



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

Labariega Villanueva, Pedro Alfonso

El aval. ¿Fianza sui generis o garantía cambiaria típica?

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXVII, núm. 110, mayo - agosto, 2004, pp. 611 - 661

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42711007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL AVAL. ¿FIANZA *SUI GENERIS* O GARANTÍA CAMBIARIA TÍPICA?

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA*

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo explicar la naturaleza jurídica del aval, para efecto de determinar si se trata de una institución afín a la fianza, pero de carácter *sui generis*; o bien si es una garantía cambiaria típica. En su exposición, el autor realiza un análisis histórico relativo al surgimiento del aval y su introducción en algunos sistemas jurídicos europeos e iberoamericanos. Asimismo, explica cuál es la función económica del aval, para realizar después un análisis de esta institución tal y como está regulada por diversos instrumentos internacionales que regulan la materia de títulos de crédito. Finalmente, analiza al aval en sus diversos elementos, aludiendo a las distintas teorías que han tratado de dar una explicación acerca de la naturaleza jurídica de dicha institución.

Palabras clave: aval, títulos de crédito, fianza, contratos mercantiles, garantía cambiaria.

ABSTRACT: This article has the goal of explaining the legal nature of endorsement, with the purpose of defining whether this institution is closer to bonds (but of a peculiar nature); or to a typical commercial guarantee. In his explanation, the author develops a historical analysis concerning the emergence of endorsement and its introduction into some European and Ibero-American legal systems. Moreover, he explains which is the economic function of endorsement, and then he examines the way in which this institution is governed by several international instruments that deal with negotiable documents. Finally, the author analyzes endorsement in its different elements, invoking the diverse theories that have tried to give an explanation in relation to the legal nature of this institution.

Descriptors: endorsement, negotiable document, bond, commercial contracts, commercial guarantee.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

*È un istituto pendolare, il quale non ha mai trovato
il suo centro de oscillazione fra le opposte posizioni
alle quali le dispute dottrinarie l'hanno di volta in
volta ridotto¹*

SUMARIO: I. *Preliminar*. II. *Cuestión terminológica y perfil histórico*. III. *Función económica*. IV. *Aval y garantía*. V. *Concepto*. VI. *Rasgos distintivos del aval*. VII. *El aval y las figuras limítrofes*. VIII. *Elementos personales*. IX. *Naturaleza jurídica del aval*. X. *Corolario*.

I. PRELIMINAR

El pago de un título cambiario puede garantizarse de distintas formas: una persona, por ejemplo, puede convenir libremente con otra, cubrir el importe de una letra de cambio, para el caso de no hacerlo quien o quienes se comprometieron a ello. Sin duda, dicho pacto resulta válido y se rige, en principio, por el artículo 78 del Código de Comercio (CCo.), ya que el objeto de dicho contrato es asegurar el cumplimiento de los resultados de un acto mercantil, sin que necesariamente los contratantes sean comerciantes. También podría intervenir una afianzadora, pues está facultada para “operar con documentos mercantiles por cuenta propia para la *realización* de su objeto social” (artículo 16, fr. V, en relación con el artículo 2o. de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Así pues, entre los contratos de garantía personal está la fianza, que, fuera del título, cauciona el crédito inserto en el mismo. Se distingue de esta fianza del crédito cambiario aquella otra que lo que busca es garantizar, sola o juntamente con el crédito cambiario, el empréstito emergente de la obligación subyacente a la emisión del titulovalor. Ahora bien, para discernir acerca del alcance de dicha fianza extracambiaria, deberán de considerarse los diver-

¹ Rossi, *L'avallo come garanzia cambiaria tipica*, Milán, 1962, p. 1.

esos elementos significativos que adquieren valor en la interpretación de la voluntad de las partes.

No cabe duda que el cumplimiento de las obligaciones cambiarias, particularmente la de liquidar un títulovalor a su vencimiento, halla un primer sistema de garantías en los propios efectos de ciertas declaraciones cambiarias, las que —en estricto sentido no tienen como función propia garantizar—. En tal virtud, hemos de tener presente, primeramente, el efecto de garantía peculiar y distintivo del *endoso*, según lo señala el artículo 90 en relación con el artículo 34, de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito (LTOC) y los artículos 19 y 44 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (en adelante, Convención Internacional).² Otro caso similar se refiere al efecto de la *emisión* del título de la que es responsable el girador mismo (artículos 87 y 82, LTOC, y 38.1 de la Convención Internacional). Cabe la posibilidad, inclusive, de pensar que la *aceptación por intervención* también desempeña idéntica función (artículo 106, LTOC).³ Sin embargo, se trata en estos casos de una garantía *larvada*, encubierta, enmascarada (*fideiussione palliata o travestita*), ya que si la causa es garantizar las relaciones internas, entre garante y garantizado, ello no trasciende en forma determinante ante el acreedor cambiario.⁴

Todos ellos son formas de incrementar y consolidar la firmeza del crédito pecuniario implícito en el título; sin embargo, devienen ajenos e independientes de la *típica y extraordinaria* garantía cambiaria que representa el *aval*. Se trata, pues, de una *obligación nueva y especialísima*. Nueva, por cuanto se agrega a un documento ya creado, el cual no la necesita para existir cabalmente. En efec-

2 Al respecto, es muy explícito el artículo 18.1 de la Ley cambiaria española, al señalar: “El endosante, salvo cláusula en contrario, garantiza la aceptación y el pago frente a los tenedores posteriores”. Según la Convención internacional, también el endosante puede eximirse o limitar su responsabilidad (artículos 21.2 y 44.2).

3 Sánchez-Calero Guilarte, J., “El aval de la letra de cambio”, *RDBB*, año XI, núm. 46, abril-junio de 1992, pp. 337 y ss.

4 Bianchi, voz “Avallo”, *ED*, t. IV, núm. 1, Giuffrè, 1959. Bianchi es quien la llama garantía larvada. En el mismo sentido, Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, 1a. reimp. a la 7a. ed., México, Porrúa, 1981, t. I, pp. 876 y 877; Cámara, H., *Letra de cambio y vale o pagaré*, Buenos Aires, Ediar, 1970, t. II, p. 117 (nota 60); Mossa, L., *La cambiale secondo la nuova legge*, Milán, Vallardi, 1953, núm. 480.

to, la obligación que asume otro firmante más, sólo *refuerza* la principal obligación cartácea. *Especial*, porque es una peculiar garantía cambiaria, sujeta a un régimen jurídico de particulares matices.⁵

A esta garantía nueva y singular habremos de referirnos de aquí en adelante.

II. CUESTIÓN TERMINOLÓGICA Y PERFIL HISTÓRICO

Respecto al origen del término *aval*, se han formulado distintas hipótesis. *Aval*, según la teoría más difundida en la doctrina francesa, derivaría de la expresión, *à valoir*; se trata de una contracción de la preposición *à* y del verbo *valoir* (por *dar valor* al título cambiario, porque el aval constituye una obligación de hacer valer el títulovalor, es decir, hacer que él produzca todos sus efectos) o *faire valoir*, ya que así crece el valor del crédito garantido. Así es como lo entendía la antigua jurisprudencia francesa.⁶

Grasshoff⁷ afirma que proviene del derecho musulmán antiguo, de la palabra árabe *hawala* que expresa el concepto de la sustitución de un deudor por otro, esto es, una obligación de garantía asumida a favor de un tercero, en forma cambiaria; funcionaba como una especie de novación por cambio del deudor, tesis con la cual, sin embargo, contrasta la circunstancia de que el avalado no se libera por efecto de aval, sino que se agrega a él, cual deudor, no obstante existir el avalista.

Más atendibles parecen otras dos teorías: según una de las cuales,⁸ la expresión derivaría de *a valere*, o bien, *vallare* (*reforzar* con garantía la obligación, *reforzar* una posición con defensas excepcionales), verbo usado precisamente en este sentido por Cicerón, por

5 Langle y Rubio, E., *El aval de la letra de cambio*, Barcelona, Bosch, 1954, p. 11.

6 Savary, Jacques, *Le parfait négociant ou instruction générale pour ce qui regarde le commerce des marchandises de France et des pays étrangers*, París, 1675, t. I, p. 218; t. II, pp. 260 y 620.

7 Grasshoff, *Die Suftage und Hawala der Araber*, Göttingen, 1899, pp. 79 y ss.

8 Formulada por Solmi, "Sulla origine della voce avallo", *RDC*, 1910, t. I, p. 720; *id.*, "Ancora sulla voce avallo", *RDC*, 1910, p. 917. En el mismo sentido, Bolaffio, *La legislazione commerciale italiana*, Turín, 1934, p. 386; y De Semo, G., *Diritto cambiario*, Milán, Giuffrè, 1953, p. 64.

el Código justinianeo y en disposiciones legales italianas; mientras que autores alemanes y la mayoría de los italianos⁹ la ubican con una significación topográfica, en ésta *aval* sería una contracción del francés *à val* —en italiano *a valle*— (*in basso*), o sea firmado *abajo* —*au-dessus*— *por debajo*, de la del avalado, para indicar el lugar donde —según la costumbre— aparece la subscripción del avalista. Esta última hipótesis tiene a su favor la etimología justamente análoga de la palabra francesa *endossement* (endoso: ya que se coloca *au dos*, al dorso o reverso del título), así como el origen histórico, puesto que los primeros ejemplos de avals cambiarios (de los siglos XIV y XV) aparecen firmados al pie (al calce) de la fachada anterior del título, por personas que se declaran garantes del emisor. O también del latín *vallatus*, provisto con aval, y por ende, reforzado, de aquí el italiano *vallato* y *avallato* (avalado).

Sin embargo, contra dicho parecer está el hecho de que antiguamente el avalista asentaba su firma en cualquier espacio del título o en documento aparte, donde no firmaba el avalado.¹⁰

Puesto que el aval deviene una garantía, se le ha llegado a asemejar con la *sponsio* romana, con la *fideiussio* o el *constitutum debiti alienis*; pero poco tiene que ver, ya que afinidad no es igualdad.¹¹ Goldschmidt es uno de los que relaciona la *fideiussio* con el aval, y ejemplifica con una letra librada el 7 de marzo de 1359 en la que está inscrita esta leyenda: “Yo Davino Jacobi sono contenti di essere tenuto del sovradito cambii”.¹²

Respecto al origen de esta figura, hay quien opina que la vaguedad y la lobreguez campean triunfantes, ufanas, puesto que no es posible contar con afirmaciones incontrovertibles respecto a su

9 Véase Angeloni, V., *La cambiale e il vaglia cambiario*, 5a. ed., Giuffrè, 1964, p. 264. Angeloni argumenta que lo más probable es que *aval* derive del italiano —*a valle*— equivalente al francés —*à val*—; además, véase *id.*, “La natura giuridica dell’avallo”, en varios autores, *Diritto commerciale*, 1910, pp. 55 y ss. Litre piensa que *au-dessus* se refiere al lugar donde se coloca la firma del avalista, lo cual ha determinado este uso metafórico de la palabra aval.

10 Langle y Rubio, E., *op. cit.*, nota 5, p. 15.

11 *Ibidem*, p. 16; Martino, C., “In tema di rapporti tra avallo e fideiussione e tra avallo e promessa di pagamento”, en *BBTC*, 1957, t. II, pp. 352 y ss. Respecto a la *constitutum*, *cfr.* Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 7a. ed., Milán, Giuffrè, 1947, vol. V, p. 372.

12 Goldschmidt, *Storia universale del diritto commerciale*, Turín, 1911, p. 346, n. 153.

génesis, ya que ésta se halla envuelta en nebulosidades que las pesquisas históricas difícilmente desvanecerán.¹³ Mientras que otros sostienen que el aval surgió en las ferias del medievo (s. XIV) como una forma de liquidar, transferir y garantizar; sólo en una etapa posterior se realizó la distinción entre endoso y aval, concentrándose en éste último la función de garantía; ciertamente en los estatutos de Bolonia (1550) y de Génova (1589) estaban contenidas disposiciones específicas en torno a la garantía cambiaria, y de la que la antigua doctrina italiana (Scaccia en 1619 y De Turri en 1621) ya resaltaba la solidaridad de la obligación del avalista, y su carácter peculiar frente a la obligación ordinaria de garantía personal.¹⁴

En Francia, la obligación del aval asume su fisonomía precisa en la Ordenanza del Comercio de Luis XIV (1673) (edicto *donné au mois de mars 1673 servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands, tant en gros qu'en détail*); en efecto, al utilizar expresamente la palabra *aval*, dispuso que los avalistas estarían *obligados solidariamente con los libradores, promitentes, endosantes y aceptantes, aunque no se hiciera mención de ello en el aval* (título V, artículo 33); y tuvo el tino de exigir que se redactara en el documento mismo, sin cuya formalidad constituía solamente una fianza ordinaria. Más tarde, el *Code de Commerce de 1807* (artículos 141 y 142) consintió que el aval se prestara por acto separado; que desde entonces subsiste en varias legislaciones (artículo 33, pfo. 1o. de la Ley Cambiaria Argentina —Decreto-ley 5965/63 ratificado por Ley 16.478; artículo 410 del Cco. de Bolivia— 1843). Posteriormente, la Ordenanza Cambiaria Germana del Cambio (*Wechselordnung*) consagraba también la garantía de pago a (artículos 25-29 y 81). Con el transcurso del tiempo, la figura se incluyó no sólo en las legislaciones de la Europa continental sino también en las de América, aunque con importantes diferencias entre ellas (particularmente entre la francesa y alemana). El Reglamento Uniforme de La Haya de 1912 reguló el aval en los artículos 29 a 31. Las Convenciones

¹³ Silva Pinto, da, *Direito cambiario*, 2a. ed., Río de Janeiro, Revista Forense, 1951, p. 190.

¹⁴ Bianchi, *op. cit.*, núm. 3, nota 4. Goldschmidt da estas fechas respecto a Bologna (1509) y Génova (1588); Goldschmidt *op. cit.*, nota 12.

Uniformes de Ginebra de 7 de junio de 1930 sobre la letra de cambio y el pagaré a la orden (artículos 30-32) y de 19 de marzo de 1931 sobre el cheque bancario (artículos 25-27), también contemplaron la figura, y fueron quienes concluyeron —en aquel entonces— el movimiento para la unificación del derecho cambiario. A partir de estas disposiciones, el *aval* deviene una *garantía típicamente cambiaria* que se otorga por escrito en el documento mismo, por su pago parcial o total. Desde luego, hay que tener muy presente la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y sobre Pagarés Internacionales de 9 de diciembre de 1988 como un paso decisivo en la nueva era de la unificación. Esta regula expresamente la institución y la designa *garante* (46 a 48). En esta es notoria la influencia de las convenciones ginebrinas. A tales convenciones se han ido adecuando las legislaciones de los Estados adherentes (México en su ley cambiaria de 1932), ya sea porque algunos países adoptaron la ley de Ginebra y otros sólo siguieron sus principios; de modo que sin equivocación alguna hoy puede afirmarse que existe un derecho uniforme en materia de aval.¹⁵

1. *Legislación angloamericana*

Las legislaciones de los países inspirados en el *Common Law* se encuentran —como ya es conocido— fuera de la *ley uniforme* de Ginebra: particularmente la Gran Bretaña (donde la materia cambiaria se regula por la *Bill of Exchange Act*, BEA, de 1882), y los Estados Unidos de América por la *Uniform Negotiable Instruments Law*, NIL, de 1896.

Las dos legislaciones divergen notablemente de las convenciones ginebrinas; en efecto, las legislaciones anglosajonas desconocen el aval. Sin embargo, su función de garantía está respaldada por la

¹⁵ *Ibidem*, núm. 4; Langle y Rubio, E., *op. cit.*, nota 5, pp. 16 y 17. La Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y sobre Pagarés Internacionales refiérese al obligado (garante), antes que a la obligación (la garantía o aval), esto halla su explicación en que los preceptos señalados se incorporaron en la sección 2 del capítulo IV de la convención, el cual se intitula “Obligaciones de los firmantes”; *cf.* Abascal Z., “Letra de cambio y pagaré internacionales, por fin una reglamentación uniforme”, *Revista de la Federación Latinoamericana de Bancos*, núm. 69, septiembre de 1988, p. 109.

firma de un endoso irregular: éste es puesto por aquél que, siendo ajeno a la cadena de endosos, no es el poseedor formalmente legitimado (*the holder in due curse*). Dicho endosante (*quasindorser*, *irregular indorser* o *anomalous indorser*) está sujeto a la responsabilidad de regreso frente al portador, de ahí que su firma cumpla definitivamente la función de garantía, propia del aval, en las legislaciones que se inspiran en la *ley uniforme* (artículos 56 de la BEA, secs. 17.6, y 23 de la NIL);¹⁶ el artículo 64 estatuye claramente la responsabilidad del *irregular indorser*, quien ciertamente, asume las obligaciones y derechos del endosante, y por consecuencia deviene obligado en regreso. El Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos de América (UCC) repite dicho principio en su sección 3-402, mientras que la sección 3-416 regula el contrato del avalista.

2. Legislación iberoamericana

Las Ordenanzas de Bilbao de 1737 —normativa que también rigió en la América colonial— no regulaban dicha institución, empero, disponían que a falta de pago se acudiera a otra persona señalada por el librador o por el endosante (cap. 13, núm. XX).

El Código de Comercio español de 1829, cuando acogió esta figura lo hizo bajo la tónica francesa. El artículo 475 declaraba: “El pago de una letra puede afianzarse por una obligación particular, independiente de la que contraen el aceptante y el endosante, que se reconoce con el título de aval”.

Este código dispuso que el aval se consignara por escrito *en la misma letra o en documento por separado* (artículo 476). Además distinguió entre el aval limitado *a tiempo, caso, cantidad o persona determinada* (artículo 477) y el aval *concebido en términos generales y sin restricción*, por el cual respondería el avalista *en los mismos casos y formas que la persona por quien salió garante* (artículo 478).

Dicho estatuto fue el antecedente directo de los códigos mercantiles de las naciones iberoamericanas. Efectivamente, el Código

¹⁶ Bianchi, *op. cit.*, nota 4.

de Comercio mexicano de 1854 (artículos 368-371), el de 1884 (artículos 810-818), el de 1889 (artículos 496-498) y, obviamente la Ley de Títulos (artículos 109-116) regularon, al igual que otros países de nuestro hemisferio, al instituto de marras. También lo consideró el proyecto de Código de Comercio de 1960, en los artículos 450 a 456.

Por lo que se refiere a la uniformidad cambiaria latinoamericana, tanto el Proyecto de Ley Uniforme Centroamericana de Títulos-Valores como el Proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina, contemplaron el instituto con la misma redacción e idéntica numeración de preceptos (artículos 1520); con la novedad de que el aval se introdujo en la parte de disposiciones generales, práctica que rompía con la clásica ubicación de la materia.

III. FUNCIÓN ECONÓMICA

La función económica del título circulatorio,¹⁷ como portador de riqueza o del crédito, explica —por principio— el rol tan importante que juega el aval en la relación cambiaria.¹⁸

Dicho cometido radica en su capacidad natural y, por ende, sustancial de *garantía*. Refuerza, pues, la seguridad del crédito cambiario originario. Ciertamente, el aval posibilita la anexión de nuevas garantías, aun cuando quienes la brindan no intervengan en la creación o circulación del documento. En efecto, la signature de un avalista, ínsita en el título, como un deudor cambiario más, incrementa la certeza de que se pagará a su vencimiento. Si este nuevo responsable es solvente y garantiza al emisor del documento, el girado o librado aceptará sin más, aun sin haber recibido provisión de fondos.¹⁹

¹⁷ Winizky así lo designó en Gualtieri y Winizky, *Títulos circulatorios*, 4a. ed., Buenos Aires, Víctor P. de Zavallia Ed., 1974; influido quizá por Ferri, *I titoli di credito*, 2a. ed., Turín, UTET, 1958, p. 11 (nota 3), quien explicaba que la circulación es la *causa determinante* de la creación del título; la *característica esencial* de dichos documentos; *verdad incontrastada e incontrastable*.

¹⁸ Alegría, H., *El aval*, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 1.

¹⁹ Langle y Rubio, E., *op. cit.*, nota 5, p. 19. Están de acuerdo con la idea de reforza-

De aquí que el tenedor del título dispone de un mayor poder de agresión para, verificado el vencimiento, exigir el cumplimiento de la obligación cambiaria. El aval desempeña, pues, económicamente hablando, una positiva función de crédito que favorece no sólo al acreedor cambiario sino también a los deudores cambiarios ya que la firma del avalista puede convertirse en la determinante para originar la emisión del documento y su circulación.²⁰ Desde luego que la capacidad del aval deviene más sólida, mayormente responsable, si quien avala es ya un firmante del título, siempre que la garantía otorgada incremente las obligaciones previamente asumidas. De lo contrario, su intervención no viene al caso.

Ciertamente, el aval desde la perspectiva economicista está destinado a consolidar la doble manifestación de confianza del crédito, ya que por motivos diversos el título se respalda, lógicamente, con la participación del tercer garante, cuando es reconocida su solvencia, cuando participa en el negocio que generó el título o tiene interés en él, cuando se desenvuelve con experiencia en el ámbito financiero y conoce bastante bien a las personas de ese medio. En tal virtud, el aval es considerado como valorizador de la firma del deudor avalado, el cual ha brindado una confianza tal que amerita su exteriorización cambiaria objetiva en un acto de pura garantía. Encierra, pues, objetivos peculiares privativos, inmanentes a su carácter de obligación cambiaria: celeridad por la rápida circulación del documento y seguridad por sus peculiares rasgos de literalidad y autonomía.²¹

Indudablemente, esta figura ofrece indiscutibles ventajas al comercio, puesto que permite operar con recursos a corto plazo, no

miento: Rossi, *op. cit.*, nota 1, p. 14; *ibidem*, p. 2; y Zavala Rodríguez, C. J., *Código de Comercio y leyes complementarias*, Buenos Aires, De Palma, 1959-1967, t. IV, p. 384.

²⁰ Sánchez-Calero Guilarte, J., *op. cit.*, nota 3, p. 332; Garrigues, *Contratos bancarios*, 3a. ed., Madrid, Silverio Aguirre Torre, 1958, p. 240. Este último afirma que el aval comparte la función de crédito de otras figuras de garantía personal.

²¹ Alegría, H., *op. cit.*, nota 18, pp. 4 y 5. Sobre la peculiaridad del aval como garantía: *cfr.* Pavone L., A., *La cambiale*, Milán, Giuffrè, 1982, p. 364. El poseedor de un título cambiario tendrá un derecho de crédito doblemente firme si el avalado deviene librado-aceptante, aceptante por honor o endosante.

sólo en el crédito bancario sino también en instituciones públicas de fomento. La simplicidad para instaurarla en la práctica, su estructura jurídica sencilla y segura, simplifican las operaciones y aventajan a otras garantías tradicionales, de mecanismo intrincado y más oneroso.²²

Resulta paradójico, desde un enfoque económico, que el aval sea generado por la desconfianza, y creador tanto de sospecha como de mayor confianza en la consecución de la prestación.

IV. AVAL Y GARANTÍA

En el derecho patrimonial, la voz *garantía* halla un significado propio. Se la entiende como la constitución de una nueva obligación que vigoriza un nexo obligatorio primario preexistente, del cual es conceptualmente diversificada.²³

El aval es una *especie* dentro del género garantía. Se trata de una garantía *personal* (en oposición a real) que se suma como un nuevo vínculo subjetivo al anterior, deviene un nuevo apoyo patrimonial a derechos anteriores.²⁴

Ahora bien, si además consideramos las garantías personales como género, cabe pensar que a su vez pueden contener diversas especies. En efecto, una obligación con carácter de garantía puede respaldar a otra con base en vínculos de subordinación o de coordinación.²⁵

La doctrina ubica en el primer supuesto a las garantías accesorias, en donde la subordinación causa la accesoriedad jurídica de la obligación de garantía con respecto a la obligación garantizada. La fianza es el ejemplo clásico.²⁶

En la segunda hipótesis se encuadran las garantías que surgen de la coordinación. Ellas son las que se relacionan con necesidades del crédito y la muestra más recurrente son las garantías cambia-

²² *Ibidem*, pp. 6 y 7.

²³ Rossi, *op. cit.*, nota 1, p. 11.

²⁴ *Ibidem*, pp. 3 y ss.

²⁵ *Ibidem*, pp. 12 y ss.; De Semo, G., *op. cit.*, nota 8, p. 495.

²⁶ Alegría, H., *op. cit.*, nota 18, p. 12.

rias,²⁷ las cuales devienen consustanciales al endoso y por supuesto al aval. La propia ley cambiaria considera a los obligados en vía de regreso *garantes*²⁸ en el sentido de que contraen una responsabilidad cambiaria²⁹ refleja, por su intervención en el documento cambiario, sin desconocer que la deuda principal compete a otro sujeto partícipe en la relación cartácea. Es evidente, pues, que el endoso no deviene accesorio de la aceptación, por lo que endosante, aceptante, girador o emisor del documento aseguran el cumplimiento de la obligación que causó dicha aceptación. De aquí que la garantía no provenga de la accesoriedad, sino de la coordinación.³⁰

El aval, pues, expresa *siempre* una relación de garantía porque su vocación natural es precisamente garantizar el pago de la letra. El avalista no se propone como el librador, asumir una obligación de *hacer* pagar o de pagar por sí mismo el título que emite, ni pretende como endosante transferir el documento; tampoco se comporta como aceptante, pues, no asume la deuda cambiaria como si correspondiese a la invitación que se le extiende para que acepte el título. Por el contrario, el aval evoca la preexistencia del título, al que nadie se le obliga a firmar, puesto que la intervención espontánea promete feliz desenlace.³¹

²⁷ Rossi, *op. cit.*, nota 1, p. 16; Ferrara, F. Jr., *La girata della cambiale*, Roma, Foro Italiano, 1935, p. 16; Pellizzi, G., *Principi di diritto cartolare*, Bologna, Zanichelli, 1967, p. 201.

²⁸ Artículos 119, 153, 163, 167 del CCo. francés; 1005, 1046, 1049 y 1057 del Código de las Obligaciones Suizo (COS); 14, 48, 51 y 57 del Reglamento Uniforme de La Haya (LH); 15, 49, 52 y 58 de la Ley Uniforme de Ginebra (LUG); 44.1, 46-48 de la Convención Internacional (CI); 34, 106, 107, 159 en relación con el artículos 151, 157 de la LTOC; 16, 53, 56, 77 del respectivo decreto argentino (LCA); 19, 56, 59, 77 de la Ley Cambiaria Italiana (LCI).

²⁹ Este tipo de responsabilidad es más rigurosa que la derivada de la relación fundamental que origina la emisión de un títulovalor, y deviene solidaria para los obligados en vía directa o de regreso; para más información al respecto, consúltase De Semo, G., *op. cit.*, nota 8, no. 527 y ss.

³⁰ Alegría, H., *op. cit.*, nota 18, p. 10.

³¹ Garrigues, *Contratos...*, *cit.*, nota 20. El énfasis es nuestro.

V. CONCEPTO

Para tener una idea clara de la institución que examinamos, requerimos manejar un concepto lo más acabado y exacto posible, aunque sea descriptivo. Al respecto, la doctrina nos proporciona varios.³²

Por una parte, podemos entender que aval sea un *acto* por el cual una persona que no está obligada por concepto alguno a pagar un títulovalor, acepta hacerlo, para *garantizar* la responsabilidad de uno de los *obligados*, librador, girador, suscriptor o endosante.³³

Por otro lado, nos parece acertado *concebir* a esta figura como un acto unilateral de voluntad no recepticio de garantía, conferido por escrito en el títulovalor o en hoja adherida a él, vinculado a una obligación cartácea formalmente válida, que convierte a quien la otorga en responsable cambiario de pagar el documento.³⁴

1. *Noción del aval según el Reglamento Uniforme de La Haya y las Convenciones Uniformes de Ginebra: países que la adoptan*

Tanto el Reglamento Uniforme de La Haya como las Convenciones Uniformes de Ginebra de 1930 y 1931 ya regulan esta garantía cambiaria considerando que la letra de cambio es un títulovalor, es decir, un documento necesario para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo incorporado en él, y el aval una *garantía típicamente cambiaria* que se otorga por escrito en el documento mismo o en hoja adherida a él, por el importe total o parcial del título. De ahí se infiere que:

³² “Fianza de carácter cambiario que se otorga en un *título de crédito* con respecto a las *obligaciones* que de él dimanar”, Pallares, E., *Títulos de crédito en general, letra de cambio, cheque y pagaré*, México, Botas, 1952, p. 210. Nos pertenece lo subrayado. Es “El *afianzamiento* de una letra de cambio dado por un tercero, quien queda obligado a pagarla en caso de no hacerlo aquel contra quien viene librada”, Escriche, voz “aval”, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, México, UNAM, edición facsimilar, 1993.

³³ Cfr. Fuzier-Herman *et al.*, voz “aval”, *Répertoire général alphabétique du droit français*, París, L. Larose et Forcel, 1890, t. VI. La traducción es de nuestra incumbencia.

³⁴ Alegría, H., *op. cit.*, nota 18, p. 12.

- El aval tiene un régimen propio y diferente a la fianza, y como todo lo cambiario —por el principio de literalidad— debe constar en el título (directamente, o porque la ley se encargue de integrar o presumir ciertas menciones).
- El aval no respalda la obligación de una persona determinada sino deviene una garantía *objetiva* del pago total o parcial del documento, argumento por el cual no puede *limitarse a tiempo, caso o persona*, por tanto no está sujeto a condición alguna.
- No procede el beneficio de excusión, ya que la obligación del avalista es autónoma, y su validez y la legitimación de los acreedores cambiarios no está subordinada a diligencias o trámites previos.

Bastantes países iberoamericanos recogen esta opinión en su legislación: Argentina (artículos 32-34 del decreto 5.965/63), Brasil (artículos 30-32 del decreto 57.663), Colombia (artículos 633-638 del CCo.), Costa Rica (artículos 755-757 del CCo.), Ecuador (artículos 438-440 del CCo.), El Salvador (artículos 725-731 del CCo.), Guatemala (artículos 440-405), Honduras (artículos 526-533 del CCo.), México (artículos 109-116, LTOC), Nicaragua (artículos 128-130 de la Ley General de Títulos-Valores), Perú (artículos 85-88 de la Ley 16.587/67) y Venezuela (artículos 438-440 del CCo.).

2. *Noción del aval según la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales*

Los artículos 46 a 48, cuyo objeto es la responsabilidad del garante (avalista), constituyen un solución novedosa y reciente, obtenida en los últimos días de la sesión final de los trabajos de la Comisión. En efecto, representa un esfuerzo tendente a reconciliar posturas muy encontradas, que sorpresivamente se manifestaron sólo en la etapa conclusiva de los trabajos.

La diferencia basilar proviene del hecho de que el *Civil Law* ha desarrollado el concepto de una garantía *autónoma* regulada por el derecho cambiario y no por las normas generales en materia de garantías, mientras que en el *Common Law* los principios generales

en materia de garantía permanecen —por lo general— aplicables también al avalista de un título de crédito. Ambas garantías difieren también respecto a las excepciones que un garante puede oponer a un *tenedor protegido*.

La convención particulariza dos categorías de garantes: una inspirada en el sistema ginebrino y la otra en el angloamericano, a través de expresiones que ya están en uso en los dos sistemas (artículos 46.3, 47.4b). De este modo, se ha evitado aquella trampa que se habría verificado con el uso de expresiones familiares a las que se atribuyesen consecuencias jurídicas diversas y nuevas.³⁵

Quien intente prestar una garantía, debe manifestar su voluntad de acuerdo con las formalidades prescritas por la convención:

- Insertando en el título las expresiones *avalada*, *bueno por aval*, *válido como aval* o similares (artículo 46.3).
- O bien, las fórmulas *garantizada*, *pago garantizado*, *cobro garantizado* o semejantes (artículo 47.4.b).

La garantía ha de escribirse en el título o en hoja adherida a éste (artículo 46.2). Además, la hipótesis de una garantía por acto separado no se reguló aquí.

Por otra parte, la garantía debe otorgarse mediante la sola firma estampada en el anverso del documento. Además, se presume que una firma en la cara anterior del título, distinta de la del suscriptor, girador o girado, constituye una garantía (artículo 46.4). En este supuesto, la firma obliga como si se tratase de un pago garantizado (artículo 47.4.d); si en cambio, la firma es la de un banco o de otra institución financiera, ésta se obliga como si se tratase de un aval (artículo 47.4.e).

Aquí también se puede garantizar toda o una parte del importe del título. Puede garantizarse a cualquier obligado o al girado, aun cuando el título no se haya aceptado (artículo 46.1). Además, debe

³⁵ Cfr. Hermann, G., "International Bills of Exchange and Promissory Notes: Legal Problems and Disparities Overcome by New United Nations Convention", *Studies in Transnational Economic Law*, vol. I: *The Law of International Trade Finance*, Boston, N. Horn, 1989, pp. 268 y 269. Según el gobierno español, por el contrario, la fijación de reglas duales estaría en conflicto con el fin de unificación de la materia por parte de la convención: véase UNCTRAL, *Tearbook*, vol. XIX, 1988, pp. 198 y 199.

indicarse la persona por la que se sale garante; en otro tiempo, se entiende garantizado el aceptante o el librado en el caso de la letra, o suscriptor en el caso del pagaré (artículo 46.5).³⁶

Desde luego, la garantía puede prestarla un obligado cambiario o un tercero (artículo 46.1 *in fine*).

El título puede garantizarse antes que la persona garantizada haya suscrito el documento o cuando éste estaba incompleto. En tal caso, el garante (avalista) no podrá excepcionarse por dicho motivo (artículo 46.6).

El artículo 47.1 establece que la responsabilidad del avalista es de la misma naturaleza que la del avalado; por lo que la obligación del avalista será principal o secundaria dependiendo de si el garantizado es obligado principal o secundario.

3. *Noción del aval según la Negotiable Instruments Law (NIL) y el Uniform Commercial Code (UCC)*

En el régimen cambiario estadounidense no existe el aval como lo entiende la Convención Uniforme de Ginebra, sin embargo, valiéndose de ciertas modalidades del endoso, de la parte por acomodamiento o a través del contrato de garantía, se arriba a resultados parecidos.

La sección 29 de la NIL reguló la *parte por acomodamiento* que Panamá adoptó en el artículo 29 de la Ley 52 sobre Documentos Negociables en donde expresa:

Parte por acomodación será la que haya firmado el documento como otorgante, expedidor, aceptante o endosantes *sin haber recibido valor alguno por el mismo* y con el propósito de *prestar su nombre a otra persona*. En tal caso, se hará responsable del documento ante el tenedor por valor, no obstante el hecho de que dicho tenedor, al tiempo de tomar el documento, supiera que aquella era únicamente parte por acomodación.³⁷

³⁶ Conviene subrayar que en el caso de la letra de cambio, la regulación se ha distanciado de la correspondiente norma ginebrina que, a falta de indicación específica, consideró que el aval se otorgaba por el librador y no por el librado.

³⁷ El artículo 31 de la abrogada Ley 46 de 1923 de Instrumentos Negociables de Co-

Por otra parte, la NIL se incorporó, con bastantes modificaciones, en el UCC, en las secciones 3-415 y 3-416 las cuales se ocupan del aval.

Como ya dijimos antes, en el sistema estadounidense el aval halla su equivalente en algunas formas irregulares del endoso. Mientras en gran parte de Iberoamérica se considera como firma por aval a una firma a la que no puede darse una significación precisa (p. e., artículo 111, *in fine*, LTOC), en la NIL dicha vacilación se resuelve como la firma de un endosante; así lo regula la ley cambiaria de Panamá (artículo 17): “A menos que el instrumento [el títulovalor] indique claramente la calidad en que una firma ha sido colocada, dicha firma se tendrá como un endoso” (equivalente a la sección 3-402 del UCC). “Un endoso que no esté en la cadena del título demuestra que lo es por acomodamiento” (equivalente a la sección 3-415, 4 del UCC).

Según este sistema, el avalista, es decir, la parte por acomodamiento, no se obliga para con el avalado (la parte acomodada), y si paga, puede repetir contra éste (sección 3-415, 5 del UCC).

La ley cambiaria panameña es la única legislación iberoamericana que sigue, en este renglón, a la NIL.

VI. RASGOS DISTINTIVOS DEL AVAL

Diversas son las características que distinguen al aval. Efectivamente, se trata de una garantía cambiaria, unilateral, no recepticia; abstracta, formal y escrita; espontánea e independiente; puede ser parcial, y configura un derecho literal y autónomo.³⁸

lombia indicaba: “Se llama *parte por acomodamiento* a la que firma el instrumento como otorgante, girador, aceptante o endosante, sin recibir valor alguno por ello, con el propósito de prestar su firma a otra persona. Dicha parte es obligada según el instrumento a favor del tenedor por valor, aunque éste a tiempo de tomarlo haya sabido que aquél no era sino una parte por acomodamiento”.

³⁸ Para mayor información sobre estas características, consúltese Alegría, H., *op. cit.*, nota 18, pp. 18 y ss.

1. *Garantía cambiaria*

Esta cualidad implica que el aval está separado de aquellos actos cuya finalidad es cumplir funciones cambiarias principales claramente distintas (p. e., para la creación del título, la emisión; para su circulación, el endoso; para su satisfacción, la aceptación); significa, además, que el aval no se origina como resultado de dichas negociaciones sino como acto espontáneo, extraño a la circulación del documento y completamente eventual. Ahora bien, cuando se afirma esta característica del aval se está haciendo referencia a diversas situaciones: *Los títulos cambiarios son los únicos que consienten el aval*. Se trata, pues, de una peculiaridad de dichos títulos no aplicable a otros, aun cuando estén circulando o reporten algunas semejanzas con los cambiarios.

Con relación a este punto, nuestro máximo tribunal tiene criterios encontrados, ya que unos consideran que el aval no constituye una institución de garantía exclusiva de los títulosvalor, mientras que otros estiman que sí es una prerrogativa de dichos documentos. He aquí las ejecutorias:

AVAL. CONSTITUYE UNA INSTITUCIÓN DE GARANTÍA EXCLUSIVA DE LOS TÍTULOS DE CRÉDITO. El aval es una institución jurídica de *garantía exclusiva de los títulos de crédito*, ya que de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 109 y 116 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mediante el aval se garantiza en todo o en parte el pago de los títulos de crédito, quedando el avalista como obligado solidario de aquél cuya firma ha garantizado. Corrobora lo anterior, el hecho de que las obligaciones de carácter civil o mercantil que no deriven de un título de crédito, *admiten ser garantizadas en su pago*, por un tercero, a través del contrato de *fianza* a que se refiere el artículo 2794 del Código Civil para el Distrito Federal, o bien mediante la figura jurídica de la solidaridad pasiva de conformidad con los numerales 1987, 1988 y 1989 del código en cita, la cual no se presume, por lo que debe hacerse constar expresamente. Consecuentemente, *carece de sustento legal la afirmación del tribunal de segundo grado consistente en que el aval tiene aplicación a cualquier relación jurídica civil o mercantil* (§7F y su Gaceta, 9a. época, t. II, p. 475, I.5o C. 10C, agosto de 1995, A. D. 2865/95.

Marcos Zonana Achar. 15 de junio de 1995. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Énfasis añadido).

AVAL. NO CONSTITUYE UNA INSTITUCIÓN DE GARANTÍA EXCLUSIVA DE LOS TÍTULOS DE CRÉDITO. Cuando en un contrato de crédito de habilitación un acreditado otorgó, entre otras garantías, el aval de una persona, quien asumió ese carácter al suscribir el contrato, así como el *pagaré correlativo que guarda relación con ese contrato*, debe tenersele como obligado solidario, porque si bien el *aval es una institución propia de los títulos de crédito*, en términos del artículo 109 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no hay precepto legal que prohíba adquirir esa calidad de aval respecto de un contrato de habilitación y, por el contrario, en materia mercantil el artículo 78 del Código de Comercio otorga a la voluntad de las partes la norma suprema en los contratos, al establecer que cada uno se obliga en los términos que aparezca que quiso obligarse; de modo que esa *institución del aval en el contrato de habilitación implica que el suscriptor con ese carácter adquiere el de obligado solidario*, en términos de los artículos 1984, 1987, 1988 y 1989 del Código Civil para el Distrito Federal, de aplicación supletoria al de Comercio, conforme al artículo 2o. de este último. Luego, *la institución del aval, aunque está prevista para los títulos de crédito, cuando se utiliza en algún otro contrato, debe interpretarse en el contexto del documento y considerarse que en realidad es un obligado solidario*, quien prestó su voluntad al suscribir el acto jurídico, y no puede desconocer en un juicio su obligación solidaria, porque falta a la buena fe, ni el órgano jurisdiccional puede eximirlo de la obligación por ser una cuestión *formal* que no puede motivar la inexistencia ni nulidad de su obligación contraída. (§7F y su *Gaceta*, 9a. época, t. XIV, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 1198, I.3o C.235C, agosto de 2001. A. D. 9423/2000. Grupo Albri, S. A. de C. V. y otros. 19 de mayo de 2001. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Énfasis añadido).

Posteriormente, esta contradicción de criterios se resolvió así:

AVAL. AL CONSTITUIR UNA GARANTÍA MERCANTIL DE APLICACIÓN EXCLUSIVA A LOS TÍTULOS DE CRÉDITO, A QUIEN ASÍ SE OBLIGUE EN UN CONTRATO MERCANTIL, DEBE TENERSELE, CONFORME A LA NATURALEZA Y OBJETO DE ESTE TIPO DE CONTRATOS, COMO FIA-

DOR, SALVO QUE DE LA INTERPRETACIÓN DE SUS CLÁUSULAS PUEDA DERIVARSE OTRO INSTITUTO DE GARANTÍA. En nuestro sistema jurídico, la figura del aval encuentra su regulación en los artículos 109 a 116 de la Ley General Títulos y Operaciones de Crédito, correspondientes al título primero, capítulo segundo, denominado “De la letra de cambio”; así, esta institución se halla prevista y regulada como una *garantía de tipo cambiario*, por lo que *su aplicación es exclusiva a los títulos de crédito*. Ahora bien, *cuando el empleo de la palabra “aval” aparece como una especie de cobertura económica para garantizar un negocio distinto de la letra de cambio u otro título de crédito*, esta circunstancia debe atribuirse al desconocimiento jurídico de las partes respecto del peculiar régimen legal que posee ese instituto de garantía en materia mercantil, por lo que cuando quede evidenciada esta falta de técnica jurídica en la redacción de los contratos, el juzgador deberá acudir a la interpretación del documento en su conjunto, pues el uso equívoco del término “aval” *no debe frustrar la intención real de las partes* ni ser el vehículo para liberar de responsabilidad, libremente asumida, a uno de los contratantes, *por lo que atento a las reglas de interpretación contractual contenidas en el Código Civil Federal, de aplicación supletoria, las cuales privilegian la verdadera intención de las partes sobre el empleo equívoco de las palabras, si alguna cláusula en los contratos admitiese diversos sentidos, deberá entenderse el más adecuado para que produzca efectos, y si algún término tuviere diversas acepciones, será entendido en aquel que sea más conforme con la naturaleza y el objeto del contrato*. En este sentido, esta Primera Sala estima que en estos casos el instituto de garantía más conforme con la naturaleza y objeto de los *contratos mercantiles, así como con la intención real de las partes*, salvo que pueda derivarse otro sentido de las cláusulas del contrato en cuestión, es el instituto de la *fianza* (Contradicción de tesis 73/2001-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Quinto, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 20 de marzo de 2002. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Tesis de jurisprudencia 24/2002. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veinte de marzo de dos mil dos, por mayoría de cuatro votos. *SJF* y su *Gaceta*, 9a. época, t. XVI, Pleno y Salas, p. 15, 1a./J.24/2002. Julio de 2002. El énfasis es ajeno al dictamen).

El aval constituye una obligación cambiaria. Indudablemente que se trata de una responsabilidad cuyo marco normativo está claramente definido, ya que surge de una relación precisamente de tipo cambiario regulada específicamente por la Ley de Títulos de Crédito (artículos 109-116, LTOC).

Toda garantía de un título cambiario no necesariamente es un aval. Al respecto, conviene tener presente que las obligaciones incorporadas a un título cambiario (emisión, aceptación, endoso, etcétera) permiten cualquier tipo de garantías de las conocidas en el derecho. En efecto, la obligación emergente de un endoso puede garantizarse, por ejemplo, con hipoteca (garantía real) o con fianza (garantía personal). De esta forma, resulta claro que no toda garantía de una obligación cambiaria es una garantía cambiaria. De ahí que el aval deviene la garantía cambiaria por *antonomasia*, cuya función primordial es precisamente *garantizar* el pago del documento.³⁹

La esencia del aval es propia y de verdad cambiaria, y por ende genera la solidaridad y beneficia a cualquier tenedor del título.

2. *Acto unilateral y no recepticio*

En la doctrina, quienes optan por el término *acto* unilateral consideran que la literalidad, autonomía y abstracción de los títulos-valor elimina, frente a terceros, las defensas que se sustenten en la inexistencia de discernimiento libre o de la causa, por lo que resulta jurídicamente trascendente para crear responsabilidad la existencia material del *acto* cambiario, aun cuando le falte la causa o existieren vicios en la voluntad del avalista.⁴⁰

Dicho pronunciamiento voluntario deviene incondicional, irrevocable, y obliga por la sola manifestación externa de su existencia jurídica ante cualquier tenedor determinado o determinable.⁴¹

³⁹ *Ibidem*, pp. 19-21. El aval, además de ser garantía, es un acto jurídico, unilateral, abstracto y completo, de naturaleza cambiaria; Zavala Rodríguez, C. J., *op. cit.*, nota 19, p. 382. La jurisprudencia arriba citada que resuelve la contradicción de tesis es también aplicable en este caso.

⁴⁰ Alegría H., *op. cit.*, nota 18, p. 3.

⁴¹ *Ibidem*, p. 12.

No recepticio. Esto significa que no necesita aceptarse para generar todos sus efectos. Este carácter excluye, pues, considerar el aval como un contrato.

3. *De garantía*

Esta característica se refiere precisamente a su desvinculación sustancial con los actos cambiarios cuyo fin es desempeñar funciones cambiarias principales distintas (para la *circulación* del título, el endoso; para su *satisfacción*, la aceptación), y a que el aval no surge como consecuencia de tales transacciones, sino por un acto espontáneo, ajeno al curso natural del título de crédito y completamente casual.⁴²

4. *Abstracta*

Es de explorado derecho que al tratarse de un acto cambiario, la obligación que nace es abstracta, esto es, que prescinde de la causa en su relación circulatoria. Además, la calificación de garantía personal se fundamenta en la añadidura de un nuevo sujeto a un ligamen objetivo previo y no al nexo personal entre avalista y avalado. Efectivamente, el aval, cual garantía objetiva, no se vincula con la persona ni con la obligación avalada, sino que sencillamente es una garantía del pago de una obligación que objetivamente emerge del título. De modo que la abstracción del aval es idéntica a las demás obligaciones cambiarias, puesto que éste da vida justamente a una relación cartácea de esa calidad, independiente, diferente.⁴³

⁴² *Ibidem*, p. 14.

⁴³ *Ibidem*, pp. 25-29.

5. *Formal y escrita*

Todo acto jurídico, enseñaba Betti,⁴⁴ tiene forma y la escritura es una de ellas, es un medio de exteriorización. El requisito de la forma es importante, pues, porque toda obligación cambiaria es necesariamente por escrito. De aquí que esta figura devenga acto formal, ya que la forma exigida por la ley es irremplazable, por lo que la escritura deviene primordial en el surgimiento del acto. Como exigencia formal basta, pues, la firma.⁴⁵ Eventualmente, una indicación especial: *por aval* u otra *similar*.

Así que la inexistencia de dicho requerimiento da como resultado que no se configure el aval aunque se compruebe la intención de prestarlo (artículo 111, LTOC).

Al respecto, tenemos pronunciamiento de la Suprema Corte que ratifica lo antes expresado:

LETRA DE CAMBIO. FIRMA EN BLANCO EN EL REVERSO DE LA, DE SU BENEFICIARIO. NO PUEDE TENERSE COMO DE AVALISTA. El artículo 111 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que el aval debe constar *en la letra* o en hoja que se le adhiera; que se *expresará* con la fórmula “*por aval*” u otra equivalente y que debe llevar la *firma* de quien la presta; que la *sola firma puesta en la letra*, cuando no se le pueda atribuir otro significado, *se tendrá como aval*. En la parte final de este artículo se presume el aval, pero queda condicionada la presunción a que la firma no se le pueda atribuir otro significado, circunstancia ésta que no se da en el supuesto de que la firma en blanco sea la de la beneficiaria de las letras, pues no es posible que la propia beneficiaria resulte avalista de su deudor, y en cambio sí es de presumirse fundamentalmente que las firmas que aparecen al dorso de las letras mencionadas, sean para los efectos de endoso (*SJF*, 7a. época, vol. 69, sexta parte, p. 47. A. D.377/74. Carmen Vargas Viuda de Reyes. 30 de septiembre de 1974. Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Visible también en el Informe de 1974, p. 153,

⁴⁴ Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, 2a. ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 202-203.

⁴⁵ Alegria H., *op. cit.*, nota 18, pp. 29-32.

bajo el rubro: FIRMA EN BLANCO EN EL REVERSO DE LA LETRA DE CAMBIO DE SU BENEFICIARIO. NO PUEDE TENERSE COMO DE AVAILISTA Énfasis agregado).

AVAIL. Indudablemente una persona puede obligarse de modo verbal a pagar una letra de cambio; pero este compromiso no constituye un aval, cuya *existencia* requiere la prueba *escrita*, que se exige *ad solemnitatem* y no *ad probationem*, y aun cuando es usual poner las palabras “bueno por aval” o “bueno por”, también lo es que *basta la firma*, según opinión de todos los autores §7F, 5a. época, t. XL, p. 3097. ACD. 4259/1931, Fox William S. 7 de abril de 1934. Énfasis añadido).

6. *Espontánea*

El aval es un acto espontáneo precisamente porque su objetivo sustancial es garantizar. En otros actos cambiarios, la garantía puede existir, pero ésta surge como un acto reflejo sin llegar a ser la finalidad más relevante.

7. *Independiente*

Conceptuar al aval como una obligación cambiaria distinta implica caracterizarlo también como independiente. Por tal motivo, la ley coherentemente instaura la validez del aval, aunque la obligación avalada devenga nula, salvo que dicha nulidad sea puramente formal (artículo 114, LTOC).

8. *Puede ser parcial*

Al igual que la aceptación, el aval también puede fragmentarse (artículo 109, LTOC). Dicha característica le es propia y hay que subrayarla, puesto que se sirve de una obligación cambiaria ya existente, la cual permite que sobre ella surja otra de menor entidad para reforzarla.

9. *Constituye derecho autónomo*

El derecho proveniente de la obligación del avalista es autónomo en el sentido de que cada nuevo titular de buena fe se considera originario, por ende, no está sujeto a las defensas personales de sus predecesores. Tan cierto es esto que si la obligación garantizada es nula, el aval no se ve afectado, deviene válido (artículo 114, LTOC). Así que los principios generales cambiarios que rigen la autonomía (artículo 12, LTOC) propia de los documentos cartulares, se aplican cabalmente respecto del derecho asignado por el aval.⁴⁶

10. *Literal*

Esta peculiaridad de los títulos también se aplica completamente al derecho que surge del aval, con todos los efectos particulares que produce.

11. *Comercial*

El aval como negociación acoplable a los títulos cambiarios es un acto de comercio por su forma; y como acto formal es siempre mercantil o comercial. La mercantilidad de esta figura tiene consecuencias sobre su regulación, pues en todos sus efectos se encuentra sujeta a la ley y jurisdicción comerciales (artículos 1o., LTOC, y 75, frs. XIX y XX, en relación con el artículo 1050 del CCo.)

VII. EL AVAL Y LAS FIGURAS LIMÍTROFES

Hay varias figuras que colindan con el aval. La fianza es una de las que más se le asemeja y la que ha motivado confusión y polémica. Lo anterior reclama, pues, establecer las diferencias que perfilan la garantía cambiaria típica.

⁴⁶ Vivante, *Tratado de derecho mercantil*, Madrid, Reus, 1936, t. III, p. 137; Gualtieri y Winizky, *Títulos circulatorios*, 4a. ed., Buenos Aires, Víctor P. de Zavallía Ed., 1974, p. 67. Alegría H., *op. cit.*, nota 18, p. 37.

1. *El aval y la fianza*

Durante bastante tiempo el aval fue considerado como fianza (*cautionnement*), lo cual es explicable por el gran peso de la vieja doctrina francesa⁴⁷ que fue conculcado por las distintas legislaciones que la imitaron.⁴⁸ Como obligación de garantía personal, el aval se aproxima, pues, a la fianza: ambas desempeñan idéntica función económica, difieren en la estructura jurídica. Se habla, por tanto, de la fianza como de una obligación *sustancialmente* accesoria, y del aval como de una obligación *formalmente* accesoria, pero *materialmente* autónoma. La diferencia entre la estructura de la obligación de la fianza y la del aval es tal, que cuando el aval es nulo, no sobrevive para el avalista obligación alguna extracambiaria. En efecto, de su firma deriva la voluntad de asumir una obligación cambiaria de garantía, y no más; nunca, la voluntad de prestar una fianza.⁴⁹ Señalamos, ahora, las diferencias que existen entrambas:⁵⁰

- a) El aval garantiza *únicamente* obligaciones *cambiarías* (artículos 46, CI; 109, LTOC, y 32 de la Ley Cambiaria Argentina —LCA—); efectivamente se trata de una obligación abstracta y literal. La fianza puede referirse a obligaciones de cualquier tipo (artículo 2797 del Código Civil Federal mexicano —CCF—) y emana de un contrato (artículo 2794, CCF).
- b) Aunque ambas aseguran el cumplimiento de deudas pecuniarias, el aval es obligación *autónoma* materialmente (artículo 114, LTOC); mientras que la fianza es accesoria de otra principal, como previene el artículo 2797, del CCF —*la fianza no puede constituirse sin una obligación válida*— en relación con

⁴⁷ Boistel citado por Cámara, H., *op. cit.*, nota 4, p. 124 (nota 81).

⁴⁸ Vidari, *Corso di diritto commerciale*, Milán, t. VII, 1905, p. 683, citado por Cámara, H., *op. cit.*, nota 4, p. 124. Vidari fue uno de los que en Italia defendió con mucha energía esta postura. En el mismo sentido, el CCo. de Bolivia declara que el aval es una *fianza* otorgada por un tercero para el pago de la letra de cambio en el caso de que no la atienda el girado (artículo 409). El CCo. de Chile claramente expresa que el aval *afianza* solidariamente el pago de la letra de cambio (artículo 680).

⁴⁹ Bianchi, *op. cit.*, nota 4, p. 77.

⁵⁰ Esta distinción está confirmada por nuestro máximo tribunal: Diferencias de aval con el contrato de fianza civil, véase *Informe*, 1963, 3a. Sala, p. 29.

los artículos 2032, 2796, 2799, 2842, 2847 del CCF. Esto significa que el aval consigna *dos* obligaciones *distintas* con dos deudores, y la fianza sólo *una* obligación pero con dos responsables.

- c) El aval es un acto *formal*, pues debe constituirse por escrito en el título mismo o en hoja adherida a éste, además, debe estamparse la firma del avalista (artículo 111, LTOC). La fianza común normalmente es consensual. Al respecto, hay una ejecutoria que establece:

AVAL. Indudablemente una persona puede obligarse de modo verbal a pagar una letra de cambio; pero este compromiso *no constituye un aval*, cuya *existencia* requiere la *prueba escrita*, que se exige *ad solemnitatem* y no *ad probationem*, y aun cuando es usual poner las palabras “bueno por aval o “bueno por”, también lo es que *basta la firma*, según opinión de todos los autores (S7F, 5a. época, t. XL, 3098. Por el mismo tenor, ENDOSO Y AVAL. *Id.* Énfasis nuestro).

- d) El aval es siempre *mercantil*, ya que deviene *acto de comercio* (artículo 1o., particularmente el párrafo 2o., LTOC, relacionado con el artículo 75, frs. XIX, XX y XXIV, del CCo.). La fianza sigue la naturaleza de la obligación garantizada (artículos 2797, 2799, CCF).
- e) El avalista, al convertirse en deudor cambiario, deviene por ley *obligado solidario* con el avalado (artículo 114 relacionado con el artículo 4o., 154, LTOC; 2000, CC), no admite, pues, el beneficio de la división; en el derecho común no siempre sucede esto, puede haber fiadores no solidarios, ya que la “solidaridad no se presume, resulta de la ley o de la voluntad de las partes” (artículos 1987, 1988, 1989, 2827, 2837-2841, CCF).
- f) El aval *persiste* y produce sus efectos legales aunque la obligación del avalado sea *nula* (artículos 12 y 114, LTOC), lo cual no acontece con la fianza civil, pues tal vicio en la obligación afianzada afecta la fianza, convirtiéndola en nula o anulable (salvo cuando la anulabilidad devenga por incapacidad del deudor principal, artículo 637, CCF). Efectivamente, en la fianza civil si la obligación principal está afectada

de nulidad absoluta, la fianza también se verá afectada (artículo 2813, CCF). En cambio, una obligación perjudicada por nulidad relativa, admite la fianza. Ello significa que extinguida la obligación subsiste la fianza (artículo 637; 2797, segunda parte, en relación con el artículos 1841, pfs. 2 y 3; 2230, CCF).

Una tesis de los tribunales colegiados de circuito resúltanos muy oportuna, ya que confirma dicha aseveración:

AVAL. LA OBLIGACIÓN INSERTA EN EL TÍTULO SUBSISTE, AUN CUANDO LA FIRMA DEL OBLIGADO PRINCIPAL SEA FALSA O SE INVALIDE POR TRATARSE DE UNA PERSONA INCAPAZ (LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO). El vocablo aval es sinónimo de fianza, sólo que aplicado al derecho cambiario, pues conforme al artículo 109 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mediante aquella figura se garantiza en todo o en parte la letra de cambio, precepto que es *aplicable al pagaré*, en términos del numeral 174 de esa propia ley. Así se puede afirmar que la *fianza* es al derecho *civil*, en tanto que el *aval* es al derecho *cambiario*, por el principio de literalidad consagrado en el propio documento. Por otra parte, los artículos 12 y 114, del ordenamiento citado, adoptan en cuanto a la naturaleza jurídica de esa institución, la doctrina italiana, por la que representa una garantía de carácter *objetivo*, porque el avalista no garantiza que el avalado pagará, sino que el título será pagado; *autónomo*, porque como toda obligación cambiaria subsiste por sí, independientemente de las otras asumidas en el título mismo, esto es, la obligación de aquél será válida aun cuando la firma del obligado principal sea falsa o cuando la misma se invalide por tratarse de una persona incapaz, por lo cual, los deberes de uno y otro son distintos e independientes entre sí; *formal*, porque si el avalista firma un título de crédito, se responsabiliza cambiariamente sin considerar a la causa *intercedendi* o la causa por la cual presta su garantía. En ese contexto, aun cuando se encuentre plenamente acreditado que la firma del suscriptor del pagaré es falsa, la obligación de pago del aval subsiste, no se extingue, dado el carácter *objetivo, autónomo y formal*, pues éste no garantiza que aquél pagará, sino que el pagaré *será cubierto*⁵¹ (S7F y su Gaceta, 9a. época,

⁵¹ Véase Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 3a. ed., México, Porrúa, 1976, pp. 398 y 399.

t. XI, TCC, II.3o C1C, marzo de 2000, p. 970. AD.61/99. Agustín Ortiz Ledezma. 30 de noviembre de 1999. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Las cursivas no vienen en el texto).

- g) El aval no deriva de la ley ni de las decisiones de los tribunales, siempre *se origina de la voluntad del avalista* (artículo 110, LTOC), por eso se dice que tiene un valor *objetivo*, pues el avalista se obliga a sí mismo, mediante su firma. La fianza es legal, judicial o voluntaria (artículos 2795, 2850, CCF).
- h) El ejercicio de la responsabilidad contra el avalista *no exige la excusión ni la interpelación judicial previa* al avalado (artículos 154, pfo. 2, y 159, LTOC); en la fianza civil sí procede el derecho de orden, división y excusión previa del deudor principal y aun entre los cofiadores (artículos 2813-2824, 2822 y 2827, relacionados con el 1989, CCF; artículo 35, parágrafo 2o., CPCDF).⁵²

La Corte Suprema ha fallado acertadamente al declarar que:

FIADOR. HIPÓTESIS EN QUE NO EXISTE *OBLIGACIÓN SOLIDARIA Y MANCOMUNADA* DESDE SU INTERVENCIÓN INICIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Ciertamente y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2666 del Código Civil para el Estado de México, el fiador *no puede ser compelido a pagar al acreedor sin que previamente sea reconvenido el deudor principal* y se haga la excusión de sus bienes. Luego, de conformidad con tal precepto deviene indiscutible que contempla una *prerrogativa* para quien figure como fiador en un contrato, estableciéndose ahí los aspectos inherentes a las *excepciones de orden y excusión*, las cuales *no tendrán lugar solamente* en aquellos casos en que quien tenga ese carácter *renuncie expresamente* a tales beneficios, según lo dispuesto por la fracción I del diverso precepto 2668. Por consiguiente, si según los términos del contrato de arrendamiento básico

⁵² Según el Código de Comercio argentino, en la fianza mercantil o comercial no prospera el beneficio de excusión, pero el acreedor debe requerir judicialmente al deudor principal con antelación: “El fiador o fiadores responden solidariamente como el deudor principal, sin poder invocar el beneficio de división ni el de excusión que nunca se admiten en materia comercial. Pueden solamente exigir que el acreedor justifique que ha interpelado judicialmente al deudor” (artículo 480).

de la acción no aparece que el referido fiador *renunciara expresamente* a dicha prerrogativa, ante ello *inexiste una obligación solidaria y mancomunada* desde un principio derivada de dicha fianza, si aparece únicamente su voluntad de constituirse en fiador del arrendatario demandado (*SJF* y su *Gaceta*, 9a. época, t. XIV, TCC, II.2o C.245.C., agosto 2001, p. 1331. A. D.1255/99. Pedro González Martínez. 15 de agosto de 2000. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Énfasis adicionado).

- i) Los avalistas no pueden esgrimir la *excepción de división*, pues son responsables solidarios (artículo 154, LTOC); en cambio, los fiadores sí pueden invocarla (artículo 2827, en relación con el artículo 1989, CCF).
- j) No se permite que el avalista se valga de las *excepciones personales del avalado*, ya que su obligación es independiente y el derecho del tercero es autónomo (artículo 116 relacionado con el artículo 114, LTOC); el fiador puede oponer las mismas excepciones que el fiado siempre y cuando no fueren personales del mismo deudor o del fiador que hizo el pago (artículo 2838, CCF).

En tesis aislada, la Suprema Corte se ha pronunciado así:

PAGARÉS GARANTIZADOS CON PRENDA. ACCIÓN CAMBIARIA (AVALISTA). Admitido que el pago del pagaré base de la acción se garantizó con una prenda, la *acción cambiaria* deducida que se deriva del título de crédito es *autónoma* y, por ende, independiente del contrato de préstamo que le dio origen y del accesorio de prenda, se rige por lo dispuesto en los artículos 150, 151, 152 y 157, en relación con el 174 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, por tanto, quien suscribió como *avalista* el pagaré, quedó *obligado directamente a su pago* (*SJF*, 6a. época, vol. IV, p. 150. A. D. 5651/65. Vicente Arellano Kuri. 3 de octubre de 1957. Énfasis añadido).

- k) La obligación del avalista es *directa e independiente* (artículos 114-116, LTOC); la del fiador es siempre accesorio (artículo 2797, CCF).⁵³

⁵³ Al respecto, véase “*Fianza, exigibilidad de la. Debe atenderse al carácter accesorio que guarda respecto de la obligación principal*”, Contradicción de tesis 16/95, 23 de enero de

- l) El avalista que paga tiene *acción cambiaria* contra el avalado y los que responden frente a éste; ello implica el ejercicio de un derecho *autónomo y literal*, como legítimo portador del título, y es evidente que sus deudores devienen solidarios (artículo 115, LTOC); el fiador es un acreedor por subrogación (artículo 2830, CCF) y su repetición no puede prosperar si no interpuso excepciones que incumbían al deudor principal o pagó sin ser requerido o dejó de avisar al obligado principal (artículos 2832-2834, CCF).

Varios criterios de la corte respaldan este derecho que asiste al avalista; cómo muestra bástenos uno:

TÍTULOS DE CRÉDITO. CASO EN QUE ESTÁ *LEGITIMADO EL AVALISTA PARA EJERCER LA ACCIÓN CAMBIARIA DE REGRESO*. El aval que tiene en su poder los pagarés cuyo importe exige y demuestra que liquidó su valor a la beneficiaria, está *legitimado* en términos de los artículos 17, 115 y 129 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, para ejercer en *contra del suscriptor y deudor principal la acción cambiaria de regreso, sin que se requiera* que la beneficiaria original *endose en propiedad* los títulos de crédito a favor del aval, habida cuenta que el *solo hecho* de que éste *los tenga en su poder autoriza a presumir que los pagó a aquella*, presunción que se robustece con la constancia que en tal sentido se le extienda (S7F, 8a. época, t. XIV, Pleno, Salas y TCC, XI, lo. 219 C, noviembre de 1994, p. 543. AD 307/94. Ricardo Cuesta González, 22 de agosto de 1994. Lo subrayado es nuestro).⁵⁴

1996, *Apéndice al S7F 1917-2000*, t. IV., o en *S7F* y su *Gaceta*, 9a. época, febrero de 1996, pleno, tesis 6/96, subrayado nuestro.

⁵⁴ Otras tesis en el mismo sentido: “Acción cambiaria. La tiene el avalista contra el avalado y contra los que están obligados para con éste en virtud de la letra, aun cuando no conste en el documento la razón del pago hecho por aquél” (A. D. 878/54/2a., Enrique Centeno B., 23 de diciembre de 1954, suplemento de 1956, 16) “Títulos de crédito. Avalista, Caso en que tiene legitimación. Si el avalista tiene en su poder el título base de la acción y además ofrece pruebas que demuestran que cubrió oportunamente el documento a la beneficiaria original, debe estimarse que está legitimado para ejercitar válidamente en contra del avalado la acción cambiaria” (A. D. 6204/76., Manuel Morales Hernández, 8 de julio de 1977, Informe 1977, Tercera Sala, p. 151).

- m) El aval no puede estar sujeto a condición; la fianza la admite (artículo 2835, CCF).
- n) El aval es irrevocable (principio que se infiere del artículo 114, LTOC); el fiador puede retractarse en ciertos casos (artículo 2836, CCF).
- o) El aval tiene como referente una *operación cambiaria determinada* (artículos 110, 112 y 113, LTOC); la fianza puede vincularse a operaciones futuras e indeterminadas, hasta una suma cierta o incierta (artículo 2798, CCF).
- p) En ocasiones, *la ley presume que el aval existe* (artículos 111, 2a. parte, y 113, LTOC); la fianza no admite presunción alguna (artículo 2795, *contrario sensu*).

Al respecto, existe un parecer de la Corte Suprema que confirma lo dicho:

ENDOSO. NATURALEZA Y EFECTOS. El endoso y el *aval* pueden resultar de una simple firma, y por tanto habrá que preguntarse, algunas veces, cuál es el concepto de una *firma que se encuentra sin explicación en una letra de cambio*. La situación del *avalista* y del *endosante* pueden ser muy diferentes, y la cuestión debe resolverse según circunstancias, y si la firma está en el *anverso* del título, cerca de la del *librador o de la del aceptante*, no puede ser sino un *aval*, si está en el *reverso*, es necesario saber si hubo anteriormente un *endoso a favor del firmante*, y entonces es un endoso en blanco, *en caso contrario*, es un *aval*. Teoría que está de acuerdo con los preceptos del Código de Comercio, que dicen que en las convenciones mercantiles, cada uno se obliga en la manera y términos que quiso obligarse, sin que la validez del acto dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados; de modo que para la *constitución de el aval*, *no es necesario forma especial alguna, bastando con que aparezca la firma junto con la del aceptante*, para constituir al firmante, *solidariamente responsable del importe* de la letra (*SJF*, 5a. época, t. XL, p. 3097. Lo subrayado nos incumbe).

- q) El aval *no admite relevo de su garantía* (no hay precepto que lo permita); el fiador sí lo acepta (artículo 2836, CCF).

- r) El aval surge mediante *declaración cartular* (artículo 109, LTOC); la fianza puede derivar de un convenio, de la ley o de providencia judicial (artículo 2795, CCF).
- s) Si el avalista deviene insolvente, el portador del título no puede solicitar un *substituto* (no hay precepto que lo regule); en la fianza es posible suplantarle (artículo 2804, CCF) o si se trata de cofiadores, la parte correspondiente del insolvente se prorratea entre los demás que tengan la solvencia (artículo 2837, parágrafo 2o., CCF).⁵⁵

Finalmente, traemos a colación la interrogante que plantea la doctrina de si la autonomía del aval impide la aplicación analógica de la fianza. No repugna a la mente admitir la vigencia de aquellos preceptos referidos a la fianza y a los afianzamientos mercantiles, en tanto no contravengan la naturaleza del aval, con fundamento en el artículo 2o., fr. IV de la LTOC, ya que ahí se prevé la aplicación supletoria del Código Civil a los actos y operaciones regulados por la ley cambiaria; amén de que el argumento por analogía está claramente consagrado en la fr. XXV del artículo 75 del Código de Comercio para declarar la mercantilidad de los actos que resulten dudosos.

2. El aval y la aceptación

Aun cuando ambas tienen claramente delineada su función en la ley, conviene efectuar algunas puntualizaciones:

- La aceptación deviene una obligación principal y proporciona *acción directa* (artículos 92, 150, fr. I, y 151, LTOC); el aval puede otorgar *acción directa* o de *regreso*, ello depende de si se garantiza una obligación directa o de regreso (artículos 151, 160, 174, 196, 228, 247 y 251, LTOC).

⁵⁵ Sobre el asunto concursal, existe un interesante criterio de la corte que se titula: Suspensión de pagos. Esa medida no aprovecha a los *avalistas* de un pagaré por la empresa declarada en *SJF* y su *Gaceta*, 9a. época, t. IV, agosto de 1996, p. 738.

- La falta de aceptación impele a tomar algunas providencias y permite accionar anticipadamente contra obligados en vía de regreso (artículos 92, 102, 150 *in fine*, 155 y ss., LTOC); la inobservancia del aval no produce efecto, dado que deviene un acto espontáneo o azaroso.
- Para la aceptación, la ley exige cubrir requisitos de tiempo, lugar y personas determinadas (artículos 91-101, LTOC); en el aval no hay tales prevenciones, por su índole eventual. Como ya lo hemos indicado antes, un firmante del título o un tercero pueden devenir avalistas (artículo 110, LTOC).
- La aceptación es una figura típica de la letra de cambio, puesto que no existe para el pagaré y el cheque (artículos 174 y 196, LTOC); el aval puede conferirse a cualquier documento cambiario (artículo 109, con remisión a los artículos 174 y 196, LTOC).
- El aceptante no tiene regreso cambiario (artículo 101, pfo. 2o. *in fine*, relacionado con los artículos 97, 99 *in fine* y 151, LTOC); el avalista aunque devenga obligado directo, siempre conserva el regreso cambiario (artículo 115, LTOC).

Desde luego, encontramos aspectos que son similares, pues tanto el aval como la aceptación pueden ser parciales (artículos 99, 1a. parte, y 109, LTOC) y pueden generar acción cambiaria directa (artículo 151, LTOC). Además, tanto el aval como la aceptación no admiten la cláusula *sin mi responsabilidad*.

3. El aval y el endoso

Con respecto a esta distinción hemos de señalar que:

- El endoso porta como objetivo fundamental transferir la legitimación del título, es decir, la *idoneidad* para el *ejercicio del derecho literal* que el documento consigna (artículos 5o. *in fine*; 17, párrafo 1o., 1a. parte; 27, 1a. parte; 34, párrafo 1o., 1a. parte, LTOC);⁵⁶ el aval, la garantía (artículo 109, LTOC).

⁵⁶ La legitimación es la posibilidad de que se ejerza el derecho por el tenedor, aun cuando no sea en realidad el titular jurídico del derecho conforme a las normas del derecho

- El endosante —indiscutiblemente— participa en la negociación del documento y en un cierto momento deviene legitimado; el avalista es extraño a dicha transacción —aun cuando puede avalar a un endosante—.
- La ley prevé que el endosante devenga garante cuando endosa en propiedad (artículo 34, parágrafo 1o., 1a. parte, LTOC) mas puede liberarse de dicha responsabilidad (artículo 34, parágrafo 2o., LTOC); mientras que el aval persigue como propósito garantizar el pago del título, el cual una vez otorgado válidamente es irrevocable (artículo 114, LTOC). Por otra parte, el endoso *parcial* es *nulo* (artículo 31, *in fine*, LTOC); lo cual no sucede con el aval, ya que se permite conferirlo por una *parte* del importe del título (artículo 109 en relación con el artículo 112, LTOC).
- Las condiciones impuestas al endoso se tienen por no escritas (artículo 31, LTOC). Tal supuesto no se regula para el aval, el cual sí puede admitirlas.
- El endoso en blanco es válido en el dorso del documento (artículo 32, LTOC). La ley valida el aval con la sola firma en el anverso del título (artículo 111 *in fine*, LTOC).⁵⁷

4. *El aval y la aceptación por intervención*

Tanto el avalista como el aceptante por intervención son personas que si bien no tercián en la creación o negociación de un título, sí se comprometen por un tercero. Por ello es que algunos autores han encontrado cierto parecido entr ambas figuras. En efecto, ambas fungen como garantía; pueden llevarse a cabo por terceros o por otros partícipes en la letra de cambio (excepto el aceptante); a falta de indicación de la persona por quien se otorga, se presume que se efectúa por el aceptante o finalmente por el *girador*,

común; *cf.* Tena, F. de J., *Teoría de los títulos de crédito*, 3a. ed., México, Porrúa, 1956, p. 242.

⁵⁷ A este respecto, vease criterio de la corte arriba citado bajo el título: Endoso. Naturaleza y efectos.

en el caso del aval; y por el *girador* en el caso de la aceptación por intervención. Sin embargo, existen claras diferencias entre ellas:

- La aceptación por intervención significa la falta de verificación de un acto cambiario necesario (la aceptación) por lo que intenta evitar el regreso anticipado (artículos 92 y 105, LTOC). La finalidad del aval es, como ya lo hemos reiterado, garantizar.
- El aceptante por intervención puede aparecer escrito en el documento (artículo 92, LTOC) y en tal caso, no puede rehusarse (artículo 103, LTOC). El aval no precisa indicación previa y si se hiciera no produciría ningún efecto cambiario.
- Sólo un obligado en vía de regreso puede devenir interviniente (artículo 151 *in fine*, en relación con el artículo 103, LTOC). Toda obligación cambiaria, incluso la aceptación, puede ser avalada (artículos 109 y 110, LTOC).
- La intervención necesita avisarse (artículo 107, 1a. parte, LTOC); el aval no.
- La intervención en la aceptación extingue la acción cambiaria (de regreso), por falta de aceptación, contra la persona en cuyo favor se hace y contra los endosantes posteriores y sus avalistas, pero se mantiene contra los anteriores (artículo 105, LTOC). El aval no genera dicho efecto.
- La intervención sólo es procedente después de protestado el título (artículo 102, LTOC); el aval no requiere tal.
- En la intervención, la falta de indicación de la persona por quien se interviene, la ley presume que es por el girador (artículo 104, LTOC); en el aval, primero se supone que es por el aceptante y, en su defecto, por el girador (artículo 113, LTOC).
- El interviniente tiene acción de regreso contra la persona por quien pagó y contra los obligados anteriores a ésta (artículo 136, LTOC); el aval tiene tanto la acción directa

como la de regreso (artículo 115, LTOC). Todo depende de la posición que guarde la persona por quien se pagó.

VIII. ELEMENTOS PERSONALES

Avalista, avalado y beneficiario representan los elementos personales que participan en la institución que examinamos.

1. *El avalista*

En el derecho cambiario no hay una capacidad jurídica *especial*, de ahí que la capacidad del avalista se rige por la doctrina común de la capacidad en derecho civil y mercantil.⁵⁸

Ahora bien, ¿qué personas pueden otorgar esta garantía cambiaria? ¿tendrá que ser un tercero ajeno a la relación cambiaria o podrá intervenir con esa calidad un obligado cambiario?

Algunas legislaciones guardaron silencio y suscitaron controversias; otras indicaron que un tercero, ajeno al nexo cambiario; unas más opinaron que el obligado cambiario, siempre que importara una tercera obligación.

La posición intermedia radica en que cualquier obligado cambiario puede convertirse en avalista, excepto el aceptante y el librador, quienes ya responden hacia todos aquellos respecto de los cuales deben obligarse mediante aval.⁵⁹

El criterio imperante se plasmó en la Ley Uniforme ginebrina (artículo 30, parágrafo 2o.), en la Convención internacional (artículo 46.1), y en nuestro derecho vigente: “Puede prestar el aval quien no ha intervenido en la letra y cualquiera de los signatarios de ella (artículo 110 LTOC)”, compatible con la autonomía de las obligaciones cambiarias y de las diversas posiciones que la misma persona puede ocupar en la vinculación cambiaria.

⁵⁸ Valeri, G., “La capacità cambiaria”, *RDC*, 1937, t. I, p. 269. La Ley Uniforme ginebrina denominó al avalista *donneur d'aval*, o sea, el *dador del aval* que usa Escriche. La Convención Internacional lo llamó garante.

⁵⁹ Esta postura es la que adoptó Vivante, *op. cit.*, nota 46, p. 206.

La doctrina y algunas legislaciones, cuando se refieren al avalista, lo mencionan como el *tercero* (en singular) que se incorpora a la relación cambiaria, empero, nada obsta para que varias personas (pluralidad de avalistas, coavalistas) respalden al deudor cambiario, al igual que colibradores o cogiradores, coendosantes, etcétera.

El avalista, pues, no se involucra en la circulación del título, sino que su injerencia persigue respaldar el crédito cambiario mediante una declaración o firma suplementaria a las que permiten la circulación de la letra.

2. *El avalado*

El avalista deberá señalar la persona por quien presta la garantía (artículo 113, LTOC); si es por el librador o girador permite facilitar la emisión del título; si por el endosante, agiliza su transferencia; por el aceptante deviene muy pertinente, cuando las otras suscripciones no ostentan mucha solvencia.

Corroborar esta opinión una ejecutoria que interpreta claramente la literalidad de la disposición legal:

LETRAS DE CAMBIO. ENDOSO DE. El hecho de intercalarse entre la razón del endoso y la firma de la misma, la expresión “*por aval*”, no quiere decir que dicha *firma* se refiera a éste exclusivamente, ni menos que no pueda tener doble eficacia, máxime si tal firma aparece a la izquierda del endoso, ya que aunque los artículos 29, fracción II, 30 y 111 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, consignan como *requisitos esenciales* tanto para el *endoso* como para el *aval*, en cada uno de ellos, la *firma correspondiente*, no existe inconveniente legal alguno para atribuir la *doble eficacia jurídica* en endosar una letra de cambio y al mismo tiempo de constituirse en avalista para responder del pago de la misma, debiendo en todo caso estarse a lo dispuesto en el artículo 113 de dicha ley, en cuanto a que, *si no se indica la persona por quien se presta el aval, se entiende que se garantizan las obligaciones del aceptante y si no lo hubiere, las del girador* (SJF, 5a. época, t. CXXXIII, p. 2032, A. D. 4204, 30 de marzo de 1955. Énfasis añadido).

Algunos se han cuestionado si se necesita la aceptación del avalado para que resulte eficaz esta garantía. Desde luego que no, porque el avalista se obliga mediante su *declaración unilateral de voluntad*, a pesar de que el avalado lo ignore. El señalamiento del avalado se requiere para determinar la ubicación correspondiente en la cadena de obligados cambiarios, de aquí que la validez del aval no esté sujeta a la autorización del avalado ni tampoco que se le notifique de ello.

3. *El beneficiario*

La garantía del aval es *impersonal*, por lo que su beneficiario deviene indeterminado: cualquier poseedor del documento a su vencimiento o el obligado en regreso que pagare el título. Excepcionalmente puede otorgarse a favor de persona determinada.

IX. NATURALEZA JURÍDICA DEL AVAL

Este es un asunto que ha propiciado importante polémica entre los doctrinarios. En efecto, en Francia, Alemania e Italia —tres países sobresalientes en el pensamiento jurídico europeo— las concepciones doctrinales son encontradas. También sucede que hasta entre los autores de un mismo país campea la divergencia. Por fortuna, la *Ley Uniforme sobre Letra de Cambio* redactada en Ginebra (1930) por sabios juristas, representativos de todos los países allí congregados, colocó los puntos sobre las íes, de modo tal que fue determinante para establecer la certera solución que habría que adoptar, en el *ámbito estricto del derecho cambiario*.

1. *Teoría francesa*

El viejo *Code de Commerce* de 1807 establecía que “el pago de una letra de cambio puede garantizarse, independientemente de la aceptación y del endoso, por un aval” (artículo 141) y declaraba que el avalista devenía “obligado solidariamente y por las mismas

vías que los libradores y endosantes, salvo los convenios diferentes de las partes” (artículo 142, pfo. 2o.).⁶⁰

Con base en dicho texto, un primer criterio doctrinal consideró el aval como *una garantía personal* del pago del título que agregaba un deudor al documento. Se trataba según esto de un *cautionnement* (fianza) prestado por un tercero.⁶¹

Otra opinión, al suscribir la idea de la caución, subrayaba que el principio establecido por el Código de Comercio consistía en que el avalista tiene los mismos derechos y obligaciones que el avalado (es decir, que todos los que puedan obrar contra uno pueden hacerlo contra el otro), excepto la voluntad expresa de las partes para modificar los efectos del aval (p. e., otorgarlo bajo condición, etcétera).⁶²

Desde que Savary determinó que la naturaleza del aval era una *fianza* solidaria y una obligación accesorio, bastantes autores franceses siguieron la pauta trazada, aunque con ciertos matices, pues indicaron que la solidaridad se produce de *pleno derecho*, y eso ya la distingue de la caución (Pardessus), amén de que aquélla no existe únicamente entre el fiador y el deudor garantizado, sino también entre el avalista y todos los demás co-obligados por la letra (Massé, Thaller, Lyon-Caen y Renault).

Años después, el texto del código de comercio francés se modificó al recoger el nuevo derecho cambiario plasmado en el ordenamiento uniforme del convenio ginebrino de 1930. Consecuentemente, los tratadistas franceses posteriores a la reforma del Decreto-ley de 30 de octubre de 1935, concibieron al aval como una *garantía peculiar*, regulada por los principios y las normas de esa nueva visión jurídica.

60 “Le paiement d’une lettre de change, indépendamment de l’acceptation et de l’endossement, peut être garanti par un aval” (artículo 141). “Le donneur d’aval est tenu solidairement et par les mêmes voies que les tireurs et endosseurs, sauf les conventions différentes des parties” (artículo 142, parágrafo 2).

61 Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4a. ed., París, Rousseau, 1910, no. 1417.

62 Lyon-Caen y Renault, *Traité de droit commercial*, 5a. ed., París, LGDJ, t. IV, núm. 50.

2. Teoría alemana

La escuela germánica calificó de *accesoria* la garantía prestada por el avalista con base en la escasa atención que el legislador dedicó al aval (artículos 25-29 de la Ordenanza Cambiaria Germana del Cambio del 26 de noviembre de 1848 —*Wechselordnung*—). La consideró como una *obligación cambiaria*, pero generó divergencias en su apreciación, ya que unos autores atribuyeron al aval carácter *fiduciario* (Grünhut, Friéderich), mientras otros acotaron tal accesoriidad sólo al aspecto *formal*, y consideraron al avalista como deudor principal y solidario (Endeman, Goldschmidt, Cosack y Renaud).⁶³

Fue hasta la Ley del Cambio —*Wechselgesetz*— de 21 de junio de 1933, vigente a partir del 1.º de abril de 1934, cuando la garantía cambiaria —*Wechselbürgschaft*— (el aval) adquiere perfiles típicos, acertados derroteros; ello en virtud de que el legislador alemán incorpora casi literalmente la Ley Uniforme de Ginebra sobre la letra de cambio de 1930.

Con dicha reforma, la doctrina caracteriza el aval como: declaración de garantía que requiere estamparse en el título o en documento anexo; generador de una obligación cambiaria independiente, adicionada a la del deudor principal y solidaria con la de todos los deudores cambiarios; accesoria desde el punto de vista *formal*, propiedad que la distingue de la fianza civil —la cual sí presume una obligación principal materialmente válida—; además, el avalista responde de igual forma que el garantido; y si el garante liquida el adeudo, adquiere los derechos incorporados en el título contra la persona a quien avaló, y contra todos los responsables de las obligaciones que la letra de cambio pudiera producir, sin despojarse de la acción cambiaria de regreso.⁶⁴

⁶³ Véase explicaciones al respecto en Jacobi, E., *Derecho cambiario*, trad. de Wenceslao Roces, Madrid, Logos, 1930, pp. 84 y 85.

⁶⁴ Schwerin, Claudius Frh. von, *Wechsel und Scheckrecht*, 2a. ed., Leipzig, Walter de Gruyter, 1934, parágrafo 25.

3. *Teoría italiana*

El punto de partida de los autores italianos fue el derogado Código de Comercio de 1882, el cual regulaba el aval en forma más generosa y avanzada que su homólogo francés de 1807. Exigía que se asentara sobre el título (artículo 274). Determinó que el garante asumía las obligaciones de la persona avalada, *permaneciendo obligado cambiariamente, inclusive si no fuera válida la obligación del avalado* (artículo 275, parágrafo 1o.). Estableció el principio de *subrogación* del avalista que pagara el título vencido, en los derechos del poseedor contra el garantizado y contra los obligados preexistentes (artículo 276).

Los maestros italianos más sobresalientes controvirtieron el tema honda y profusamente al interpretar dichas disposiciones. Fueron ellos quienes con más fortuna escudriñaron en la naturaleza jurídica del instituto. Su aportación más importante consistió en discernir claramente el *aval* de la *fianza*.

Las opiniones científicas más relevantes se deben a la pluma de Bonelli, Vivante y Navarrini (clásicos del derecho cambiario italiano).

Fue Navarrini quien no sólo planteó el problema atinadamente, sino que aportó la solución justa, de acuerdo a la naturaleza de las instituciones cambiarias como lo es el aval.

La precisión y contundencia del este último jurista nos obliga a reproducir aquí sus palabras:

Entre los negocios que no sólo concretan un fin de *garantía* sino que imprimen vitalidad a una relación de tal naturaleza, el aval ocupa un lugar relevante. Indudablemente, se trata de una relación de garantía y, por tanto, de una obligación lógicamente *accesoria* de la obligación que porta la cambial [letra de cambio]; ciertamente, la obligación del garante presupone la existencia de una cambial, de una cambial válida y perfecta en su completa estructura; tal obligación no es necesaria, ni penetra en dicha estructura, sólo se añade y adhiere simplemente a ella. Sin embargo, decimos, ocupa un lugar especial. Si, fuera de la cambial, el aval es equiparable a la fianza —garantía personal como el aval y de la que, evidentemente, el aval se ha separado históricamente— el concepto de fian-

za, como figura especial de garantía, hállese aquí profundamente transformado. Efectivamente, el avalista asume una obligación cambiaria al estampar su nombre en el título; él promete el pago de la cambial, al igual que lo hace cualquier obligado cambiario (más precisamente, como lo promete el obligado por quien ha otorgado el aval); en otras palabras, el garante asume una obligación *autónoma y abstracta* para el pago del título. Así, pues, mientras en la *fianza* el elemento de la *accesoriedad*, lógicamente dominante en toda relación de garantía, se manifiesta en su más completa eficiencia y se mantiene por la ley firme en todas sus consecuencias lógicas, en cambio, en el caso del aval, respecto a las relaciones entre garante y garantizado, en las que debería dominar también la accesoriedad, dichas relaciones se hallan necesariamente modificadas por el otro imprescindible componente, el de la *autonomía* de la obligación. ¿Cómo opera la modificación? Ciertamente, de manera absoluta y decisiva con respecto a la sustancia de la obligación, ya que no es posible ni concebible cualquiera otra modificación, al tratarse de dos elementos esencialmente contradictorios: la autonomía absorbe y supera a la accesoriedad. La relación de accesoriedad sólo subsiste en las relaciones antedichas —y no puede dejar de sobrevivir, dado el carácter de garantía que implica el aval— en su aspecto *formal*, por fortuna decisiva en materia cambiaria: lo que equivale a afirmar que la obligación del garante no puede funcionar si no existe como *formalmente válida* la obligación cambiaria del avalado en la cual se apoya. Como se advierte, grácil es el hilo que une el aval a la fianza; en efecto, sólo dentro de estos límites y con este propósito puede expresarse que el aval devenga *fianza cambiaria*; el adjetivo tendría también aquí un efecto decisivo sobre el contenido del sustantivo.⁶⁵

La opinión de Navarrini, en fórmula escueta y concisa, consiste, pues, en que el aval origina una relación de *garantía*, difiere notablemente de la fianza, por tratarse de una *garantía cambiaria*, y ello provoca que la obligación del garante devenga sustancialmente *autónoma* y formalmente *accesoria*.⁶⁶

⁶⁵ Navarrini, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, vol. III: *Diritto delle obbligazioni (continua)*, Prima ristampa, Turin, Fratelli Bocca Ed., 1920, pp. 509 y 510. La traducción, los corchetes y cierto énfasis son de nuestra incumbencia.

⁶⁶ Suscriben el pensamiento de Navarrini: Langle y Rubio, E., *Manual de derecho mercantil*

Nos hallamos, pues, frente a una accesoriedad *funcional* cuando se trata de determinar el contenido de la obligación del avalista. La mencionada autonomía —según algunos— no deviene *absoluta*, sino que es acotada por la accesoriedad del aval, que en esta hipótesis requiere sólo una obligación *formalmente* válida. Adviértase cómo coexisten la autonomía y accesoriedad en la naturaleza del aval. Cómo el principio general de autonomía de las obligaciones cambiarias (artículos 11 y 12, LTOC) aplicado al aval está condicionado por la exigencia de la validez formal de la obligación garantizada, que de no existir, el tomador ignorante de la anomalía formal carece de tutela, y autoriza que la inoperancia de aquélla contagie al aval, con el consecuente descargo del avalista de toda responsabilidad cambiaria.⁶⁷

La valiosa aportación de Navarrini fue incorporada al texto de Ginebra de 1930 cuando declara: que “el avalista responderá de igual manera que aquel a quien garantice”; y que “su compromiso será válido aunque la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa, que no sea la de vicio de forma” (artículo 32, parágrafo 1o.).

Influido por estos presupuestos Mossa concibió el aval como *garantía cambiaria literal y expresa*; se refirió también a la “*adhesión formal* del aval a la obligación garantida”, así como de “la viva y operante autonomía de las firmas y de las obligaciones”.⁶⁸

español, Barcelona, 1954, t. II, p. 306; Martorano, *Lineamenti generali dei titoli di credito e titoli cambiari*, Nápoles, 1979, p. 257; Duque, “El aval de la letra de cambio”, *Documentación Jurídica*, t. XIII, enero-junio de 1986, núm. 49 y 50.

⁶⁷ Sánchez-Calero Guilarte, J., *op. cit.*, nota 3, p. 336.

⁶⁸ Mossa, L., *op. cit.*, nota 4, parte II, núms. 479, 485 y 486. En el mismo tenor, Messineo precisó: *a)* Que la obligación del avalista es independiente de la del avalado; *b)* Que aquélla únicamente deviene nula por causas propias (incapacidad, falsedad y análogos); *c)* Que la voluntad del avalista de garantizar la deuda del avalado tiene *causa fiduciaria* cuyas raíces surgen de una relación aparte entre garante y garantido, constitutiva de “la relación subyacente del aval”, ajena a la relación cambiaria; *d)* Que el aval, como obligación autónoma, tiene validez, aunque la obligación del avalado carezca de tal carácter; y *e)* Que, genéricamente el avalista no puede oponer las excepciones personales oponibles al acreedor cambiario por el avalado; Messineo, *op. cit.*, nota 11, t. III, pp. 248 y 249.

4. *El aval es un contrato*

La tradición jurídica francesa siempre relacionó la cambial con el contrato de cambio trayecticio o negocio subyacente, a través de la reglamentación de la *provisión de fondos*; en tal virtud, los tipos contractuales devinieron el entorno adecuado de diversas instituciones cambiarias.⁶⁹

Con base en dicha influencia, Geisenberger atribuye naturaleza contractual al aval. En efecto, dicho autor afirma que a toda oferta corresponde una aceptación, y para explicar cómo se concretan ambas en los actos cambiarios dice que se trata de una oferta irrevocable de pago, vigente desde que se firma el documento o título; estas son sus palabras:

El aval es una oferta irrevocable de pagar la deuda de otro cuya perfección depende solamente de la aceptación que haga el acreedor. Si la oferta de pago es irrevocable desde que está formulada, es decir, desde que la firma está puesta sobre la letra de cambio, la obligación sólo deviene útil o eficaz si el acreedor, es decir, el portador del efecto [título] a su vencimiento, manifiesta por un medio cualquiera que acepta ese ofrecimiento.

[De ahí que] el aval no se distingue de otros contratos. Aquí en consecuencia, hace falta un acreedor; el avalista no suscribe una obligación frente a cualquiera; sólo puede prevalecerse de él el portador legítimo del efecto avalado; podrá resultar de una simple aquiescencia, aun implícita o presumida, pero que deberá necesariamente existir para que exista la convención del aval. La aceptación del acreedor aparecerá suficientemente en la demanda de pago que dirigirá al dador del aval. Si requiere, en efecto, la ejecución de la prestación ofrecida por éste, ello significa que implícita pero necesariamente, acepta esa oferta. La aceptación podrá también resultar por la tenencia, por el portador legítimo, del efecto de comercio avalado, antes de toda solicitud de pago.⁷⁰

⁶⁹ Mossa, L., *op. cit.*, nota 4, parte I, p. 3; Lescot y Roblot, *Les effets de commerce*, Rousseau & Cie., t. I, pp. 61 y 388.

⁷⁰ Geisenberger, B., *L'aval des effets de comerce*, París, Librairie Générale, 1995, pp. 15-18.

Sentimos que este autor confunde el surgimiento de la obligación con la concreción (efectivización) del vínculo.

En otras palabras, organizar todo un sistema en el que la oferta deviene necesariamente irrevocable frente a cualquier portador y suponer que el ejercicio del derecho implica una aceptación es —según Alegría—⁷¹ una forma demasiado complicada de admitir que desde que la llamada *oferta* se externó, surgió una obligación cabal, como lo enseña la doctrina de la voluntad unilateral.

Geisenberger, no satisfecho con la opinión anterior, estima que la convención entre avalista y avalado es un mandato, o bien, una gestión de negocios. La *actio mandati contraria* —la cual fundamentaría el derecho de reembolso del avalista que paga— es su punto de partida para explicar ambas figuras.⁷²

No se puede estar de acuerdo con dicho autor, pues es de explorado derecho que el mandato no necesariamente es representativo y que el mandatario debe cumplir empleando los recursos y conforme a las instrucciones del mandante (artículo 2562, CCDF), quien puede revocar el mandato (artículo 2596, 1a. parte, del CCDF) o realizar por sí lo encomendado al representante. El mandatario, por su parte, puede renunciar (artículo 2595, II; 2596, párrafo último; 2603, CCDF) y negarse a cumplir si carece de provisiones o de instrucciones de su representado.

5. *El aval es una fianza*

Esta opinión tiene su origen en la doctrina francesa de la que existen matices según sea el enfoque que le dan los distintos autores.

Al tomar, por ejemplo, como base el concepto de *accesoriedad* y considerarlo como aspecto característico tanto de la fianza como del aval. En efecto, como lo enseña la doctrina, la accesoriedad del aval radica en su proximidad a una concreta obligación cambiaria.⁷³ De ahí que la ausencia de firma avalada acarrea la inexis-

⁷¹ Alegría, H., *op. cit.*, nota 18, p. 62.

⁷² *Ibidem*, pp. 13 y 14.

⁷³ Vivante, *op. cit.*, nota 46, p. 353, núm. 1; Salandra, V., *Manuale di diritto commerciale*, Milán, Giuffrè, vol. II, núm. 100, 1959.

tencia del aval (artículo 111, LTOC, *contrario sensu*) y el garante está posibilitado para oponer las defensas del avalado (artículo 116, LTOC).

La accesoriedad que se reconoce en el aval es completamente diferente a la que se acredita a la fianza. Efectivamente, en la fianza los altibajos de la obligación afianzada permean por entero en la obligación del fiador. Éste puede oponer todas las defensas inherentes a la obligación principal (artículo 2812, CCF) así como la nulidad, extinción o modificación de la misma (artículos 2797, 2842 y 2844, CCF). Mientras que el nexo cartulario entre aval y obligación avalada se circunscribe a la existencia formal de ésta. Lo cual explica que la modificación, extinción e incidental anulación sustancial no se transmiten al aval (artículo 114, LTOC). Por ello es que la doctrina enseña: el aval no garantiza la obligación avalada, sino el *pago* del título, esto es, el de la deuda instrumentada en el documento mismo.⁷⁴ Desde luego, existen otras distinciones entre aval y fianza de las que ya dimos cuenta —líneas arriba—. ⁷⁵

6. *El aval es una garantía materialmente independiente y formalmente accesorio*

Autores alemanes (Kuntze, Lehman, Cosack...) e italianos (De Semo, Bianchi D'Espinosa, Ferrara Jr.,...) coinciden en afirmar que el aval es un tipo distinto de garantía personal. Sabedores de que la ley requiere que el aval esté referido a una obligación formalmente existente, entienden que eso significa una *accesoriedad formal* que para nada comunica sus efectos a lo material de la obligación que deviene cambiaria y por ende, independiente.⁷⁶

⁷⁴ Bonelli, G., "Sulla natura giuridica dell'avallo e sugli obblighi del posessore per conservare l'azione contro l'avallante", *RDC*, 1911, parte II, p. 118.

⁷⁵ Reiteramos que la Suprema Corte también ha establecido en sus ejecutorias ciertas diferencias entre ambas figuras, *cf.* *Aval* en los títulos de crédito y contratos de *fianza*. *Diferencias*, *SJF*, 7a. época, vols. 199-204, 6a. parte, p. 43. AD 553/84 Alfonso Araujo Alvarado. 16 de agosto de 1985. Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito.

⁷⁶ De Semo, G., *op. cit.*, nota 8, pp. 497 y 498, entre otros.

Frente a dicha argumentación, se ha replicado que el que un acto formal deba ser previo al nacimiento de una relación, no convierte a ésta en *formalmente accesoria* de la anterior, sino sencillamente se subordina a la primera como un presupuesto. Presente el presupuesto formal, la *accesoriedad* se esfuma, ya que un acto no influye sobre el otro en lo futuro ni en lo sustancial. Lo rescatable de esta opinión es la referencia que hace a la *independencia* del aval.

7. *Es una garantía objetiva*

Este pensamiento considera que el aval es una *garantía objetiva* del pago del título, sin vinculación de la obligación con la avalada, excepto en cuanto a la existencia formal de ésta. Se elimina, pues, el carácter subjetivo (esto es, vinculación con una obligación de una determinada persona) del aval para devenir objetiva (es decir, una obligación abstracta conforme a la literalidad de un documento).⁷⁷

8. *Es una garantía cambiaria típica*

Esta teoría subraya la índole cambiaria de la obligación del avalista, desligada de la obligación avalada; obligación del avalista que deviene *abstracta y literal* con derecho *autónomo* para el portador del documento. Amén de que la ligazón formal con el acto avalado se considera como un nexo de posición, sin que se requiera una relación sustancial entre ambas obligaciones cambiarias. En tal virtud, el avalista asume una obligación directa y personal, no la de su avalado, y por tanto, responde por el *pago* del título, no por el *cumplimiento* de éste.⁷⁸

En pocas palabras, este parecer expresa que el aval deviene un acto cambiario, cuya finalidad institucional es la garantía.

⁷⁷ Bonelli, G., *Della cambiale, dell'assegno bancario e del contratto di conto corrente; Dal commentario al codice di commercio*, Milán, Vallardi, 1930, núms. 175, 177, y particularmente el núm. 186.

⁷⁸ Mossa, L., *op. cit.*, nota 4, núms. 479 y 480; concretamente sobre la autonomía el núm. 486.

En fin, podemos señalar que las distintas teorías formuladas sobre la naturaleza jurídica de la institución se pueden resumir en dos: según se acentúe el carácter *autónomo* o *accesorio* de la obligación cambiaria.

En efecto, algunos autores tienden a subrayar el carácter fiador del aval bajo dos enfoques: por una parte, hablan de la *obligación fiadora cambiaria*⁷⁹ o fianza *sui generis*;⁸⁰ y por otro lado, argumentan a favor de una *garantía cambiaria típica*, que a semejanza de la fianza, a la cual se aproxima, se ubica en el género más amplio de la garantía personal prestada por un tercero.⁸¹ Según esta opinión, el avalista no garantiza objetivamente el pago del título cambiario, sino sólo el incumplimiento por parte del avalado; mientras que la obligación solidaria de pago con los demás obligados cambiarios deviene exclusivamente *por reflejo*.⁸²

Por el contrario, otros doctrinarios (con base en la ley, la cual prescribe que el avalista garantiza el *pago* del título), opinan que el aval es una garantía *objetiva* (en contraste con la fianza, garantía *subjetiva*). Nosotros suscribimos este parecer. Efectivamente, el avalista no asegura que el avalado pagará, sino que el título será pagado; no participa de la obligación con (de) otros, sino que la hace propia (*non alienae obligationi accedit sed alienam facit propriam*): mientras la designación de la persona a favor de la cual se presta el aval, tiene sólo la finalidad de hacer asumir al avalista una responsabilidad cambiaria de igual grado que la del avalado.⁸³

⁷⁹ Angeloni, "La natura...", *cit.*, nota 9, núm. 25. Sin embargo, posteriormente el autor declaró expresamente que abandonaba dicha opinión, Angeloni, *La cambiale...*, *cit.*, nota 9, núm. 137.

⁸⁰ Vidari, *op. cit.*, nota 48, núm. 6304.

⁸¹ Valeri, *Diritto cambiario italiano*, Milán, t. II, 1936-1938, núm. 204; Angeloni, *La cambiale...*, *cit.*, nota 9; Navarrini y Provinciali, *Cambiale e assegno bancario*, Roma, 1950, núm. 167; Vivante, *op. cit.*, nota 46, núm. 1221; el cual (al sustentar que deben distinguirse claramente las dos relaciones, avalista-tenedor y avalista-avalado), no acepta la calificación de objetiva que se otorga a la garantía del aval (allí mismo, nota 217).

⁸² Mossa, *Tratato della cambiale*, Padua, 1956, p. 431.

⁸³ Bolaffio, *op. cit.*, nota 8, p. 357; Gualtieri, *Titoli di credito*, Turín, 1953, p. 214; Mes-sineo, *Manuale...*, *cit.*, 8a. ed., Milán, 1954, vol. III, parte prima, pp. 2 y 339. En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema italiana: Casación del 17 de junio de 1951, en *BBTC*, 1950, t. II, p. 318. En España, hay autores que consideran que el hecho de que la ley cambiaria defina al aval como la garantía de pago de una letra (artículo 35) no permite definir al aval como una garantía objetiva de dicho pago —Duque, *op. cit.*, nota 66, p. 14—,

X. COROLARIO

Es indudable que la institución del aval deviene una garantía peculiar del derecho cambiario.

La actual presencia de un derecho uniforme respecto a la figura del aval es indudable; testimonio elocuente de ello es la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales.

La naturaleza jurídica de la institución, luego de sufrir varios vaivenes, adquirió perfil propio con la aportación del distinguido jurisconsulto italiano Navarrini; contribución decisiva y determinante, ya que finiquitó la polémica al respecto.⁸⁴

La Ley Uniforme sobre la Letra de Cambio redactada en Ginebra (1930), al consagrar dicha teoría en su texto, sirvió de modelo para que la mayoría de las legislaciones mercantiles o concretamente cambiarias, pertenecientes al sistema continental europeo, adoptaran dicho pensamiento.

Al respecto, no hay que olvidar que nuestra ley cambiaria fue una de las primeras que incorporó, desde 1932, dicho parecer en su articulado (artículos 109-116, LGTOC).

Por otra parte, hemos de tener presente que, según nuestra legislación, el aval deviene un *acto de comercio*, al igual que otras operaciones que se consignan en los títulosvalor (artículo 1o., LGTOC, relacionado con la fr. XXIV del artículo 75, CCo.).

sino que corresponde con su naturaleza jurídica su configuración como garantía subjetiva, es decir, aquella que persigue asegurar el comportamiento (en este caso el cumplimiento de una obligación cambiaria) de un determinado sujeto. Rojo, "El aval en el derecho cambiario", Menéndez (dir.), *Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, 1986, p. 553.

⁸⁴ El pensamiento de dicho autor es suscrito por la Suprema Corte en: Aval. *La obligación inserta en el título subsiste*. Aun cuando la firma del obligado principal sea falsa o se invalide por tratarse de una persona incapaz (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (SFF, 7a. época, vol. 69, 6a. parte, p. 47. A.D.377/74. Carmen Vargas Viuda de Reyes. 30 de septiembre de 1974. Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Visible también en el Informe de 1974, p. 153, bajo el rubro: Firma en blanco en el reverso de la letra de cambio de su beneficiario. No puede tenerse como de avalista. Criterio que transcribimos líneas arriba).

Finalmente, queremos indicar que por razones de espacio, hemos dejado en el tintero el asunto de los *efectos* que produce el aval. Esperamos que en una oportunidad no muy lejana podamos desarrollar ese tema que nos parece consecuencia natural del estudio de esta figura.