

EL AVAL. GARANTÍA CAMBIARÍA.

Prof: Sr. Gonzalo Eyzaguirre S.

Dada la importancia que reviste el aval como caución personal, se ha creído conveniente precisar el alcance que tiene como garantía cambiaria, para determinar debidamente la índole de las obligaciones que contrae el avalista, lo que naturalmente tiene importancia en el juicio de quiebras por su especial naturaleza.

GENERALIDADES.

1.- Que el aval sea una garantía, queda de manifiesto del mero alcance del artículo 46, inciso 1º de la Ley 18.092, cuando establece que por el aval: "...El girador, un endosante o un tercero garantiza, en todo o en parte, el pago de ella ", refiriéndose a la letra de cambio.

La finalidad institucional que tiene todo aval es de constituir una garantía y por consiguiente, su rol es diferente al carácter que tienen otros actos cambiarios que cumplen funciones diversas en una letra de cambio, como lo son el giro, en la creación del título, el endoso para su circulación y la aceptación, que es la satisfacción de la letra de cambio.

A su vez, cada uno de los actos contenidos en el título cambiario, engendra una obligación propia y como tal, todas estas obligaciones pueden ser cauciones con cualquier tipo de garantías, las que darán sujetas al régimen jurídico que según su naturaleza le corresponda, como lo sería, por ejemplo, una hipoteca, una prenda o una fianza.

Queda en claro, entonces, que no toda caución de una obligación cambiaria es, pues, realmente, una garantía cambiaria.

De otro lado, tanto el giro, el endoso, como la aceptación, constituyen a cada uno de los firmantes en obligados solidarios al pago del documento, como lo establece el artículo 79 de la Ley 18.092, por lo que entre sí son todos garantes al pago y será ésta una garantía cambiaria, pero ninguno de estos actos tiene como finalidad principal esa garantía, aunque ésta sea inherente a su función propia.

2.-Se ha discutido en doctrina, dice con justa razón Pablo Baccaro,

la asimilación que algunos autores hacen del aval y de la fianza, señalando que aquél es una forma especial o sui generis de ésta. (Obra: Títulos de Créditos Letra de Cambio, Pagaré).

De ahí que se haya sostenido que el avalista es un fiador sujeto a reglas más inflexibles que las que rigen a la fianza común, por la naturaleza que tienen las operaciones cambiarias.

La concepción del aval como una fianza ha sido consagrada en diversas legislaciones que precisamente se valen de la fianza para definir el aval, como por lo demás lo señalaban los artículos 680 y 623 de nuestro Código de Comercio.

Sin embargo, debe admitirse que el aval y la fianza son dos cauciones personales distintas y que tienen cada cual una regulación diferente, relacionada con su propia naturaleza

DIFERENCIAS ENTRE EL AVAL Y LA FIANZA.

1.- El aval sólo puede garantizar obligaciones cambiarias, cual es el fin propio de esta caución como un acto jurídico y así fluye del artículo 46, cuando al final del inciso primero resalta este carácter, al decir: "Por el cual el girador, un endosante o un tercero garantiza, en todo o en parte, el pago de ella, esto es, de la letra de cambio".

La fianza puede caucionar cualquier clase de obligaciones, sea de dar, hacer o no hacer, aunque la que contrae el fiador debe ser de dar una cantidad de dinero (artículo 2343, Código Civil).

2.-El aval es un acto formal, porque el artículo 46 lo define como: "Un acto escrito y firmado en la letra de cambio, en una hoja de prolongación adherida a ésta, o en un documento separado" y más adelante añade que: "La sola firma constituye aval". El artículo 46 declara al final que: "El acto que no reúna los requisitos señalados en este artículo, no constituye aval".

La fianza es un contrato consensual por regla general, porque el artículo 2.225 del Código Civil no previene para su perfeccionamiento la observancia de ninguna formalidad especial, salvo la fianza mercantil que según el artículo 820 del Código de Comercio: "Deberá otorgarse por escrito y sin esta circunstancia será de ningún valor y efecto".

3.- El aval es siempre comercial, porque el artículo 3, N° 10 del Código de Comercio, le da este carácter a las operaciones que versen sobre letras de cambio y pagarés: "Cualesquiera que sean su causa u objeto y las personas que en ellas intervengan...", "entre las cuales se encuentran, naturalmente, el aval.

La fianza como contrato accesorio, sigue en cambio la suerte del carácter civil o comercial que tenga la obligación principal que garantiza (artículos 2.335 y 1.442 del Código Civil).

4.- El avalista se constituye en responsable del todo o parte del pago de la letra de cambio y el portador legítimo podrá exigirle su cobro total o parcialmente en forma directa. Concebido el aval sin limitaciones, señala el artículo 47, la responsabilidad del avalista se mide en función de la que tiene el aceptante de una letra de cambio, que es el principal obligado.

La fianza le otorga al fiador el beneficio de excusión, según lo establecido en el artículo 2.357 del Código Civil, y el beneficio de división, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2.367 del Código Civil, a menos que, el fiador no goce de estos derechos o se haya obligado solidariamente (Artículos 2.358 y 1.514, ambos del Código Civil).

5.- La nulidad de la obligación avalada, no afecta al aval, principio que se desprende del artículo 7º en relación con el artículo 46 de la Ley, que establece: "La incapacidad de alguno de los signatarios de una letra de cambio, el hecho de que en ésta aparezcan firmas falsas o de personas imaginarias, o la circunstancia de que, por cualquier motivo, el título no obligue a alguno de los signatarios o a las personas que aparezcan como tales, no invalidan las obligaciones que derivan del título para las demás personas que lo suscriben".

Cualquiera de estos vicios que afecten a la obligación afianzada alcanzan a la fianza, porque extinguida la obligación principal, se extingue igualmente la fianza (artículo 2.381 del Código Civil). (*)

(*) Baudry-Lacantinerie decía que: "La nulidad de la obligación principal acarrea la nulidad de la fianza; si la obligación principal sucumbe por una acción de nulidad, la fianza se desplomará con ella "Como la yedra con el muro que la sostiene". Hay una excepción en el artículo 2.354 del Código Civil cuando la nulidad provenga de la incapacidad relativa del deudor principal, porque si se declarase la nulidad en este caso, la obligación subsistirá como natural, según el artículo 1.470 y de acuerdo al artículo 2.338, ambos del Código Civil, la fianza puede acceder a una obligación principal, aunque sea

natural

6.- El avalista no puede oponer al portador legítimo excepciones personales del avalado, porque su obligación es independiente y el derecho del beneficiario es autónomo.

Por el principio de la autonomía del derecho cambiario, dice Ismael Bruno, quien posee el título como portador legítimo adquiere el derecho de que da cuenta el documento en forma originaria, sin que las relaciones de los portadores anteriores puedan deformarlo o desvanecerlo. Este derecho cambiario, que surge originariamente con el titular, está delimitado por su tenor literal; es decir, nada puede invocarse, ya sea por parte del deudor o del acreedor, que no se encuentre regulado en la obligación que consta del documento; a esto es a lo que se le llama el principio de la literalidad y que viene a ser la medida formal de la autonomía del derecho cambiario. (Ismael Bruno, Obra: El Endoso).

El principio cambiario que se le reconoce a su titular un derecho autónomo y que está regulado por su expresión literal, ha llevado a Vivante a definir el título de crédito como el documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo expresado en el mismo. (Cesare Vivante: Tratado de Derecho Mercantil).

El fiador, en tanto puede oponerle al acreedor la excepción del dolo, violencia o cosa juzgada que incida en la obligación afianzada pero no las personales del deudor, como su incapacidad de obligarse, cesión de bienes, o el derecho que tenga de no ser privado de lo necesario para subsistir.

Con todo, el fiador puede oponer las excepciones que no sean inherentes al deudor y que emanen de la naturaleza de la obligación principal. (Artículo 2.354 del Código Civil).

7.- La obligación del avalista es una obligación directa e independiente.

La del fiador es una obligación accesoria (artículos 2.335, 2.338, 2.339, 2.381, todos del Código Civil).

8.- El avalista que paga tiene acción cambiaria de reembolso en contra de la persona a quien él ha garantizado y de las demás personas

respecto de las cuales tuviere acción cambiaría de reembolso la persona avalada (artículo 827, Ley 18.092).

El fiador tiene acción subrogatoria para repetir contra el deudor y tendrá derecho para que se le exima de la fianza o se le rebaje el monto de la deuda, si por hecho o culpa del acreedor el fiador se ha puesto en el caso de no poder subrogarse total o parcialmente en sus derechos en contra del deudor principal (artículo 2.335 del Código Civil).

El fiador tiene por derecho propio además la acción personal o de reembolso, emanada del contrato de fianza, según el artículo 2.370, salvo las excepciones de los artículos 2.375 y 2.377, todos del Código Civil.

9.- El aval no puede estar sujeto a codicien, por que las obligaciones cambiarias son incondicionales (artículos 1º, 10, 19, 42, Ley 18.092), pero puede limitarse a tiempo, caso, cantidad o persona; y en este evento, sólo producirá la responsabilidad que el avalista se hubiere impuesto. (*)

La fianza puede ser condicional; la Ley no lo prohíbe y el artículo 2.340 del Código Civil, por lo demás lo admite expresamente cuando dice: "La fianza puede otorgarse hasta o desde cierto día, o bajo condición suspensiva o resolutoria.

10.-El avalista no puede retractarse, porque en último término responderá igual que el aceptante (artículo 47, en relación con el artículo 44).

El fiador puede hacerlo, cuando no se acepte su oferta de contrato o cuando se trate de obligaciones futuras, sin perjuicio de los efectos de la fianza aparente, según lo establecido en los artículos 2.335 y 2.339 del Código Civil.

11.- El aval debe referirse a una obligación cambiaría y estas obligaciones son determinadas o indeterminables.

El fiador puede garantizar obligaciones indeterminadas, pero en estos casos no se extiende a más que lo que corresponda a la obligación principal (artículo 2.343, 2.344, inciso 3º y 2.347, todos del Código Civil).

12.- La sola forma en el anverso o de su hoja de prolongación importa aval, a menos que esa firma sea del girador o librado (artí-

culo 46).

De acuerdo al artículo 2.347 del Código Civil, la fianza no se presume.

El fiador tiene derecho a ser relevado de su obligación, de acuerdo al

(*) Véase Alvaro Puelma A., Letra de Cambio y Pagaré, Ley 18.092, Exposición, Texto, Fuentes y Concordancias, Pág. 41.

artículo 2.369 del Código Civil y de exonerarse, incluso, de su responsabilidad, según lo establecido en el artículo 2.335 del propio Código Civil.

13.- El aval es un acto unilateral y se perfecciona por la sola voluntad del aval (artículo 46).

La obligación del fiador emana de un contrato accesorio que celebra con el acreedor, aunque la obligación del deudor de rendir fianza pueda tener un origen convencional, legal o judicial, artículos 2.335, 2.336, y 1.442, del Código Civil.

EN SUMA: Puede de esto inferirse, que el aval constituye una garantía cambiaria, lo que significa establecer, que el avalista contrae una obligación unilateral, comercial, propia, independiente, abstracta y literal, como lo son todas las obligaciones cambiarias, que le otorga al portador legítimo del título el derecho para perseguir su responsabilidad como si gozara de un derecho autónomo.

El avalista queda personal y directamente obligado frente al portador al pago de la letra de cambio.

El principio tiene tal extensión, que hasta la misma ley admite que pueda subsistir válidamente el aval sin que exista o subsista la obligación cambiaria del avalado (46, inciso 1º, en relación con el artículo 7). (*)

El aval no admite cláusulas que lo desnaturalicen, como sería la de someterlo a condiciones propias de las que condicen con la figura una fianza, tal como el beneficio de excusión, porque ello significará desvirtuar su carácter cambiario, cuyo es su principal elemento distintivo, como se desprende del inciso F, del artículo 46.

Pero eso no significa que si el acto fuera condicional, pueda subsistir

con el carácter de una fianza, que es una garantía que admite esas variables, con lo que podría tener lugar la conversión que sería la única manera de rescatar la existencia de la obligación, porque si una persona ha querido obligarse bajo condición, no podríamos pensar que no ha querido obligarse, porque ellos importaría desconocer la propia fuerza de su voluntad.

(*) El artículo 32, inciso 2º, de la ley uniforme de Ginebra, establece que la obligación del avalista: "... Es válida, aún cuando la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma". Esto es lógico porque si el vicio deja sin efecto la existencia de la letra, no tendría vigor el aval.

La obligación del avalista es también abstracta, toda vez que no está sujeta a la relación causal por la cual se prestó el aval y por la autonomía queda inmune a las excepciones personales que provengan de las relaciones que pudieren derivar de anteriores portadores del título.

LA ACCIÓN CAUSAL Y EL AVAL:

1.- El artículo 12 de la Ley 18.092, consagra el principio cambiando con arreglo al cual la letra de cambio es independiente de la relación jurídica que la originó, estableciendo que: "El giro, aceptación o transferencia de una letra no extinguen, salvo pacto expreso, las relaciones jurídicas que les dieron origen, ni producen novación.

"El pago de una letra emitida, aceptada o endosada para facilitar el cobro de una obligación o para garantizarla, la extingue hasta concurrencia de lo pagado".

El acto del giro, de la aceptación o del endoso de una letra de cambio, deben su origen a un motivo jurídico que es lo que induce a su otorgamiento. El girador libra la letra contra el librado que es un deudor y a la orden del tomador o beneficiario que es su acreedor, del cual lo será el nuevo portador y así, sucesivamente.

2.- Pero, una vez que surge cada acto cambiario a la vida del derecho, se transforma en un negocio jurídico abstracto, desvinculándose en absoluto de toda relación causal de la cual ha podido desprenderse.

El artículo 1.467 del Código Civil dice que: "No puede hacer una obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla..."

En la obligación cambiaria no se expresa del negocio causal, no porque no sea necesario expresarlo, sino porque simplemente no puede, ni debe expresarse la causa, porque la validez de la obligación se independiza de tal forma que ya no depende de las relaciones anteriores que puedan haber tenido las personas que en ella intervienen. (Ripert, Obra citada).

3.- El artículo 12 de la Ley 18.092 se refiere al giro, aceptación o endoso de una letra de cambio, pero no incluye aval, por lo que cabe plantearse si el otorgamiento de un aval causa el mismo efecto de no extinguir la relación jurídica que le dio origen.

Sobre este respecto debe admitirse el mismo principio, por cuanto el otorgamiento del aval, que es un acto cambiario, no importa extinguir la relación causal que le precedió.

De no concebir así el principio de la independencia y la consecuente abstracción del aval, que tiene una función típica cambiaria y no causal, significaría que al otorgarse el aval se estaría extinguiendo el derecho emanado de la relación jurídica anterior, lo que no cabe presumir y aún más, daría lugar a consagrar un trato distinto para el aval, que refuerza las obligaciones de los actos avalados y para las cuales ha dispuesto la ley el principio, lo que sería contrario al sentido del propio artículo 12.

En otros términos, como admite Berto Bracco (Obra: La Legge uniforme sulla cambiale): "La obligación cambiaria cubre y no destruye la relación subyacente", por lo que el aval, naturalmente, no podría quedar fuera de esta regla.

4.- Con lo ya estudiado, queda evidentemente establecido que el aval es una garantía cambiaria, fundamentalmente diferente de la fianza, por cuya virtud el avalista contrae una obligación unilateral, independiente, abstracta y literal, como todas las obligaciones cambiarias, y que le otorga al portador legítimo del título un derecho para perseguir su responsabilidad en forma autónoma.

El aval tampoco extingue, salvo pacto expreso, las relaciones jurídicas que le han dado origen, ni produce novación, porque tampoco causa ese efecto el giro, aceptación o endoso de una letra de cambio y cuyo cumplimiento el aval, como garantía cambiaria, asegura el portador.

La norma del artículo 12 de la Ley 18.092, si bien aplica el mismo principio del artículo 1.634 del Código Civil, con arreglo al cual para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezcan indudablemente que su intención ha sido novar, lo limita, empero, a la estipulación de un pacto expreso, por lo que no es suficiente la mera intención de novar, lo que deberá constar en el negocio extracambiarario porque un pacto en tal sentido no puede incorporarse en un título de crédito.