

## El Aval en el Cheque

Marcelo R. BERGIA

### El aval

El comercio en gran medida importa riesgo, el que varía de acuerdo con las características de la actividad. Uno de los factores que más lo incrementan es la existencia en las operaciones mercantiles del crédito.

Desde antiguo la práctica comercial creó documentos destinados a instrumentar y movilizar el crédito, y a la vez se fueron creando medios para aumentar las posibilidades de pago de dichos documentos. Sin lugar a dudas, el título de mayor importancia para la movilización del crédito fue la letra de cambio y la garantía por excelencia el aval.

No es el caso estudiar en esta oportunidad su importancia económica, puesto que por evidente y hartamente conocido por todos, solo implicaría un desperdicio de esfuerzos y de tiempo.

Por ello, solamente veremos -muy sucintamente- sus aspectos jurídicos más importantes, para centrarnos luego en su aplicación en materia de cheques.

El aval es una garantía personal típicamente cambiaria. Como siempre sucede en derecho, los diferentes autores han intentado diversas definiciones, a las que le incorporan sus notas personales<sup>1</sup>. Por ello difícilmente encontremos dos doctrinas que lo definan de igual manera. No obstante ello, coincidentemente se le reconocen sus principales caracteres.

Esta garantía se constituye a través de una declaración unilateral de voluntad no recepticia, o sea que no interviene la voluntad del beneficiario (que en el momento de la constitución puede no estar determinada) ni del avalado (que puede no enterarse nunca del aval) para producir sus efectos jurídicos<sup>2</sup>. El aval puede constituirlo desde que el avalista insertó en el título (o documento separado) la leyenda correspondiente.

Obviamente, quedando constituido en el acto de creación no puede ser retractado con posterioridad.

Surge de lo anteriormente dicho que es formal, pues la ley le impone una determinada forma que es menester respetar. El aval debe ser por escrito, conteniendo las palabras "por aval" u otra expresión equivalente y la firma del

avalista (art. 33 dec. ley 5965/63) y en el caso de utilizarse en cheques otras menciones referentes a este último (art. 52 ley ch.). Si se formaliza fuera del título avalado, deberá contener también el lugar donde ha sido otorgado (art. 33 dec. ley 5965/63).

El aval crea en cabeza del avalista una obligación independiente de las demás contenidas en el mismo título. Tal como lo establece el art. 7 del dec. ley 5965/63 y el art. 10 de la ley de cheques, las obligaciones de todos los suscriptores del documento son independientes unas de otras, de forma tal que si alguna de ellas no es válida no afecta la validez de las restantes<sup>3</sup>.

El derecho del portador contra el avalista es autónomo, o sea que no deriva del derecho del anterior tenedor. Por ello, no puede valerse de las defensas personales que correspondan a los anteriores transmitentes.

Por último, más allá de las características señaladas, que distinguen claramente de la obligación avalada, necesariamente debemos respetar su conexión con ésta.

La ley establece que para que exista aval válido es necesario que se refiera a un título formalmente válido (art. 34 dec. ley 5965/63, art. 53 ley ch.). Algunos autores denominan a esta característica como accesoriedad formal<sup>4</sup>.

### **El aval en el cheque**

El art. 838 del Código de Comercio admitía expresamente el aval del cheque. El decreto ley 4776/63 nada dijo al respecto, lo que motivó dudas sobre su procedencia.

Cierta doctrina y jurisprudencia entendió que tratándose el cheque de un instrumento utilizado para el pago y no para el crédito, no era compatible con su naturaleza el instituto del aval, propiciando la imposibilidad de su utilización en este título<sup>5</sup>. Por el contrario, otra parte de la doctrina y de la jurisprudencia -mayoritaria en este caso- entendían que no estando prohibido por la ley podía ser utilizado en base a la aplicación subsidiaria de las normas que regulan la letra de cambio (art. 55 dec. ley 4776/63)<sup>6</sup>.

Al modificarse el régimen del cheque por la ley 24.452, expresamente se incorporó la posibilidad de utilización del aval (arts. 51, 52 y 53 ley de cheques).

### **La ley 24452 y la circular OPASI II**

La ley 24452 fue reglamentada por el BCRA, mediante las reformas a la circular OPASI II por las comunicaciones A 2329 y A 2334. Luego, al ser modificado el régimen del cheque por la ley 24760, nuevamente se modificó la OPASI II por la comunicación A 2514.

Si bien los principios generales que informan el instituto son los mis-

mos que sucintamente esbozamos, la aplicación al caso del cheque presenta ciertas particularidades y dificultades que nos parece oportuno analizar. Así, veremos algunas cuestiones en especial, proponiendo para cada una de ellas nuestra modesta opinión.

### **Aval del cheque común por parte del banco girado**

El art. 51 de la ley de cheques dispone que el aval puede ser otorgado por *un tercero o cualquier firmante del cheque*. Se plantea así la duda de si el girado puede avalar un cheque librado contra él.-

Los antecedentes de la norma, como el proyecto redactado por distinguidos profesionales y la ley uniforme de Ginebra y gran parte de la legislación extranjera, expresamente prohíben esta posibilidad. No obstante ello, nuestra ley nada ha dicho respecto del cheque común y, por el contrario, lo ha previsto respecto del cheque de pago diferido.-

Más allá del innegable valor que tienen los antecedentes de la ley, la interpretación que hagamos de ella, según entendemos, debe fundarse en su letra y en la realidad económica en la que funciona el título. Y en esta tarea nos encontramos en la situación de tener que disentir con autorizadísimas opiniones.

Se ha rechazado la posibilidad del aval por parte del girado diciendo que permitiéndolo, da lugar a que éste se obligue cambiariamente al pago del cheque. Esto es realmente así. Pero se encuentra esta situación en oposición con el art.24 que prohíbe la aceptación (lo que coloca al aceptante en la situación de obligado cambiario)<sup>7</sup>.

Entendemos que esta posición puede ser rebatida. Pensemos en principio que el cheque común y el cheque de pago diferido participan de la misma naturaleza jurídica; ambos son títulos valores que contienen una orden de pago librada contra un banco; la diferencia, que consiste en la época en que pueden ser pagados por el banco, carece de trascendencia a la hora de estudiar la posibilidad jurídica de su garantización a través del aval (aunque sí tenga importancia desde la perspectiva de su utilidad).

Ninguno de los dos tipos de cheques puede ser aceptado, por lo que no caben dudas que el banco no puede convertirse en obligado cambiario por este medio ; pero ello no autoriza a sostener que no pueda hacerlo constituyéndose en avalista, siendo que la ley expresamente lo prevé respecto del cheque de pago diferido. Resumiendo, debiéramos decir que si el banco puede avalar un cheque de pago diferido, (lo que expresamente reconoce la norma respectiva) también puede avalar un cheque común, pues jurídicamente son un mismo título y la ley no lo prohíbe.

También se sostiene la imposibilidad del aval por el girado con el argumento que el art. 51 permite su otorgamiento por *un tercero o un firmante* del cheque; y el banco no reviste ninguno de estos caracteres (no sería ni tercero ni

firmante)<sup>8</sup>. Tampoco compartimos esta opinión. Creemos que esta posición está en franca oposición con la teoría del carácter dual del cheque, que el mismo autor adopta en varias de sus obras<sup>9</sup>.

Viendo el cheque desde el punto de vista de su doble carácter, podemos apreciar en torno de él un doble juego de relaciones jurídicas. Por una parte la relación entre el librador y el banco, (denominado derecho interno) que es de carácter contractual y se origina en un pacto de cheque vinculado a una cuenta corriente bancaria. Desde esta óptica, el cheque es una orden de pago. Por el otro lado, existe una relación entre el librador y el portador, (llamado derecho externo), que es de carácter cambiario (en la que no participa el banco). En este aspecto, el cheque es un título valor. Esto último es la esencia del cheque, puesto que puede existir cheque aún en caso que la orden de pago no sea jurídicamente válida, bastando sólo su regularidad formal.

Cuando la ley se refiere a las personas que pueden avalar (instituto típicamente cambiario), lo hace respecto de la participación de los diferentes sujetos en la relación jurídico cambiaria. En ella participan todos los firmantes del cheque, que son obligados cambiarios, (art.40) y pueden ser excluidos los que no han firmado, entre ellos el banco, quienes respecto de esa relación de derecho externo *son terceros*. Vale decir entonces, que respecto de la relación jurídico cambiaria que presupone un cheque sólo se pueden adoptar estas dos posiciones: la de firmante y la de tercero. El aval puede ser prestado tanto por unos como por otros. También puede sostenerse contra esta tesis lo anteriormente dicho respecto de la posibilidad del girado de avalar un cheque de pago diferido, en el cual se encuentra en la misma posición que en el cheque común.

Por nuestra parte pensamos que el banco, siendo un tercero respecto del carácter de título valor del cheque y no estándole prohibido por la ley obligarse como avalista, puede avalar un cheque común.

Resta sólo analizar su utilidad en la práctica. Creemos que no es de gran utilidad, puesto que lo más común es la utilización de la certificación, mediante lo cual se establece que existe disponibilidad para pagarlo, que lo mismo queda sustraído a cualquier contingencia que provengan de la persona o solvencia del librador y que no será utilizado para ningún otro fin dentro de determinado tiempo que no sea el pago del cheque (art.48). No obstante ello, creemos que puede haber casos en que sea de utilidad el aval por el girado de un cheque común. Supongamos el siguiente caso: una persona tiene que hacer un importante pago al contado, para lo cual un banco le otorga un préstamo. Para no trasladar gran cantidad de efectivo decide pagar con un cheque común, lo que el acreedor acepta siempre que se le garantice que el cheque será pagado. Ese cheque será utilizado por el acreedor para cancelar otra obligación suya, por lo que circulará, siendo para ello conveniente que la seguridad dada para

su pago tenga el mismo tiempo de validez que el cheque, lo que no se puede lograr con la certificación, que no puede exceder de cinco días (art.49). Por otra parte, el deudor sabe que, debido a que el título circulará, no será presentado de inmediato. Si el cheque se certificara, el banco debería darle el préstamo al librador en forma inmediata (y a partir de ese día cobrarle los intereses correspondientes) y la certificación tendría la validez, como máximo, de cinco días. Si se avalara este cheque resultarían dos ventajas: 1) La garantía que exige el acreedor tendría la misma duración temporal que el título, por lo que lo acompañaría en toda su circulación. 2) La asistencia crediticia que el banco prestará al librador deberá ser otorgada en el momento en que se presente el cheque al cobro, con lo cual éste recién pagará los intereses pertinentes a partir de ese momento. Nos parece que el caso no es meramente académico, siendo además mucho más probable que el del aval de un firmante, con lo que sólo se lograría el cambio de posición en la cadena de responsabilidad o la subsanación de los posibles vicios temporales que hubieran afectado la validez de la firma anteriormente puesta en el documento.

**Conclusión:** el cheque común puede ser avalado por el banco girado.

**Tiempo para el pago del cheque avalado por parte del banco girado avalista, cuando correspondía su rechazo en virtud del pacto del cheque. Instrumento para el ejercicio de la acción de regreso contra el librador avalado.**

Cuando un banco avala un cheque común debe insertar la constancia correspondiente en el mismo título. En cambio cuando avala un cheque de pago diferido debe retener el valor y emitir un certificado nominativo transferible (OPASI II punto 1.3.6.). Durante el desarrollo de este tema obviaremos esta diferencia de posibilidad según se trate de uno u otro tipo de cheque, por lo que cuando hablemos de cheque, valor o título avalados deberá entenderse que nos referimos al cheque común o al certificado nominativo transferible según corresponda.

Si un banco girado ha avalado un cheque y luego le es presentado al cobro, debe pagarlo si en tal caso no existen causales de rechazo. Ello corresponde en virtud del pacto de cheque que vincula al librador con el banco. Queda claro que este pago se ha realizado con prescindencia de la relación cambiaria que ha creado el aval entre el banco y el presentante del valor.

En cambio, cuando el cheque debe ser rechazado por existir causales suficientes para ello, (falta de fondos, cuenta cerrada, orden de no pagar, etc.) surge la responsabilidad del banco como avalista. Esta obligación de pagar el cheque se sustenta en la relación cambiaria que genera el aval y no en la relación contractual entre el banco y el librador.

La acción contra el avalista recién queda expedita una vez que se ha

consignado en el valor la constancia de rechazo bancario (art.38). No obstante ello, el avalista puede pagar el título en cualquier momento y accionar contra el librador y los demás obligados (art. 40). O sea que el rechazo es necesario para accionar judicialmente, pero no lo es para pagar voluntaria y válidamente. Si el banco paga, necesariamente deberá accionar luego contra el librador, y para ello deberá contar con la constancia de rechazo.

Según lo establece la circular OPASI II punto 1.3.7.6 4to. párrafo, el certificado nominativo transferible será abonado a su presentante a su vencimiento por la entidad avalista. Entendemos que la solución es la correcta y que también deben abonarse de la misma manera los cheques comunes avalados por la girada. No obstante ello, es necesario señalar algunas diferencias desde el punto de vista jurídico. Si el cheque está en condiciones de ser pagado, el pago será hecho al *adjectus solutionis causa*, o sea pagando a un tercero una deuda que tiene con el librador. Si el cheque debía ser rechazado, el pago por parte del banco será cancelando una obligación cambiaria que tiene con el tenedor. Asimismo, debe colocar en el título la constancia de rechazo con indicación de su causa y -en caso de corresponder- proceder a realizar las comunicaciones administrativas pertinentes.

Una vez pagado el cheque, el banco debe perseguir el regreso contra el avalado. Se pueden plantear aquí varias alternativas:

1) El cobro extrajudicial a través del pago voluntario del avalado; 2) el cobro extrajudicial a través de la compensación de la suma correspondiente con alguna obligación a cargo del banco; 3) el cobro extrajudicial mediante el débito en descubierto en la cuenta corriente bancaria del librador; 4) el cobro por vía judicial.

En cuanto a la primera y segunda alternativa no existen dificultades. Respecto de la tercera, sólo diremos que siempre que la cuenta esté abierta y admita débitos, pueden realizarse. Estos no están alcanzados por las prohibiciones del art. 793 C.Com. ni del punto 1.1.1.4 de la OPASI II.

Por último, cuando no ha sido posible el cobro extrajudicial, será necesario que el banco accione judicialmente. Para ello debemos definir qué títulos y en qué condiciones será la base de la correspondiente acción ejecutiva.

Cuando se hubiere avalado un cheque común, en el mismo se deberá dejar la constancia de rechazo y con ese título se podrá proceder ejecutivamente.-

Cuando se hubiere avalado un cheque de pago diferido, se deberá dejar constancias de rechazo en el certificado nominativo y éste, conjuntamente con el cheque serán necesarios para proceder ejecutivamente.

Será condición indispensable para el cobro por esta vía la constancia de rechazo, pues sólo a través de ello queda expedita la acción ejecutiva.

En ambos casos, la firma del presentante del cheque o certificado tendrá el valor de recibo del importe del título, por lo que no será procedente la

exigencia por parte del avalista de este documento (art. 43).

**Conclusión:** El cheque presentado al cobro al girado avalista que tuviere motivos para ser rechazado, deberá ser pagado por el banco, no en virtud del pacto del cheque sino como consecuencia de la obligación cambiaria que nace del aval. En este caso deberá dejar constancia en el cheque común o en el certificado nominativo (si se tratare de un cheque de pago diferido) del rechazo que corresponde de acuerdo con el pacto de cheque, con lo que podrá accionar contra el avalado. Para accionar ejecutivamente deberá presentar el cheque común o el cheque de pago diferido con el certificado nominativo transferible; en ambos casos con la constancia de rechazo.

**El aval por parte de un banco no girado de un cheque de pago diferido. Tiempo y procedimiento del pago. Acción contra el avalado si el cheque es rechazado.**

Si un banco no girado avalara un cheque común y un cheque de pago diferido no registrado o registrado a través de otra entidad, no se presentarían problemas. El aval se insertaría en el título mismo y el portador lo presentaría al cobro al girado. En caso de ser rechazado tiene acción contra el librador y el avalista (como así también contra los restantes obligados cambiarios). El título ejecutivo será en este caso el cheque con la constancia de rechazo.

El problema se presenta cuando un banco no girado avala un cheque de pago diferido que es presentado a través suyo para el registro por parte de la entidad girada. Como vimos, en este caso la entidad depositaria avalista deberá retener el cartular y extender un certificado nominativo transferible.

En este caso el certificado deberá ser abonado por el avalista al tenedor (OPASI II punto 1.3.7.6 4to. párrafo). La solución lamentablemente no podría ser otra, dado que el certificado nominativo transferible nunca podría ser presentado por su tenedor al banco girado, ya que éste sólo se ha comprometido a pagar la orden de pago contenida en el cheque, para lo cual debe presentársele el mismo. Este título no está en poder del tenedor del certificado, sino del banco avalista.

Por su parte, el banco avalista será quien presente al girado el cheque de pago diferido para su cobro. Si el mismo fuera rechazado podrá iniciar acción ejecutiva contra el librador presentando el cheque de pago diferido con la constancia de rechazo y el certificado nominativo transferible con la firma de quien lo presentó al cobro.

En la práctica, el aval en estas condiciones funciona como una especie de aceptación mediante la cual al avalista se le puede exigir el pago independientemente del rechazo por parte del girado. Ya hemos criticado las disposiciones que obligan a la emisión de este innecesario certificado. En este caso

como en ningún otro se nota la desnaturalización del instituto del aval. Por otra parte digamos, abundando nuestra crítica al respecto, que la aceptación del cheque está expresamente prohibido por la ley (art. 23).

Sería de suma importancia que se derogaran estas insólitas disposiciones de forma que el aval sea constituido por cualquier persona en el título mismo, permitiendo su ágil funcionamiento en la misma forma que se ha previsto para el caso de las letras de cambio y los pagarés.

**Conclusión:** El aval de un cheque de pago diferido por parte de la entidad no girada, a través de la cual se presentó para el registro, en la práctica funciona como una especie de aceptación.

### **Forma en la que debe constituirse el aval de un cheque**

Según lo indica el art. 52 ley ch. el aval debe constar en el mismo cheque o en un añadido o en un documento por separado.-

Por su parte, el art. 58 establece que las entidades que avalen cheques de pago diferido emitirán certificados nominativos transferibles por endoso, conforme lo reglamenta el BCRA.

La circular OPASI II dispone que para el caso que una entidad girada registre un cheque de pago diferido y otorgue su aval, deberá retener el título y emitir un certificado nominativo transferible (punto 1.3.7.5). Lo mismo dispone para el caso en que el cheque de pago diferido sea presentado para la registración por un banco que no sea el girado y el mismo otorgue su aval (punto 1.3.7.6). La norma lo denomina entidad depositaria. En este caso será ésta quien deba retener el cheque y emitir el certificado.

La circular reglamentaria sólo se refiere a los dos casos mencionados. En efecto, el punto 1.3.6, 2do. párrafo se refiere a la entidad girada y a la depositaria como aquellos casos en que se debe emitir certificado. Por otra parte, el punto 1.3.7.5 al tratar el registro del cheque de pago diferido, dispone que debe ser reintegrado al presentante, salvo que la entidad girada (que en el caso lo registra) otorgue su aval, en cuyo caso deberá emitir el certificado. El punto 1.3.7.6, 2do. párrafo establece que la entidad depositaria (que es como la circular llama al banco que recibe el cheque de pago diferido y lo envía al girado para su registro) podrá emitir estos certificados con su aval<sup>10</sup> respecto de cheques de pago diferido presentados por su intermedio y registrados sin aval por la entidad girada.

Como vemos, se debe afirmar que solamente cuando un banco avala un cheque de pago diferido que el mismo registró o envió al girado para su registro, debe emitir estos certificados.

Creemos que además de complicada, la norma es sencillamente inútil. Por otro lado entendemos que debido a que serán muy pocos los cheques regis-



trados, este sistema caerá rápidamente en desuso. No obstante ello, no podemos dejar de mencionarlo.

En cuanto a los cheques comunes, los cheques de pago diferido no registrados y los ya registrados sin intervención de la avalista, pueden ser avalados por un banco con la sola constancia del aval en su cuerpo.

**Conclusión:** El sistema de emisión de certificados nominativos transferibles con aval de una entidad financiera sólo corresponde en caso que un cheque de pago diferido registrado sea avalado por el banco que lo registra (girado) o por el banco a través del cual se lo envía al registro (depositario). En todos los demás casos, incluso siendo prestado el aval por un banco, deberá constar en el cuerpo del título, en un añadido o en un documento por separado.

**Recomendación final:** Creemos que es necesario que se deroguen y/o modifiquen las normas relativas al aval del cheque, teniendo en cuenta los siguientes puntos:

- **El girado puede avalar cheques comunes y de pago diferido.**
- **El aval debe ser inserto en el mismo título o en documento separado debidamente referenciado.**
- **Sólo puede ejecutarse al avalista cuando el girado ha rechazado el cheque.**
- **En este caso deberá constituir título ejecutivo el cheque con la constancia de rechazo y el aval por separado si así se hubiere formalizado.**

1 Entre las muchas que existen, rescatamos las siguientes: Acto unilateral no recepticio de garantía, otorgado por escrito en el título o fuera de él, en conexión con una obligación cartular formalmente válida, que constituye al otorgante en responsable cambiario del pago. Alegría, Héctor, *El Aval*, ed. Astrea, pág. 12. Una garantía especial limitada o ilimitada del pago de la letra de cambio prestada por escrito. Cámara Héctor, *Letra de cambio y vale o pagaré*, ed. Ediar, pág. 112. Una garantía personal, con carácter formalmente accesorio, establecida sobre el documento para el pago de una letra, a favor de un obligado por medio de la cual el avalista viene a asumir la posición del avalado, vinculándose en forma solidaria con él y con los otros firmantes respecto al portador. Bonfanti, Mario y Garrone, José, *Títulos de crédito*, tomo I ed. Abeledo Perrot, pág. 372. Acto jurídico cambiario unilateral y completo que se comporta como negocio abstracto, siendo para el avalista una obligación objetiva, sustancialmente autónoma e independiente y formalmente accesorio de la obligación avalada, que opera como garantía adicional del pago de la letra de cambio. Gómez Leo, Osvaldo, *Accesoriedad formal del aval*, en L.L. T° 1984-C, pág. 131.

2 Alegría, Héctor, *ob. cit.*, pág. 12/3.

3 Alegría, Héctor, *ob. cit.* pág. 34.

4 Gómez Leo, Osvaldo, *Manual de derecho cambiario*, ed. Depalma, pág. 207.

5 C.N.Com. Sala A, 23/2/73, Giase, Salvador y otra c/ García, Amalia R. y otro, con nota crítica de Oyuela, Francisco A. *Admisibilidad de la cláusula por aval en el cheque*, L.L. T° 152,

- pág. 53. Cámara, Héctor, *ob. cit.*, pág. 111, nota N° 37.
- 6 C.N.Com. Sala D, 24/8/81, López Castro S.A. c/ Granucci, Lydia E. y otros, con nota de Gómez Leo Osvaldo R. *El aval en el cheque y una firma vagante*, en L.L. T° 1982 - B, pág. 291. C.N.Com. Sala A, 22/11/88 Barba, Horacio c/ Dugo, Haydée B. y otro, con nota de Gómez Leo Osvaldo R. *Procedencia y validez del aval en el cheque nominal bajo la ley 23.549*, en L.L. T° 1989 - III, pág. 161. Fontanarrosa, Rodolfo, *Nuevo régimen jurídico del cheque*, ed. Zavalía pág. 164.
- 7 Gómez Leo, Osvaldo, *Cheques. Comentario de las leyes 24.452 y 24.760*, ed. Depalma, pág. 240/241.
- 8 Villegas, Carlos G. *La nueva ley de cheques*. ed. Rubinzal Culzoni, pág. 304.
- 9 Villegas, Carlos G. *ob. cit.*, pág. 11.
- 10 En realidad, debe entenderse que puede avalar, emitiendo al efecto los certificados.