación de la cifra máxima a la que el avalista limita la garantía o mediante la indicación de un determinado porcentaje o de una concreta proporción del importe total (vrg., la mitad, la cuarta parte, etc.); también puede consistir en la exclusión de los intereses corrientes pactados (p. ej., sin intereses) o en la reducción del tipo<sup>20</sup>.

**I.7** A diferencia de cuanto sucede con otras declaraciones cambiarias, nuestro *Código* no exige que el aval sea puro y simple, ni sanciona con ineficacia la declaración misma ni la condición a la que se le sometió, de donde parece lícita la introducción de condiciones suspensivas o resolutorias, positivas o negativas, en la declaración del aval, sin que éste y la condición respectiva resulten perjudicadas (*aval condicionado*). Y es que no existe en el derecho cambiario un principio general prohibitivo de las declaraciones cambiarias condicionales, ni de ineficacia de las condiciones, sino concretas excepciones que se justifican por las características específicas de las declaraciones cambiarias a las que ellas se refieren (aceptación, endoso, etc.). Además, el aval no es una declaración necesaria para la eficacia de la aceptación ni para la transmisión del título, declaraciones de las que se exige su incondicionalidad<sup>21</sup>.

El *aval limitado a personas*, que está referido a la restricción subjetiva de las personas frente a las cuales el avalista responde (por aval en beneficio exclusivo de...), también nos parece es perfectamente válido y lícito en Costa Rica y se presta, por lo general, en favor del tenedor actual del título.

---

<sup>19</sup> Otras dudas que surgen de la normativa del aval son (a) la validez, o no, del denominado *aval tardío*, esto es, rendido después del vencimiento del título y, de considerarse nulo, si se puede ser tomado como fianza. Hoy es pacífica en doctrina la validez del aval tardío sustentada en la falta de una norma que lo declare nulo o anulable (ANGELONI, *Op. cit.* en nota 6, p. 269; DE SEMO, *Op. cit.* en nota 8, p. 259; MARTORANO, *Op. cit.* en nota 6, p. 351); y (b) la validez, o no, del aval condicionado. Por la validez se pronuncian ANGELONI, (*Op. cit.* en nota 6, p. 265), MOSSA (*Op. cit.* en nota 6, p. 430), TEDESCHI (*Op. cit.* en nota 8, p. 534); por la invalidez, DE SEMO (*Op. cit.* en nota 8, p. 463) y PAVONE LA ROSA (*Op. cit.* en nota 14, p. 376). Por su parte, MARTORANO, si bien se manifiesta en el sentido de que el aval no puede ser sometido a condición (*Op. cit.* en nota 6, p. 350), no se pronuncia sobre los efectos del condicionamiento.

<sup>20</sup> ROJO, A., *Op. cit.* en nota 2, p. 577

<sup>21</sup> ANGELONI, V., *Op. cit.* en nota 6, p. 265; FERRI, Giuseppe, *Manuale di Diritto Commerciale*, UTET, Torino, Italia, 1993, pp. 559 s.

En cuanto al *aval limitado al tiempo*, tampoco vemos inconveniente en admitirlo ya que consideramos jurídicamente tutelable que el avalista limite su responsabilidad hasta un determinado plazo a partir del vencimiento (o del protesto por falta de pago) del título.<sup>22</sup>

**I.8** Entre la obligación del avalista y la del avalado existe, entonces, una relación de coordinación que conlleva a que si el avalado es obligado directo (aceptante de la letra de cambio y emisor del pagaré) también su avalista es obligado directo y si, por el contrario el avalado es obligado de regreso (el librador en la letra de cambio no aceptada) también su avalista responde como obligado de regreso, todo sin perjuicio de que ambos, igual que todos los demás obligados cambiarios, están obligados solidariamente frente al tenedor del título (art 787).

Corolario de lo anterior es que la acción cambiaria promovida contra el avalista de la obligación principal no está subordinada al preventivo levantamiento del protesto por falta de pago. Pero como el avalista del librado aceptante (de la letra de cambio) o del emisor (del pagaré) permanece siempre como un garante, el tenedor del título no está eximido de la preventiva presentación del título para su pago, aunque sea tardía, al avalado (obligado principal), aunque no exista una obligación de excusión preventiva de este último.

**I.9** Como sujeto pasivo de una obligación de garantía, el avalista es, en el orden cambiario, obligado de grado sucesivo respecto al avalado. Por eso, el avalista que paga la obligación cambiaria tiene derecho a que se le entregue el título con la razón de cancelado firmada por el tenedor y adquiere *ope legis* los derechos a él inherentes contra el avalado y contra quienes están obligados cambiariamente frente a este último (art 757 *in fine*). Podrá por ello este sujeto incoar la acción cambiaria del art. 789 para la recuperación de toda la suma pagada, de los intereses y de los gastos incurridos contra el avalado y contra los obligados cambiarios de grado anterior; no así frente a los eventuales coavalistas (obligados de *pari grado*) contra quienes solo podrá promover la acción extra cambiaria de regreso.<sup>23</sup>

La acción cambiaria de regreso del avalista no es distinta por naturaleza, presupuestos y contenido de la acción que toca a cada coobligado cambiario que ha adquirido el título por pago. Por eso es que la doctrina cartular sostiene que la adquisición de los derechos cambiarios no constituye un fenómeno de subrogación legal, en cuanto el pago del avalista, como el de cualquier otro obligado cambiario de garantía, determina una adquisición *ope legis* y a título originario de los derechos inherentes al título, con la consecuencia de que, al avalista que actúa de regreso no se le podrán oponer las excepciones personales que el avalado, u otro obligado cambiario, le hubieran podido oponer al precedente tenedor del título, lo que se conoce con el nombre de *rescate cambiario*<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> ANGELONI, V., Op. cit. en nota 6, p. 265; ROJO, A., Op. cit. en nota 2, pp. 578 s.

<sup>23</sup> El Tribunal de Roma, en sentencia del 7 de marzo de 1973 (Cosmopolitan Film S. p. A. c/. A.C.I.), sostuvo que el avalista no tiene acción de regreso (extra cambiaria) frente al fiador que ha garantizado la deuda del avalado que descende de la relación causal o que se haya constituido garante del avalista.

<sup>24</sup> MARTORANO, F., Op. cit. en nota 6, pp. 352 s.; PAVONE LA ROSA, A., op. cit., en nota 14, pp. 340 ss. y 402 ss.

**I.10** En cuanto a si la extinción de la obligación cambiaria del avalado libera al avalista, la respuesta es afirmativa con referencia (a) al pago hecho por el avalado, (b) a la remisión del tenedor a favor del avalado y (c) a la novación de la obligación del avalado, salvo cuando el título es renovado mediante la emisión de uno nuevo sin la firma del avalista y el acreedor haya retenido el título original. Todo esto resulta de la aplicación de dos principios ampliamente consolidados entre los autores: (a) la renovación del título no conlleva de por sí novación y (b) la no restitución o no destrucción del original es indicio probatorio de la ausencia de *animus novandi*.

La tesis de que el avalista puede valerse de las causas extintivas de la obligación del avalado encuentra un amplio y persistente respaldo entre los escritores<sup>25</sup>. La posición más difundida invoca, genéricamente, la función de garantía del aval<sup>26</sup> o bien parte del argumento de que el aval, amén de ser una obligación autónoma y abstracta, es además una obligación accesoria respecto a la del avalado<sup>27</sup> para concluir en que, también en materia cambiaria, es de aplicación el principio general de que la extinción de la deuda principal es causa de extinción de la obligación de garantía.

Para CAMPOBASSO, el avalista está legitimado a oponer el pago efectuado por cualquier obligado cambiario y, además, la compensación (total o parcial), la confusión, la novación y la remisión acaecidas frente al avalado, o a cualquier otro obligado de grado anterior.<sup>28</sup>

Por el contrario, para el profesor PAVONE LA ROSA, la compensación, la novación y la remisión acaecidas con el avalado liberan al avalista sólo si aquel es deudor cambiario principal o directo y no si es obligado de regreso<sup>29</sup>

En cuanto al caso concreto de la remisión o condonación de deudas que el tenedor hubiera realizado al avalado, el criterio general de la doctrina cartular es que el avalista puede aprovecharse de ella y, consecuentemente, quedar también liberado, si el perdón fue acompañado de la restitución (o de la destrucción) del título mismo. Sin embargo, conviene preguntarse si el tenedor puede atribuir efectos estrictamente personales a la declaración condenatoria del avalado (*pactum de non petendo*), reservándose el derecho de dirigirse contra el avalista... Sobre esta cuestión se ha dicho que la operatividad –también respecto al aval– del principio de accesoriadad típica de las obligaciones de garantía, nos lleva a aplicar, también en tema de remisión, la disciplina propia de la fianza (arts 518 y 1330 este último del *Código Civil*). Otros han sostenido, por el contrario, que la autonomía de las obligaciones cambiarias impide que se le aplique al aval el principio de que el “*pactum de non petendo*” estipulado entre tenedor y deudor principal afecta

---

<sup>25</sup> ANGELONI, V., *Op. cit.* en nota 6, pp 280 ss.; DE SEMO, G., *op. cit.* en nota 8, pp. 464 s; CAMPOBASSO, Gian Franco, “Solidarietà cambiaria (con particolare riferimento all’avallo)”, en *I Titoli di Credito* a cura di Giovanni Luigi Pellizzi, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1980, pp. 113 ss.; MARTORANO, F., *op. cit.* en nota 6, p. 345; PAVONE LA ROSA, A., *op. cit.* en nota 14.3, pp. 445 ss.; TEDESCHI, G.U., *Op. cit.* en nota 8, p. 536.

<sup>26</sup> ANGELONI, V., *op. cit.* en nota 6, p. 280; MARTORANO, F., *op. cit.* en nota 6, p. 345.

<sup>27</sup> DE SEMO, G., *op. cit.* en nota 8, p. 464

<sup>28</sup> *Op. cit.* en nota 25, pp. 115 ss.

<sup>29</sup> *Op. cit.* en nota 14, pp. 445 ss.

las garantías del crédito.<sup>30</sup>

En particular, CAMPOBASSO puntualiza que la no consignación del título al avalado remitido o perdonado no es idónea para impedir la liberación del avalista; por ello es necesario que, además de conservar el título en sus manos, el acreedor declare expresamente que desea reservarse la posibilidad de actuar contra el avalista, quien a su vez conserva íntegro el derecho de regreso por la totalidad del débito contra el avalado perdonado<sup>31</sup>.

## II Del Aval y de la Fianza

Nacido de la matriz de la fianza, prototipo de las garantías personales y accesorias, el aval, por influencia de las exigencias del tráfico cambiario, ha experimentado un proceso de emancipación en el que, desde la originaria configuración como fianza cambiaria, ha evolucionado hasta constituir una garantía autónoma. Ese proceso de emancipación, sin embargo, no ha sido absoluto: en la obligación del avalista la adquirida autonomía se encuentra limitada por la originaria “accesoriedad”. En primer lugar, porque la eficacia de la obligación del avalista exige la formal eficacia de la obligación del avalado... El aval, en cuanto obligación de garantía, requiere también para su validez de una obligación garantizada. Pero las exigencias del tráfico cambiario, paralelamente a la afirmación de la autonomía de las obligaciones cambiarias (...), han diluido la accesoriedad, limitándola al plano formal... Con esta única excepción, la validez de la obligación del avalista no está en función de la validez de la obligación del avalado. La eficacia del aval no está condicionada a la eficacia de la obligación cambiaria del avalado, sino al hecho de que la persona avalada sea un firmante *aparentemente* obligado a pagar la letra. En segundo lugar, porque la extensión de la responsabilidad del avalista tiene como límite máximo la responsabilidad formal del avalado...<sup>32</sup>

**II.1** El aval, como hasta aquí hemos visto, es una obligación de garantía unida a la del avalado (pues avalista y avalado responden de igual manera según el artículo 757<sup>33</sup>), pero es una obligación autónoma respecto a la del avalado (y a la de cualquier otro obligado en el título). En efecto, la obligación del avalista “será válida, aunque la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa que no sea la de vicio de forma” (art 757 párrafo primero). En otras palabras, también respecto al aval encuentra aplicación el principio de la recíproca independencia de las obligaciones cambiarias fijado en el artículo 733, con la única excepción de que el avalista puede oponerle al tenedor el vicio de forma de la obligación del avalado. Por eso, el aval ha sido trascendentalmente calificado como una garantía *formalmente accesoria pero sustancialmente*

---

<sup>30</sup> ANGELONI, V., *op. cit.*, en nota 6, p. 281; CAMPOBASSO, G.F., *op. cit.* en nota 25, pp 119 ss.; PAVONE LA ROSA, A., *op. cit.* en nota 14, p.480.

<sup>31</sup> *op. loc.* ult. cit.

<sup>32</sup> ROJO, A., *op. cit.* en nota 2, p. 551.

<sup>33</sup> Nuestro Tribunal Primero Civil (Sent. N° 663-M de las 7:55 horas del 10 de junio de 1998) ha establecido que la cláusula de devolución sin gastos o sin protesto puesta por el librador “favorece” al avalista si, al momento de estampar su firma, no consignó objeción alguna a las renunciaciones hechas en el título.

*autónoma*; y está totalmente fuera de toda discusión que bajo semejante perfil el aval presente significativas diferencias respecto a la fianza, faltando en aquel el típico vínculo de “accesoriedad” estructural y funcional que liga la obligación del fiador a la del deudor fiado (arts 515 y 518)<sup>34</sup>.

Tenemos entonces que para la eficacia del aval, la ley exige que la obligación cambiaria garantizada sea *aparentemente* válida<sup>35</sup>, pues la existencia de un vicio de forma - apreciable objetivamente mediante el mero examen de la declaración y de la firma del avalado consignada en el título- priva de eficacia cambiaría la declaración del avalista. Bajo la expresión vicio de *forma* el Código se refiere a la falta de algún requisito esencial de la declaración cambiaria del avalado (p. ej., aceptar la letra haciendo uso de una fórmula no equivalente a “acepto”, firma mecánica en vez de manuscrita, etc.), y no a la falta de la misma declaración, caso en el que la nulidad del aval deriva de la inexistencia de la obligación avalada; y como el aval puede ser, según vimos, anterior a la declaración del avalado, no es necesario que el avalista haya tenido ocasión de conocer la existencia de ese vicio de forma.

**II.2** Sin embargo, no obstante ser específica entre los autores la afirmación de que el aval no puede ser identificado con la fianza, queda el problema, todavía vigente y hartamente debatido, de la exacta definición de las relaciones entre estas dos instituciones. Y en realidad de verdad, respuestas, algunas radicalmente contrapuestas, siguen siendo dadas a la pregunta de fondo, si, y entre cuáles límites la común función de garantía de ambos institutos permita integrar la disciplina del aval con la de la fianza.

A fuer de sinceros debemos reconocer que es cierto que la posibilidad de aplicarle al aval las disposiciones (mercantiles y civiles) de la fianza ha sido tradicionalmente admitida por quienes consideran que ambos institutos son siempre partícipes de un mismo *genus* (obligaciones personales de garantía) e interpretan restrictivamente la autonomía del aval a favor de una presunta “accesoriedad” (aun sustancial) que descende de la afirmación hecha bajo el párrafo primero del artículo 757 de que el avalista queda obligado del mismo modo que el avalado. Se deduce así que las peculiaridades de la disciplina del aval no impiden que le apliquemos las disposiciones (mercantiles y civiles) de la fianza, aunque dentro de los límites en que ambas sean expresión de principios comunes a toda obligación de garantía y resultan compatibles con la naturaleza cambiaria del aval<sup>36</sup>; o bien que, más allá de los límites indicados por el párrafo

---

<sup>34</sup> CAMPOBASSO, G. F., “L’avallo” en *La Cambiale*, dirigida por él mismo, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1998, p. 417. Dicen los Magistrados de la Sala Primera (Sent. N° 000903-F-02 de las 15:40 horas del 20 de noviembre del 2002, proceso ordinario E.G.M.V. contra A.N.A., S.A., considerando V) que “como consecuencia del principio de autonomía, la obligación cartular del avalista es independiente de la del deudor

<sup>35</sup> Y así lo han reconocido nuestra Sala Primera (sentencia N° 000903-F-02 cit. en nota anterior, considerando III cuando afirma “...De acuerdo al artículo 757 del Código de Comercio la eficacia del aval no está condicionada a la eficacia de la obligación cambiaria del avalado, sino al hecho de que la persona avalada sea un firmante aparentemente obligado a pagar la letra ...”), la Sección Segunda del Tribunal Segundo Civil en voto No. 2002-086.SEG, cit. en nota 1, considerandos XI y XIII y Tribunal Primero Civil en sentencia No. 410-M de las 7:40 horas del 19 de marzo de 1999, considerandos III y IV.

<sup>36</sup> ANGELONI, V., *op. cit.* en nota 6, pp. 275 ss.; MARTORANO, F., *op. cit.* en nota 6, pp. 346 ss., así como algunas sentencias de la

segundo del artículo 757, readquiere vigor, también respecto al aval, el principio de “accesoriedad” de las obligaciones de garantía.<sup>37</sup>

La posibilidad de aplicarle al aval la disciplina de la fianza es radicalmente excluida por quienes destacan la naturaleza puramente formal de la “accesoriedad” del aval y le asignan al párrafo primero del artículo 757 o el único rol de determinar la posición del avalista en el nexo cambiario, rechazando así todo intento de asimilación entre esos dos institutos.<sup>38</sup>

**II.3** El distinto modo de concebir la relación entre el aval y la fianza y la distinta interpretación que, de reflejo, se hace del principio de autonomía del aval con fundamento en el párrafo segundo del artículo 757, encuentra uno de sus puntos más significativos en la definición del régimen de las excepciones relativas a la relación garantizada oponibles por el avalista al tenedor del título.

Dejando de lado el indiscutible punto de que el avalista no puede oponer excepciones que se refieran a la validez de la obligación del avalado, salvo la de nulidad por vicios de forma, subsiste un abierto contraste entre los autores en mérito al quid de si el avalista puede o no invocar, para sustraerse al pago: a) las causas de invalidez de la relación subyacente entre el avalado y acreedor cambiario que dio lugar a la emisión o transmisión del título; y b) las eventuales causas extintivas de la obligación garantizada que no resulten del tenor literal del título<sup>39</sup>

**II.4** Otra cuestión intensamente debatida entre los autores es la aplicabilidad o no al aval de algunos instrumentos de tutela preventiva y sucesiva predispuestos por la ley para la fianza, tales como la liberación del fiador por hecho del acreedor (art. 519) o la acción de relevo o aseguramiento por parte del fiador (arts 514 y 1324, este último del *Código Civil*). En cuanto a los artículos 1311, 1323 y 1327 del *Código Civil*, sobre excepciones que el fiador puede oponer al acreedor, ellos no nos parecen aplicables al aval en cuanto contrastan con el principio de independencia de las obligaciones cambiarias.

**II.5** Bajo otros aspectos; es opinión consolidada que el aval no hace presumir la existencia de una relación causal de fianza, no solo porque la abstracción de la declaración cambiaria del aval comporta que la relación causal que le sirve de fundamento no sea

---

casación italiana.

<sup>37</sup> FERRI, G. *op. cit.* en nota 21, pp. 736 s., así como un par de fallos de la casación italiana; GARRIGUEZ, Joaquín, *Tratado de Derecho Comercial, II*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, s.f., p. 455, nota 24; ROJO, A., *op. cit.* en nota 2, p. 554.

<sup>37</sup> CAMPOBASSO, G. F., *op. cit.* en nota 25, pp. 108 ss.; PAVONE LA ROSA, A., *op. cit.* en nota 14, pp. 406 ss., quienes encuadran el problema de la disciplina del aval en aquel, decididamente más amplio, de las obligaciones solidarias pasivas.

<sup>39</sup> La tesis mayoritaria sostiene que el principio de la recíproca independencia de las obligaciones cambiarias del avalista y del avalado opera también respecto a esas excepciones. Se ha entonces considerado que el aval es válido aun si la obligación del avalado carece de causa o la causa es ilícita (ANGELONI, V., *op. cit.* en nota 6, p. 287; MARTORANO, F., *op. cit.* en nota 6, p. 344; TEDESCHI, G. U., *op. cit.* en nota .8, p. 536.

Sin embargo, una parte de la doctrina italiana está orientada hacia una más acentuada delimitación de la autonomía del aval a favor del opuesto principio de “accesoriedad”, que permitiría al avalista oponerle al tenedor toda excepción que se derive de las relaciones extra-cartulares entre avalado y tomador (FERRI, G., *op. cit.* en nota 21, pp. 736 s.; MOSSA, L., *op. cit.* en nota 6, p. 432).

necesariamente una relación de fianza (sino de la más variada naturaleza), sino porque la voluntad de dar una fianza *debe ser expresa* (art 1304 párrafo primero del Código Civil) y *necesariamente por escrito* (art 510). Consecuencia de todo esto es que el aval nulo no puede “convertirse”, de por sí, en una fianza<sup>40</sup>; y además que, prescrita la acción cambiaria contra el avalista, el acreedor cambiario carece de acción causal hacia él, a menos que demuestre que el avalista se había expresamente obligado como fiador.

De lo anterior se colige que en los instrumentos cambiarios de crédito no solo pueden presentarse, en el mismo documento, aval (es) y fianza (s), sino que una misma persona, firmante del título o tercero, puede ser, a un mismo tiempo, avalista y fiador<sup>41</sup>.

**II.6** Por último, se hace necesario referirse a la relación subyacente que ha dado lugar a la concesión de un aval para establecer su carácter oneroso o gratuito en el entendido de que el aval, en cuanto obligación cambiaria literal y abstracta, es acto de por sí neutro frente al tercer tenedor del título. Así, la investigación de la onerosidad o gratuidad del aval adquiere relevancia sólo en las relaciones entre las partes de la relación subyacente del aval (avalista, avalado y beneficiario inmediato del aval).

---

<sup>40</sup> ANGELONI, V., *op.cit.* en nota 6, pp. 277 s.; MARTORANO, F., *op. cit.* en nota 6, pp. 345 s.; PAVONE LA ROSA, A., *op. cit.* en nota 14, pp. 451 ss.

<sup>41</sup> No lleva entonces razón el entonces llamado Tribunal Superior Primero Civil (Sent. N° 797-E de las 8:10 horas del 5 de junio de 1994) cuando afirma que “Si bien los señores ... y ... aparecen al dorso como *fiadores*, por la naturaleza misma de la letra de cambio hay que entender que se trata de *avalistas*... Esta norma no exige para ese efecto, que se indique expresamente la palabra *avalista*, pues para ello es suficiente una fórmula equivalente, como sería *fiador*...”, pues si bien es cierto que el aval es una garantía personal exclusiva de los títulos cambiarios de crédito, y, por ende, propia de la letra de cambio y del pagaré, ello no excluye la fianza como garantía personal genérica mercantil que, precisamente por esta característica, ¡puede! también garantizar una obligación cambiaria! Muy claras en relación a la afirmación del texto es la posición de ROJO (A., *op. cit.* en nota 2, p. 554). Desdichadamente esta sentencia ha sido ratificada por el voto del mismo tribunal N° 59-L de las 7:30 horas del 14 de febrero de 1997 que afirma que, en la letra “*la fianza se tiene como un aval*”.