

***El Dr. Alfredo Morles Hernández y su visión sobre:
“Las garantías personales típicas de las obligaciones mercantiles”
Glosas al enfoque del doctor Morles sobre ese tema***

*Homenaje a la obra del Dr. Alfredo Morles Hernández: “Garantías Mercantiles”,
segunda edición. UCAB. 2010*

José Getulio Salaverria Lander*
Salvador R. Yannuzzi Rodríguez**

RVDM, E.1, 2021, pp. 137-173

Resumen: Para garantizar al acreedor el cobro de su crédito, en materia mercantil, la ley establece la posibilidad de que un tercero pueda responder por el deudor que no cumpla de manera oportuna y adecuada con los compromisos asumidos. En la obra que se estudia de la autoría del Dr. Alfredo Morles Hernández, se analizan las garantías personales típicas establecidas en la legislación venezolana, y el alcance de los compromisos asumidos por el tercero que la presta. La intención de este trabajo es evaluar lo expresado por dicho prestigioso doctrinario, y efectuar algunos comentarios sobre el tratamiento de las garantías personales típicas en materia mercantil.

Palabras claves: Garantía, Acreedor, Fianza, Fiador, Aval, Avalista, Obligación.

***Dr. Alfredo Morles Hernández and his vision on:
“The typical personal guarantees of commercial obligations”
Glosses on Dr. Morles’ approach to this topic***

*Tribute to the work of Dr. Alfredo Morles Hernández: “Mercantile Guarantees”,
second edition. UCAB. 2010*

Abstract: In order to guarantee the creditor, the collection of his credit, in commercial matters, the law establishes the possibility that a third party can answer for the debtor who does not comply in a timely and adequate manner with the assumed commitments. In the work under study by the authorship of Dr. Alfredo Morles Hernández, the typical personal guarantees established in Venezuelan legislation are analyzed, and the scope of the commitments assumed by the third party that lends it. The intention of this work is to evaluate what is expressed by said prestigious doctrinaire and make some comments on the treatment of typical personal guarantees in commercial matters.

Keywords: Guarantee, Creditor, Surety, Guarantor, Endorsement, Obligation.

Autores invitados

Recibido: 07/09/2021

Aprobado: 20/09/2021

* Abogado. Presidente de la Asociación Civil Juan Manuel Cajigal. Miembro correspondiente por el Estado Anzoátegui de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

** Abogado. Profesor emérito de la UCAB – UCV. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

***El Dr. Alfredo Morles Hernández y su visión sobre:
“Las garantías personales típicas de las obligaciones mercantiles”
Glosas al enfoque del doctor Morles sobre ese tema***

*Homenaje a la obra del Dr. Alfredo Morles Hernández: “Garantías Mercantiles”,
segunda edición. UCAB. 2010*

José Getulio Salaverria Lander*
Salvador R. Yannuzzi Rodríguez**

RVDM, E.1, 2021, pp. 137-173

SUMARIO:

LA OBRA QUE SE ANALIZA. INTRODUCCIÓN. 1. *La Fianza Mercantil. I La fianza y otras figuras análogas. II La reforma civil, en Francia, de 1985. III Los formalismos para otorgar fianzas. IV La mercantilidad de la fianza. V Algunos aspectos atinentes a la naturaleza de la fianza. VI Aspectos discutidos sobre la fianza.* 2. *El aval. I Naturaleza jurídica del aval. II Diferencia entre aval y fianza. III Formas del aval. IV ¿Por cuenta de quien se avala? V ¿Quién puede avalar? VI Oportunidad para prestar el aval. VII Aval posterior al vencimiento. VIII Aval condicionado. IX Efectos del aval.* BIBLIOGRAFÍA.

LA OBRA QUE SE ANALIZA

En el pasado siglo, en Venezuela, se destacaron importantes doctrinarios en el Derecho Mercantil, entre los que podemos recordar a los doctores Carlos Morales, José Loreto Arismendi (padre e hijo), René De Sola, Manuel Acedo Mendoza, Roberto Goldschmidt, José Muci-Abraham, Leopoldo Borjas, María Auxiliadora Pisani Ricci, José R. Burgos Villasmil, Luis Corsi, Francisco Hung y, obviamente, Alfredo Morles Hernández, quien nos legó una extensa obra referente a diversos aspectos de la materia mercantil, que ha servido de referencia no solo para el estudio, sino para el enfoque jurisprudencial, ante las lagunas legislativas en diversas áreas.

* Abogado. Presidente de la Asociación Civil Juan Manuel Cajigal. Miembro correspondiente por el Estado Anzoátegui de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

** Abogado. Profesor emérito de la UCAB – UCV. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Uno de los tópicos que el eminente autor trata en una de sus obras, como lo es "Garantías Mercantiles", específicamente en el Capítulo IV, es el relativo a las garantías personales típicas de las obligaciones mercantiles, que es el tema que hemos seleccionado con la intención de glosarlo en los aspectos que consideramos más relevantes de dicho texto, agregando nuestras apreciaciones personales, que en algunos casos coinciden con lo expresado por el egregio profesor; en otros, casos, con el mayor respeto, nos apartamos de su enfoque y expresamos el nuestro, con la finalidad de que el amable lector de este artículo pueda sacar sus propias conclusiones.

Para los suscritos, ha sido un deleite realizar este estudio y tratar de penetrar en la prodigiosa mente del profesor Morles, con la intención de interpretar correctamente la orientación de su tesis sobre el tema en comento.

INTRODUCCIÓN

La iniciativa de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM) de rendir un justo, merecido, pero inusual homenaje al doctor Alfredo Morles Hernández, al comentar un tema o una obra de su autoría, lo consideramos de gran valor, ya que incentiva el estudio crítico del legado que nos ha dejado el profesor Morles y, además, en algunos casos puede contribuir a actualizar la obra debido a los cambios legislativos que han ocurrido.

Los que suscribimos este trabajo, sentimos un profundo afecto por la persona del doctor Morles, lo que se lo hicimos saber en el homenaje que se le rindió en el marco de las Jornadas Aníbal Dominici, por iniciativa y preparación de la Asociación Civil Juan Manuel Cajigal, presidida por José Getulio Salaverria; y al habersele otorgado el doctorado honoris causa en Derecho, por la Universidad Católica Andrés Bello, durante la gestión de Salvador Yannuzzi como Decano de la Facultad de Derecho de esa Universidad.

Nuestra amistad con el profesor Morles se remonta a muchos años, porque en el caso de Salvador Yannuzzi, este tuvo la fortuna de haber sido su discípulo en la UCAB, en la asignatura Derecho Mercantil, hace más de nueve lustros, afecto que se prolongó y acrecentó en el tiempo, fundamentalmente por las actividades académicas de ambos, lo que permitió incrementar la relación personal; mientras, que José Getulio Salaverría comenzó contacto con él por razones profesionales, lo que mutó en una sólida y férrea amistad que se consolidó con los años.

No obstante la relevancia profesional y académica del doctor Morles, nunca dejó de ser el hombre sencillo, amable, educado y familiar, porque siempre mantuvo en su mente y corazón el afecto y maneras que le fueron inculcados por sus mayores

en su Trujillo natal, y ello lo reflejó en su discurso de incorporación como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en el que expresó: "Entre las imágenes gratas de mi infancia, en el pueblo andino donde está mi casa de ladrillo y teja, con grandes patios empedrados, destaca la de un grupo familiar que gira alrededor de la abuela. De ese grupo familiar recibí profundo afecto que compensó la temprana partida de mi padre. Espero haber dado a mi familia parte de ese afecto aprendido, en respuesta al que siempre he recibido con generosidad".¹ Ese afecto no solo se lo retribuyó a sus familiares, sino que lo hizo extensivo a sus discípulos, maestros, compañeros y amigos, con cordialidad, respeto y señorío.

Por ello, para nosotros es grato, a su vez, retribuir el afecto y cortesía que recibimos del doctor Morles, con este modesto trabajo, en el que procederemos a analizar la fianza mercantil y el aval cambiario en sentido amplio, de acuerdo con el enfoque efectuado por el profesor Morles y a asumir el reto de ofrecer nuestros comentarios.

1. La Fianza Mercantil

Podemos definir a la fianza como el contrato mediante el cual un tercero garantiza el cumplimiento de obligaciones con contenido económico, contraídas por una persona física o jurídica ante otra persona física o moral privada o pública, en caso de que el deudor no cumpliera con los compromisos asumidos.

Es un contrato accesorio en el que intervienen mediante una relación contractual un acreedor, un deudor principal y un fiador, que en materia mercantil es solidario. Por no tener que cumplir con su otorgamiento con muchas formalidades, es un instrumento que da mucha flexibilidad para garantizar el cumplimiento de transacciones comerciales, que es lo que examina el profesor Morles en la obra que de seguidas vamos a explorar.

Para facilitar la comprensión de lo expresado por el profesor Morles en la obra a la que se hace referencia, dividiremos en subtítulos lo que el autor de referencia afirma.

¹ MORLES HERNANDEZ, A. Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Tomado de la página web https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/BolACPS_1991_67_123_247-270.pdf. Consulta efectuada el 24 de julio de 2021.

I

La fianza y otras figuras análogas

En la obra que se analiza, el eximio autor, al hacer referencia a la fianza, se remonta al derecho romano y expresa que además del contrato de fianza, estaban regulados el mandato de crédito y la promesa de pagar una deuda o la asunción de deuda, y agrega que en la legislación alemana, específicamente en el Código Civil, se reglamentan las tres figuras, al disponer dicho cuerpo legal que “la promesa de pagar una deuda ajena se ha de interpretar, según la intención de las partes, o como fianza sin beneficio de excusión o como asunción de deuda”, y afirma, a nuestro entender correctamente, que en el ordenamiento jurídico patrio no están regulados ni el mandato de crédito ni la asunción de deuda, y agrega que para esta última podría invocarse la aplicación del artículo 1221 del Código Civil sobre obligaciones solidarias.²

Con relación a la postrimera afirmación, en el sentido que, para la asunción de deuda, podría invocarse la aplicación del artículo 1221 del Código Civil sobre obligaciones solidarias, manifestamos nuestra discrepancia con ella, por lo siguiente:

a) El citado artículo 1221 se refiere, de manera general, a las obligaciones solidarias, y contempla dos supuestos, a saber:

a.1) La obligación es solidaria cuando varios deudores están obligados a una misma cosa, de modo que cada uno pueda ser constreñido, individualmente, al pago por la totalidad, y que el pago hecho por uno solo de ellos liberte a los otros.

Este primer supuesto se refiere al compromiso asumido conjuntamente por varias personas, para realizar una prestación pecuniaria determinada, y el acreedor, a su arbitrio, puede exigirle a cualquiera de ellos, el cumplimiento de la totalidad de la obligación; pero, no ha habido asunción de la deuda por un tercero, ni el deudor la asumió por los demás co-deudores, porque no es el supuesto establecido en la norma, sino que a uno de ellos (a uno de los deudores) el acreedor se la exigió, por lo que tenía una obligación que cumplir, y no es un tercero.

Debe tenerse en cuenta que “la asunción de deuda es un contrato en cuya virtud un tercero (llamado asumente) se obliga a cumplir una deuda ajena, provocando con ello la liberación del deudor anterior (asunción liberatoria) o una acumulación con él (asunción cumulativa)”.³ La terminología procede del Código Civil alemán,

² MORLES HERNANDEZ, A. Garantías Mercantiles, segunda edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2010. Pág. 211. Obra analizada.

³ Tomado de la página web <https://editorial.tirant.com/es/libro/la-asuncion-de-deuda-en-el-derecho-civil-antonio-galvez-criado-9788484567141>. Consulta efectuada el 21 de julio de 2021.

como lo ha afirmado el doctor Morles Hernández, y en los Códigos que han asumido dicha figura, se ha regulado el cambio de deudor como una de las posibles manifestaciones de la novación, como es el caso venezolano.⁴ Por tanto, el régimen de las relaciones jurídicas que pueden establecerse entre los sujetos intervenientes en este contrato, o afectados por él, deberá hallarse reflejada en los acuerdos de los contratantes en virtud de la autonomía de la voluntad, pero en Venezuela no existe regulación positiva en cuanto a dicha figura.⁵

Puede ocurrir una novación, prevista en el artículo 1316 del Código Civil, mediante la cual se sustituye un nuevo deudor en lugar del primitivo, si bien no se requiere el consentimiento de este, es necesaria la aquiescencia del acreedor, por lo que es un contrato bilateral, lo que podría asimilarse, forzadamente, a la asunción de deuda.

Possiblemente, lo que mas puede asemejarse, en Venezuela, con la asunción de deuda, es la delegación de pago, regulada en el artículo 1317 del Código Civil, mediante la cual un deudor designa al acreedor otro deudor, quien debe obligarse hacia al acreedor. Sin embargo, la norma citada dispone que ello no produce novación si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de libertar al deudor que ha hecho la delegación. En consecuencia, podría haber un nuevo deudor, pero el obligado primigenio no queda liberado, por lo que, también el acreedor, puede exigirle –al deudor original- el cumplimiento de la obligación, salvo que expresamente lo haya liberado. Por ello, coincidimos con la opinión de Aníbal Dominici, quien al comentar el artículo 1238 del Código Civil de 1896, correspondiente al citado artículo 1317, expresa lo siguiente: "Necítase ahora el concurso de tres voluntades: la del deudor que propone, la del acreedor que acepta, y la de la persona que se obliga por el deudor. La novación verificada por este cambio se llama en derecho delegación, según indicamos en el artículo 1234 (actual artículo 1314), el deudor se denomina delegante, el acreedor delegatario, el que remplaza al deudor es el delegado. En la expromisión bastan dos consentimientos: el del que se propone como deudor y el del acreedor que lo admite".⁶ Por ello, pensamos que esta es la figura que mas se acerca a la denominada "asunción de deuda", aunque no puede calificarse como tal.

En consecuencia, concluimos que no es una asunción de deuda el primer supuesto contemplado en el aludido artículo 1221.

⁴ Ver artículos 1314, ordinal segundo y 1316 del Código Civil.

⁵ Tomado de la página web <https://editorial.tirant.com/es/libro/la-asuncion-de-deuda-en-el-derecho-civil-antonio-galvez-criado-9788484567141>. Consulta efectuada el 21 de julio de 2021.

⁶ DOMINICI, A. Comentarios al Código Civil venezolano (Reformado en 1896). Tomo Tercero. Tipografía Universal. Caracas. 1904. Pág. 51 – 52.

a.2) El segundo supuesto previsto en el ya referido artículo 1221, plantea la conjectura relativa a la existencia de varios acreedores, quienes tienen el derecho de exigir, cada uno de ellos, el pago total de la acreencia y que el pago hecho a uno solo de ellos liberte al deudor para con todos.

Esta hipótesis que plantea la citada disposición no tiene nada que ver con la asunción de una deuda por otro deudor, si no que consagra el derecho que incumbe a los acreedores de poder exigir, individualmente, el pago al deudor, y este al efectuarlo -a ese acreedor-, queda liberado para con todos los demás acreedores.

b) Por otra parte, es de advertir que, en materia de obligaciones mercantiles, el Código de Comercio dispone, en el artículo 107, la presunción de que los codeudores se obligan de manera solidaria, salvo que exista convención en contrario, extendiendo dicha presunción a la fianza constituida en garantía de una obligación mercantil, aunque el fiador no sea comerciante, lo que debe concatenarse con lo establecido en el artículo 544 eiusdem, que reitera lo prevenido en el mencionado artículo 107, como se indicará infra. Por tanto, cuando se exige a cualquiera de ellos el cumplimiento de la obligación, no se trata de una asunción de deuda, sino de la elegibilidad que la ley otorga al acreedor, en virtud de la solidaridad.

Como corolario, en nuestra opinión, en Venezuela no está prevista la asunción de deuda, por ello, no es posible incluir en la normativa citada, la señalada figura de la asunción de deuda, porque se refiere a la presunción de solidaridad de los codeudores, como se ha apuntado.

II

La reforma civil, en Francia, de 1985

Mas adelante el eminent autor, se refiere a la reforma civil, en Francia, que se efectuó en 1985, en materia de fianza y, con respecto a ella, formula las acotaciones siguientes:

a. La protección a los integrantes de la comunidad conyugal. En relación con este aspecto, expresa Morles que “según la norma, uno de los cónyuges solo puede comprometer sus bienes propios y sus ingresos por medio de un préstamo o una garantía, a menos que estos hayan sido contratados con el consentimiento expreso del otro cónyuge que en este caso no compromete sus propios bienes”,⁷ y agrega que con ello se protege así a la comunidad conyugal.⁸

⁷ MORLES HERNANDEZ, A. Ob. Cit. Pag. 212.

⁸ Ibidem.

Con respecto a ello, debemos acotar que en nuestra legislación no existe una norma similar, y si bien el cónyuge fiador, sin la autorización del otro, no puede comprometer el patrimonio del cónyuge que no ha autorizado la fianza, estimamos que -el esposo garante- compromete su cuota parte de los bienes comunes y obviamente sus bienes propios. En consecuencia, el acreedor podría rematar judicialmente, los derechos proindivisos que tuviere el consorte fiador, y quien se los adjudique pasaría a ser comunero del cónyuge del garante, y cualquiera de ellos podría solicitar la partición de la comunidad del bien o bienes de los que sean comunero.⁹

Por tanto, aunque el profesor Morles no realiza ningún comentario en referencia a que pudiera asimilarse dicha reforma a la situación imperante en Venezuela, reiteramos lo indicado, en el sentido de que no existe tal protección en la legislación venezolana.

b. En relación con las sociedades, expresa el autor comentado, que la aludida reforma civil de 1985 está enfocada en que “el afianzamiento debe estar conforme con el objeto social y el interés social de la sociedad, habiéndose dictado normas específicas para las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas”.¹⁰

Tampoco nuestra legislación tiene alguna previsión en este sentido, por lo que las sociedades podrían otorgar válidamente una fianza para garantizar una obligación que no esté conforme con el objeto o el interés social de la sociedad. Sin embargo, en la práctica ha sucedido que estatutariamente se establecen restricciones o prohibiciones para el otorgamiento de fianzas por parte de las sociedades, a fin de proteger el interés social. No obstante ello, pensamos que se pueden obviar tanto la prohibición como las limitaciones previstas en los Estatutos Sociales, si una asamblea de socios en la que se encuentre representado la totalidad del capital social, unánimemente, apruebe el otorgamiento de una fianza. Esta solución que nos parece adecuada, ha sido refutada por la doctrina jurisprudencial, y al efecto el profesor Morles, sin expresar la referencia, afirma que “en un caso relacionado con sociedades de personas, el juez ha declarado nulo un afianzamiento contrario al objeto social no obstante haber sido aprobado por la unanimidad de los socios; mientras que en otro caso un afianzamiento

⁹ Ver artículo 768 del Código Civil.

¹⁰ MORLES HERNANDEZ, A. Ob. Cit. Pag. 212.

extraño al objeto social de la sociedad fiadora fue declarado válido porque existía una comunidad de intereses entre la sociedad garante y el deudor que se beneficiaba de la garantía".¹¹

Consideramos, en este aspecto, que no es posible pasar por alto lo establecido en el artículo 201 del Código de Comercio, en el sentido de que no puede limitarse la responsabilidad de los socios en una compañía en nombre colectivo, dada su naturaleza, en virtud de que la escogencia de los socios es intuito personae, y si esa era el supuesto tratado en la decisión comentada por el profesor Morles, los socios responderían si la sociedad no pudiera cumplir con el compromiso asumido.

Estimamos que, en el caso de las compañías en comandita, cuyas obligaciones sociales están garantizadas por la responsabilidad ilimitada y solidaria de uno o más socios, por lo que el aseguramiento del pago proviene de la ley, que aquellos no pueden ser sustituidos por otros, salvo que medie el consentimiento de todos los acreedores, ya que posiblemente la razón de haber contratado con la compañía se debió al respaldo (garantía) generado por la ilimitada solidaridad derivada de la solvencia de los socios comanditantes.

c. Expresa el profesor Morles, que de conformidad con la Ley del 1ero. de agosto de 2003, en Francia, se hizo una diferencia entre las fianzas otorgadas por las personas naturales de aquellas suscritas por las personas jurídicas, gozando las personas naturales de una especial protección conferida por la legislación tutelar de los consumidores, las que están sometidas a un formalismo particular.¹²

En Venezuela no existe esta distinción, y en virtud de ello aplican las mismas regulaciones tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas, por lo que no hay una protección para alguna de ellas, y por tanto pueden comprometerse de manera ilimitada. Tampoco se hace una distinción entre las personas para exigirlos como fiadores; sin embargo, existe una restricción en materia de medidas cautelares que pueden ser ordenadas –por el juez– sin estar llenos los extremos de ley para su decreto, y para lo cual se debe constituir caución o garantía suficientes por parte de personas jurídicas,¹³ y la normativa exige que en caso que se otorgue fianza debe ser principal y solidaria de empresas de seguros, instituciones bancarias o establecimientos mercantiles de reconocida solvencia; y

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem.

¹³ Implicitamente se excluyen a las personas naturales.

de tratarse de establecimientos mercantiles deben consignar en el expediente, el último balance certificado por contador público, de la última declaración presentada al Impuesto Sobre la Renta, y el correspondiente certificado de Solvencia.¹⁴

III

Las formalidades para otorgar fianzas

Con respecto a las formalidades para el otorgamiento de las fianzas, señala el relevante autor que, tradicionalmente, la fianza estuvo excluida de todo formalismo y, agrega, que esa circunstancia ha sido señalada como una de las razones de su éxito.¹⁵

En nuestro país no se exigen mayores formalidades para el otorgamiento de la fianza, salvo que sea expresa,¹⁶ que el fiador sea capaz de obligarse, por ser un contrato;¹⁷ que la obligación sea válida, salvo la obligación afianzada a una persona legalmente incapaz, si el fiador está en conocimiento de la incapacidad.¹⁸ El Código de Comercio exige, como formalidad, que sea escrita,¹⁹ independientemente del importe, por lo que no podría probarse de otra manera, es decir, la única forma de comprobar su existencia es mediante el aporte del escrito contentivo de la fianza; aunque en materia mercantil no existe la restricción prevista en materia civil, para comprobar con testigos los negocios mercantiles,²⁰ en el supuesto de necesitar probar el contrato de fianza, no podría invocarse la aplicación de esa normativa, dada la exigencia legal de otorgarse por escrito, por lo que para probar la existencia de la fianza es menester que se haga mediante un documento público o privado,²¹ por la exigencia establecida en el artículo 545 del Código de Comercio, en el sentido apuntado anteriormente, de que la fianza debe otorgarse por escrito. Si bien en materia civil no existe este requerimiento de manera expresa, es decir, que la fianza se otorgue por escrito, necesariamente debe constar de esta forma, ya que no podría probarse el contrato de fianza mediante testigos, por la prohibición del artículo 1387

¹⁴ Artículo 590 del Código de Procedimiento Civil. En el caso de las empresas aseguradoras e institutos bancarios no se hace dicha exigencia, porque son entes supervisados por el Estado, por lo que se presume su solvencia.

¹⁵ MORLES HERNANDEZ, A. Ob. Cit. Pag. 213.

¹⁶ Ver artículo 1808 del Código Civil.

¹⁷ Ver artículos 1143 y 1144 del Código Civil.

¹⁸ Ver artículo 1805 del Código Civil. Ello se extiende a los menores de edad, a los entredichos, e inhabilitados. Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1145 del Código Civil, podría argüirse la incapacidad que se deriva de la interdicción por causa de condenación penal, la que puede ser opuesta por todos aquellos a quienes interese.

¹⁹ Ver artículo 545 del Código de Comercio.

²⁰ Ver artículo 128 del Código de Comercio.

²¹ Ver artículo 124 del Código de Comercio, el que debe concordarse con el 1111 eiusdem.

del Código Civil, que limita dicha prueba para establecer la existencia de una obligación cuando su valor exceda los dos mil bolívares,²² a lo cual deben aplicarse las dos reconversiones monetarias decretadas en el país,²³ a partir del año 2007.

Expresa Morles, que la aparición de formalismos en algunos ordenamientos jurídicos es de reciente data, y que la razón de haberlos adoptado es para la protección de los fiadores. Explica que en Francia a raíz de la promulgación de la Ley del 1ero. de agosto de 2003, se produjo un cambio significativo en esta materia, porque convirtió a la mayoría de los contratos de fianza en actos solemnes, para conjurar el peligro que puede arropar al fiador, al no estar consciente del alcance exacto del compromiso que asume, sancionando la falta de solemnidad con la nulidad del acto.²⁴

En Venezuela, no existe solemnidad alguna para el otorgamiento de la fianza, pero pensamos que sería conveniente adoptar alguna medida, a fin que el fiador esté informado de la responsabilidad que asume y de las consecuencias que pudiera conllevar a su patrimonio, en caso que deba responder por el incumplimiento de las obligaciones afianzadas, en especial en materia mercantil, en la que el fiador no puede invocar el beneficio de excusión, ni el de división.²⁵ En muchos casos el fiador otorga la fianza -por compromisos familiares o amistosos- en la creencia de que es un simple requisito para perfeccionar un negocio, sin estar consciente de las derivaciones patrimoniales que pudiera acarrear el incumplimiento del garantizado.

De allí, es que Morles se refiere al principio de proporcionalidad, es decir, que el endeudamiento no puede sobrepasar la capacidad patrimonial del fiador, porque ello podría llevarlo a la ruina. Por eso, considera que la extensión de la fianza debe guardar relación con los ingresos y con el patrimonio del fiador.²⁶

²² Puede consultarse YANNUZZI RODRIGUEZ, S. El testigo en materia mercantil. Libro Homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2012.

²³ A la cantidad de dos mil bolívares indicada en el artículo 1387 del Código Civil, debe aplicarse la Disposición Transitoria Cuarta contenida en el Decreto N° 5.229 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reversión Monetaria, mediante la cual se decretó dividir entre mil, por lo que la suma expresada en el citado artículo 1387, se convirtió en dos bolívares; y, posteriormente, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto N° 3.548 de fecha 25 de julio de 2018, mediante el cual se estableció que a partir del 20 de agosto de 2018, debía reexpresarse la unidad del sistema monetario de la República Bolivariana de Venezuela, dividiéndose por cien mil, dicha suma se convirtió en dos diez milésimas de bolívar, por lo que no pareciera razonable que alguien exigiera que se afianzara una obligación por esa suma. En consecuencia, es necesario que la fianza conste por escrito.

²⁴ MORLES HERNANDEZ, A. Ob. Cit. Pág. 214.

²⁵ Ver artículo 547 del Código de Comercio.

²⁶ MORLES HERNANDEZ, A. Ob. Cit. Pág. 214.

Estimamos que ello sería lo deseable, tanto en beneficio del fiador como del acreedor, ya que, en el caso del primero, al obligarse personalmente, está sujeto a cumplir su obligación con todos sus bienes habidos y por haber,²⁷ por lo que es conveniente que conozca con precisión el alcance de la responsabilidad que asume y sus consecuencias; mientras que en el caso del segundo tendría la confianza de tener un garante que va a honrar el compromiso asumido, en caso de que el deudor incumpla con su obligación.

Es necesario acotar que en Venezuela no sería posible otorgar una fianza que exceda el compromiso asumido por el deudor (lo que deba), ni constituirse en condiciones más onerosas,²⁸ lo que es similar a la legislación colombiana, y por ello el profesor Hinestrosa afirma que "el fiador no puede obligarse a más ni en términos mas gravosos que el deudor: cuantía, tiempo, lugar, condición, modo, pena, garantía que habrá de reducirse a dicho límite en cuando excede de él";²⁹ no obstante ello, es deseable que el garante declare que ha sido informado sobre la extensión de la obligación de la cual se constituye en fiador, y de las consecuencias patrimoniales que se derivarían del incumplimiento del deudor, a fin de que no exista duda que el fiador tiene plena conciencia del alcance de la responsabilidad que asume.

IV

La mercantilidad de la fianza

El autorizado autor de la obra que se comenta, de seguidas pasa a tratar la mercantilidad de la fianza, y señala que ese es el propósito del trabajo que se examina, e indica las hipótesis relativas a la naturaleza mercantil de la fianza, a saber:

1. Fianzas otorgadas por comerciantes. En ese sentido afirma que toda las obligaciones y contratos de los comerciantes se presumen mercantiles, a menos que resulte lo contrario del acto mismo o si tales obligaciones y contratos sean de naturaleza esencialmente civil, y basa su aserto en el dispositivo del artículo 3 del Código de Comercio.³⁰

Efectivamente, la citada norma dispone los que deben ser considerados actos subjetivos de comercio, dejando a salvo en cuanto a la naturaleza del contrato, si resulta lo contrario del acto mismo o si son de naturaleza esencialmente

²⁷ Ver artículo 1863 del Código Civil.

²⁸ Ver artículo 1806 del Código Civil.

²⁹ HINESTROSA, F. Tratado de las Obligaciones. Concepto, Estructura, Vicisitudes. Universidad Externado de Colombia. Tomo I, Primera Edición, 2002. Pág. 85

³⁰ MORLES HERNANDEZ, A. Ob. Cit. Pág. 215.

civil las obligaciones y los contratos. Por ello, el eminent autor, afirma que se ha de averiguar "si no resulta lo contrario del acto mismo".³¹ Comulgamos con lo expuesto por el profesor Morles, y estimamos que la norma en comento establece una presunción iuris tantum con respecto a cualquier contrato que otorguen los comerciantes, distintos a los enumerados en el artículo 2 del Código de Comercio.³² Un ejemplo ilustrativo de lo expresado, podría consistir en que una persona que se dedica a la compra y venta de herramientas, afiance el contrato de arrendamiento de un consultorio médico, suscrito por su hijo, quien se inicia en el ejercicio de esa profesión; estimamos que por la naturaleza del contrato referido, dicho acto no puede considerarse mercantil.

2. Las fianzas otorgadas por los Bancos y otras instituciones financieras. En ese sentido afirma el profesor Morles, que no solo son mercantiles por la condición de comerciantes de los Bancos, sino por la cualidad de operaciones mercantiles de sus operaciones, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 14 del artículo 2 del Código de Comercio.³³ Así mismo, asevera el profesor Morles que se ha de averiguar "si no resulta lo contrario del acto mismo", para determinar la naturaleza del acto.³⁴ Pensamos que dicha posición es absolutamente cónsena con la legislación, y estimamos que es muy difícil atribuirle naturaleza civil a una fianza que sea otorgada por Bancos, Instituciones de Crédito y por empresas cuyo giro normal sea el otorgamiento de fianzas, no obstante que el afianzado y el acreedor no sean comerciantes y la obligación afianzada sea civil, como podría ser la que se otorgue para garantizar la el fiel cumplimiento de la gestión de un empleado público.

En este supuesto, si se considerare que el objeto afianzado no es mercantil, con basamento en la normativa citada por el profesor Morles, a la cual se ha hecho referencia, y si el acreedor procediera a solicitar la ejecución judicial de la fianza, de manera solidaria al afianzado y al fiador, por ser este comerciante, el contrato es mercantil, por lo que todos los contratantes quedan, en cuanto a dicho contrato, sometidos a la ley y jurisdicción mercantil.³⁵

³¹ Ibidem.

³² Esta norma especifica los actos objetivos de comercio, de parte de todos los contratantes o de alguno de ellos.

³³ Si bien en la obra se indica como fundamento legal el ordinal 15 del artículo 2 del Código de Comercio, decidimos expresar la norma correctamente.

³⁴ MORLES HERNANDEZ, A. Ob. Cit. Pag. 215.

³⁵ Ver artículo 109 del Código de Comercio.

3. Las fianzas otorgadas por las empresas de seguros tienen naturaleza mercantil, de acuerdo con lo expresado por el profesor Morles, con fundamento a la condición de comerciantes de las aseguradoras y a la estipulación del artículo 1800 del Código Civil que indica que lo relativo al contrato de seguro se regirá por las disposiciones del Código de Comercio y por leyes especiales, en concordancia con lo dispuesto en el ordinal 12 del artículo 2 y en el artículo 6 eiusdem. También para determinar la naturaleza, en este caso, el ilustre autor, indica que ha de averiguarse "si no resulta lo contrario del acto mismo",³⁶ lo que nosotros consideramos muy forzado que se pueda considerar civil, por la normativa que regula la actividad aseguradora, señalada por el profesor Morles para establecer la naturaleza del contrato de fianza extendido por una empresa de seguros.

En complemento a lo expresado precedentemente, es necesario acotar que el objeto de las empresas de seguros no está enfocado a la celebración de contratos de fianza, debido a que la actividad de dichas empresas es la de asegurar riesgos; sin embargo, en la legislación que ha regulado a las empresas de seguros y reaseguros, se ha facultado a las empresas de seguros para que se constituyan en fiadoras para garantizar el *cumplimiento de contratos, fianza judiciales, como se ha indicado supra, fianzas de fidelidad, entre otras, y si bien se puede discutir su naturaleza jurídica, estimamos que deben reputarse como fianza mercantil, por lo expresado precedentemente.*

En cuanto a la fianza judicial que pueden prestar las empresas de seguros, nos remitimos a lo expresado en los capítulos III y VI, correspondientes a la fianza.

4. Fianzas otorgadas por no comerciantes. Con respecto a la fianza que otorguen personas que no se dediquen al comercio, si la obligación afianzada es mercantil, debe considerarse que esa es su naturaleza, por disponerlo el artículo 544 del Código de Comercio, como lo afirma el profesor Morles,³⁷ opinión a la cual nos adherimos, porque la norma no deja lugar a una interpretación distinta.

El profesor Morles alude a la duplicidad regulatoria que se da en algunas legislaciones, y señala que pueden conducir al absurdo que fianzas prestadas por empresas aseguradoras o entidades bancarias, que hemos visto que están catalogados como comerciantes, para garantizar una obligación civil, se considere una fianza

³⁶ MORLES HERNANDEZ, A. Ob. Cit. Pag. 215.

³⁷ Ibidem.

civil; mientras que la fianza prestada por un cónyuge, no comerciante, al cónyuge comerciante, para garantizar una deuda contraída por este, sea un afianzamiento mercantil.³⁸ Ante estas observaciones, pensamos que debe revisarse la normativa sobre la fianza para evitar confusiones o para puntualizar las dudas referidas.

V

Algunos aspectos atinentes a la naturaleza de la fianza

El eminent autor Morles, pasa a referirse a la forma escrita de la fianza, sobre lo cual ya hicimos comentarios, al aludir a las formalidades de la fianza. Sin embargo, es oportuno hacer algunas consideraciones, sobre los planteamientos que el profesor Morles formula, a saber:

1. En cuanto a la tesis que sostiene la bilateralidad del contrato de fianza,³⁹ por lo que en el contrato debe constar compromiso del fiador y la aceptación del acreedor.

Nos apartamos de esa tesis y opinamos que la fianza es un contrato unilateral, porque la obligación la asume el fiador ante el eventual incumplimiento del deudor, lo que está en consonancia con la doctrina alemana, citada por el profesor Morles, la que señala que solo ha de ser por escrito la declaración del fiador.⁴⁰ En nuestro concepto, cuando el acreedor exige el cumplimiento al fiador está manifestando su conformidad o aquiescencia con la garantía que le fue otorgada, por lo que la aceptación de la garantía otorgada sería tácita o implícita; sin embargo, si el acreedor expresara su aceptación en la fianza concedida, estimamos que ninguna consecuencia adicional produciría.

El afianzado no tiene por qué manifestar su consentimiento, y como afirma Morles, puede hasta desconocer la existencia de la fianza,⁴¹ lo que no traería ninguna consecuencia para reclamar el cumplimiento de la garantía. En efecto, se han dado casos en que familiares afianzan las obligaciones tomadas por algún pariente, a quien no se le notifica, a fin de incitarlo a la responsabilidad y para que no se descuide o relegue el cumplimiento de los compromisos asumidos. Supuesto este previsto en el artículo 1807 del Código Civil.⁴²

³⁸ MORLES HERNANDEZ, A. Ob. Cit. Pág. 216.

³⁹ De acuerdo con lo estipulado en el artículo 1134 del Código Civil, “El contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga; y bilateral, cuando se obligan recíprocamente”. En el caso de la fianza el acreedor no asume ninguna obligación, por lo que no podría considerarse bilateral el contrato.

⁴⁰ MORLES HERNANDEZ, A. Ob. Cit. Pág. 216.

⁴¹ Ver artículo 1821 del Código Civil.

⁴² El artículo 1807 del Código Civil, en su parte pertinente, es del tenor siguiente: “Se puede constituir la fianza sin orden del obligado por quien se constituye, y aun ignorándola este. . .”

Un sector de la doctrina señala que en algunos casos puede considerarse la fianza como una estipulación en favor de tercero, es decir, aquellos contratos en que las partes contratantes celebran para atribuir de manera directa o indirecta un derecho a un tercero, que, sin embargo, no ha tenido participación ni directa ni indirecta en la celebración del negocio y que no queda por consiguiente obligado ni vinculado por él.⁴³ Además, agregan que la razón de ser de la estipulación en favor o en beneficio del tercero radica en la existencia de un interés del estipulante en que el pacto sea establecido y en que la promesa sea cumplida para el beneficiario.⁴⁴ Podría ser el caso de las fianzas otorgadas por los institutos financieros, las aseguradoras y las sociedades cuyo giro normal sea el otorgamiento de fianzas que, para prestar la garantía, celebran un contrato con el afianzado, fianza que usualmente acepta el acreedor, aunque no sea necesario, porque, como opina Maduro Luyando, en la estipulación el derecho del beneficiario existe aun antes de la aceptación, y la estipulación tampoco requiere formalidad especial,⁴⁵ para establecerla, por lo que el consentimiento del tercero tiene únicamente el efecto de hacer irrevocable el negocio jurídico planteado entre el estipulante y el promitente, pero -como ha opinado la doctrina jurisprudencial nacional- la obligación del promitente frente al tercero, y toda la estructura de la estipulación, no está condicionada a la aceptación de ese tercero. Por tanto, la falta de consentimiento por parte del tercero no anula la estipulación, solo deja latente la posibilidad de que el estipulante y el promitente anulen el convenio, posibilidad que se desvanece una vez que el tercero ha aceptado la estipulación.⁴⁶

Discrepamos de esta hipótesis en virtud de lo determinado en el artículo 1804 del Código Civil, que establece la obligación del fiador de cumplir con el compromiso asumido frente al acreedor, si el deudor incumple con el convenio asumido. De otra manera, si pudiera revocarse la fianza otorgada, constituiría un fraude a la ley.

2. Otro aspecto al que se refiere el ilustre profesor Morles es acerca de la onerosidad o gratuitad de la fianza mercantil. En este aspecto el autor de referencia,

⁴³ DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Ed. Tecnos, 1979, Vol. 1, pág. 269.

⁴⁴ Idem, Pág. 274. En ese sentido como el fiador se obliga frente al acreedor, es que asimilan la fianza.

⁴⁵ MADURO LUYANDO, E. *Curso de Obligaciones*, Derecho Civil III, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1989, página 576.

⁴⁶ El artículo 1164 del Código Civil es del tenor siguiente: "Se puede estipular en nombre propio en provecho de un tercero cuando se tiene un interés personal, material o moral, en el cumplimiento de la obligación. El estipulante no puede revocar la estipulación si el tercero ha declarado que quiere aprovecharse de ella. Salvo convención en contrario, por efecto de la estipulación el tercero adquiere un derecho contra el promitente".

ubica el artículo 546 del Código de Comercio,⁴⁷ en el que se determina la posibilidad de que el fiador puede pactar una retribución por la responsabilidad que asume, por lo que el profesor Morles es de la opinión, con apoyo a lo expresado por diversos doctrinarios, que implícitamente se crea una presunción de gratuidad de la fianza mercantil, lo que califica de paradójico porque el codificador no pensó en un garante profesional, sino en un consumidor unido por relaciones personales o amistosas con el deudor que contrae una deuda mercantil.⁴⁸

En nuestro concepto, al no existir ninguna prohibición para acordar una retribución al fiador por el riesgo que asume, es perfectamente posible y válido dicho convenio, y es lo usual que las empresas aseguradoras, las entidades bancarias y las sociedades cuyo giro normal sea el otorgamiento de fianzas, cobren una cantidad, prima o remuneración al otorgar la fianza, por el riesgo que asumen, e inclusive, consideramos que es lícito solicitar contragarantías para el caso de que se presente una contingencia para el fiador con motivo de la garantía prestada.

3. Con respecto a la solidaridad de la fianza mercantil, expresa el profesor Morles, criterio con el que nos consustanciamos, que de conformidad con lo estipulado en el artículo 547 del Código de Comercio, el fiador mercantil responde solidariamente como el deudor principal, sin poder invocar el beneficio de excusión, ni el de división. Concuerda la citada norma, con lo dispuesto en el artículo 107 eiusdem, que contiene la regla general de la solidaridad de los codeudores de las obligaciones mercantiles, por lo que debe extenderse hasta el fiador no comerciante, por aplicación de la indicada regla.⁴⁹

También comulgamos con lo que enuncia el autor de referencia, en el sentido de que puede pactarse válidamente en contra de la solidaridad prevista en la ley, por lo que la voluntad de los interesados -en ese sentido- debe privar sobre las regulaciones del Código de Comercio a las que se ha hecho referencia.

4. El relevante autor, con fundamento a la doctrina española, procede a efectuar una clasificación de las fianzas, para posteriormente realizar algunas acotaciones sobre ellas, a saber:

⁴⁷ En la obra que se analiza hay un pequeño error, porque se indica -en ella- el artículo 545 del Código de Comercio, por lo que nos permitimos corregirlo.

⁴⁸ MORLES HERNANDEZ, A. Ob. Cit. Pag. 217.

⁴⁹ Ibidem.

- a. Las fianzas prestadas por las instituciones financieras y las compañías de seguros, a las que nosotros agregaríamos las sociedades cuyo giro normal sea el otorgamiento de fianzas, las califica como fianzas profesionales.⁵⁰
- b. Las fianzas prestadas por familiares y las prestadas por los socios a favor de la sociedad.

Debido a esta clasificación, el autor cuya obra se comenta, se refiere a las consecuencias normativas, de la manera siguiente:

- i. Considera que carece de sentido extremar la aplicación de normas protectoras del afianzamiento gratuito a las fianzas profesionales, y aboga para que en este último caso se amplíe la protección al deudor principal, quien, ante la necesidad de presentar una fianza, se le hace suscribir un contrato de adhesión prerrredactado por el fiador, quien le ha cobrado unos costos, que hacen la operación rentable para este; además, que el garante, en estos casos, exige contragarantías y estipula cláusulas de exoneración para su protección. Por lo que indica que, ante estos supuestos, carece de sentido (y agrega, que también es injusto), proponer una interpretación restrictiva de las obligaciones del fiador, ya que cobra comisiones por internalizar los riesgos de la fianza.⁵¹

Nos parece más adecuado y conveniente establecer una normativa de equilibrio, con fundamento a los riesgos que asume el fiador, habida cuenta que las instituciones financieras y las compañías de seguros prestan servicios de interés general, motivo por el cual están supervisadas por el Estado, mediante las respectivas superintendencias. En ambos casos dichas sociedades persiguen un fin de lucro, por lo que es razonable que establezcan una contraprestación por el riesgo que asumen. No se puede perder de vista, que ha habido casos en los que el obligado a realizar una prestación dada, cobra un anticipo para la ejecución del compromiso asumido, por lo que se le exige una fianza, y aquel no tiene la intención de honrar la prestación acordada, por lo que incumple dolosamente para quedarse con el anticipo, por lo que el fiador debe responder, y eso hace necesario que se le proteja, para evitar una lesión patrimonial grave.

- ii. Con respecto a las fianzas otorgadas por los cónyuges y familiares del deudor, las que deben prestarse por exigencia de los acreedores, las que son

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ MORLES HERNANDEZ, A. Ob. Cit. Pag. 218.

predominantemente gratuitas, estima el profesor Morles, que deben ser objeto de especial protección al fiador, porque este asume todos los riesgos de la operación y no se compensa con ninguna remuneración, y en muchos casos, ni tan siquiera con los beneficios indirectos de la operación afianzada, y en oportunidades se genera un conflicto entre cónyuges que desemboca en una separación o divorcio.⁵²

Ciertamente que, en estos casos, el motivo de asumir el riesgo por el cónyuge o por el pariente, se fundamenta en razones afectivas, razón por la cual el fiador, muchas veces, no desea concientizar el peligro matrimonial al que se encuentra expuesto, porque considera que es un deber de protección que tiene hacia el afianzado. Por ello, sería conveniente que se estableciera una normativa que protegiera a estos fiadores, para evitar desavenencias familiares, pero que la fianza pueda servir de garantía suficiente para el cumplimiento de la obligación asumida por el afianzado, con pleno conocimiento del garante del alcance del riesgo que ha tomado.

iii. En cuanto a las fianzas otorgadas para garantizar las obligaciones contraídas por una sociedad, en la que los fiadores son socios, considera el preclaro autor Morles, que se trata de un “interés propio”, por ello estima que es innecesaria la aplicación de alguna regulación que proteja al fiador o tutele el ejercicio de la acción de regreso del fiador contra el deudor. En este aspecto aboga por la protección al acreedor, interpretando adecuadamente la normativa.⁵³

Tiene mucho sentido lo expresado por el profesor Morles, habida cuenta que usualmente los socios que prestan la fianza son administradores de la empresa, y estos son los que deben -en nombre de la sociedad- cumplir con los compromisos que esta asuma, como órganos de la empresa. Hay casos en que el acreedor exige la fianza de los administradores de la sociedad deudora, a fin de compelir a la deudora, de esa manera, a cumplir con la obligación asumida.

Sobre este aspecto, más adelante se harán otros comentarios sobre la fianza y sociedades.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem.

VI

Aspectos discutidos sobre la fianza

El profesor Morles en la obra que se analiza resalta algunos aspectos dialécticos sobre la fianza, a saber:

1. La solvencia del fiador. El ilustre profesor señala que la ley, exclusivamente, enumera las condiciones que debe reunir el fiador cuando existe la obligación de presentar fiador, e indica tres casos:
 - a. Cuando la fianza es legal. Ejemplo de ello, es la fianza que deben presentar, quienes reciban créditos de las instituciones bancarias, caso en el cual debe aplicarse lo que estatuye el ordinal tercero del artículo 1810 del Código Civil, en el sentido de que el fiador debe poseer bienes suficientes para responder de la obligación, y dicha norma excluye algunos bienes por su ubicación geográfica o por ser objeto de una medida cautelar o encontrarse en litigio. En este supuesto el fiador debe ser una persona solvente, por lo que, de no reunir esa condición, el acreedor puede rehusarse a aceptarlo, y si se hiciere insolvente podrá pedir que se le sustituya por otro.⁵⁴
 - b. Cuando la fianza es judicial. Supra hicimos referencia a la posibilidad prevista en la ley procesal, acerca de la potestad otorgada al juez de poder dictar una cautela sin estar llenos los extremos de ley para su decreto, siempre que el interesado constituya caución o garantía suficientes, y en caso de otorgar fianza debe ser principal y solidaria de empresas de seguros, instituciones bancarias o establecimientos mercantiles de reconocida solvencia, por lo que estas empresas en su papel de fiadoras deben presentar el último balance, certificado por contador público, la última declaración presentada al Impuesto Sobre la Renta, y el correspondiente certificado de Solvencia.⁵⁵ Es decir, se exige solvencia del fiador, y en el caso de los Bancos y de las empresas de Seguros, como garantes, se presume su solvencia.

En este supuesto, somos de la opinión que, necesariamente, el fiador debe someterse a la jurisdicción del tribunal que conocería del incumplimiento de la obligación principal.⁵⁶

⁵⁴ MORLES HERNANDEZ, A. Ob. Cit. Pag. 219.

⁵⁵ Ver artículo 590 del Código de Procedimiento Civil.

⁵⁶ Ver artículo 1810.2 del Código Civil.

- c. Cuando se pacta convencionalmente la fianza, en virtud de que el deudor haya asumido la obligación de proporcionar un fiador, sin haberse determinado la persona de este, ni estipulado nada al respecto.⁵⁷

Al tratar este aspecto, el profesor Morles hace alusión a la doctrina francesa, y señala que esta ha reinterpretado la normativa que regula esta materia, e indica que podría desentrañar el alcance de esas normas en el sentido de que una persona no se puede comprometer mas allá de sus posibilidades, por lo que el principio de solvencia estaría comprendido en el interés del fiador, porque la fianza no debe tener consecuencias excesivas en relación con el patrimonio del fiador.⁵⁸

Desde nuestra visión esto se reduce al alcance de las obligaciones que los interesados deseen asumir. En ese sentido, el fiador puede limitar los compromisos que toma, para preservar su patrimonio. Igualmente, el acreedor al examinar el balance del fiador puede estimar que no es un buen respaldo en el caso que el deudor no cumpla sus compromisos, debido a que el patrimonio reflejado en el balance presentado podría resultar insuficiente. Es decir, que ello es objeto de la libre expresión de la voluntad de los contratantes e, insistimos, en que el fiador debería estar consciente del riego que asume.

- d. La fianza indefinida. El profesor Morles alude a esta clase de fianza, al referirse a operaciones complejas, y lo ejemplifica con la apertura de crédito que las instituciones bancarias realizan con sus clientes, cuyas relaciones se manejan en forma de cuenta corriente.⁵⁹ En ese sentido afirma el insigne profesor, que dicha fianza no solo garantiza la obligación principal, sus accesorios y costas judiciales, de acuerdo a la estipulación del artículo 1809 del Código Civil, sino que se extiende mas allá, porque en su opinión, se constituye para responder de una obligación de cantidad indeterminada pero determinable, o para responder del conjunto de operaciones que un cliente realice con su Banco y de las cuales resulte deudor. En ese sentido se refiere a legislación extranjera, en las que esta clase se garantía se denomina "fianza general".

En Venezuela, la práctica bancaria de alguna manera ha limitado los montos que desembolsa con sus clientes y en los contratos se establece un límite máximo, y si bien solicitan estas fianzas indefinidas, los créditos otorgados son rotativos, en el sentido de que si el deudor no es puntual con los abonos

⁵⁷ MORLES HERNANDEZ, A. Ob. Cit. Págs. 218 – 219.

⁵⁸ Ídem. Pág. 219.

⁵⁹ Ídem. Pág. 220.

a la deuda o en la observancia de otros compromisos asumidos en el contrato, como, por ejemplo, no realizar la obra para la que fue otorgado el crédito, el Banco se abstiene de continuar desembolsando numerario, a fin de evitar que se agrave su riesgo, salvo que se demuestre una causa no imputable, que evitó que el obligado cumpliera con sus compromisos contractuales.

- e. Pluralidad de fianzas. En este aspecto el profesor Morles se remite a las regulaciones normativas establecidas en el Código Civil,⁶⁰ que reglan la pluralidad de fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, reglas que estipulan que cada uno de los fiadores responde por la totalidad de la deuda; además, regula un régimen mixto entre solidaridad y mancomunidad que permite al fiador invocar el beneficio de división. También se refiere a la situación de la confianza, al que hace referencia y califica, siguiendo a la doctrina, como un terreno minado, aludiendo a las complicaciones y problemas que pueden derivarse de ello, por los intereses divergentes que se manejan entre los obligados.⁶¹ Se refiere a diversos problemas que pueden surgir con motivo de la confianza, por lo que concluye que las complejidades de la pluralidad de fianzas hace aconsejable regular minuciosamente en los pactos correspondientes, las eventuales situaciones que puedan presentarse, y agrega que, en esta materia, priva el principio de la autonomía de la voluntad.⁶²

Estamos de acuerdo con el enfoque del profesor Morles en este aspecto, acondando que en Venezuela no son frecuentes estos convenios, por lo que es inexistente la doctrina jurisprudencial sobre ello.

- f. Fianza y sociedades. Al adentrarse en este tema el profesor Morles plantea los inconvenientes o dificultades que podrían derivarse cuando una sociedad otorgue una fianza, y en ese sentido manifiesta que en su criterio debe: a) analizarse la capacidad del órgano social para obligar a su representada; b) examinar la congruencia del negocio de garantía con el objeto social; y, c) atender el eventual conflicto de intereses entre la sociedad garante y el deudor garantizado.⁶³

En relación con el primer aspecto indica, con lo que estamos conformes, que la doctrina predominantemente ha rechazado la tesis del mandato para explicar la competencia que corresponde a los administradores en la gestión y

⁶⁰ Ver artículos 1818 y 1819 del Código Civil.

⁶¹ MORLES HERNANDEZ, A. Ob. Cit. Págs. 221 - 222.

⁶² MORLES HERNANDEZ, A. Ob. Cit. Pág. 222.

⁶³ Ibidem.

representación de la sociedad, y se inclina por la teoría del órgano, porque el órgano está facultado para realizar, por su propia naturaleza, todo lo que sea necesario para el cumplimiento del objeto social, con las limitaciones que se derivan de la ley y del documento constitutivo, y de seguidas, sobre dicho aspecto, se refiere a doctrina nacional y comparada. De allí que plantea los conflictos que podrían derivarse de la actuación del administrador, así como las limitaciones que pudiera imponérsele estatutariamente, y las soluciones que presentan algunos doctrinarios.⁶⁴

Seguidamente, el insigne profesor, hace referencia a que la prestación de la garantía pudiera configurar un conflicto de intereses entre la sociedad, por una parte, y los socios o administradores, por la otra, cuando unos u otros sean los beneficiarios de la misma; y agrega que en el derecho venezolano el conflicto de interés está precariamente regulado y trae a colación los artículos 269 del Código de Comercio⁶⁵ y 1171 del Código Civil.⁶⁶ En relación con dichas normas, manifiesta que no son de aplicación analógica, pero afirma que en desarrollo del principio del interés social, los actos que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas, de miembros del consejo de administración, o de terceros, son actos anulables;⁶⁷ la solución que presenta el profesor Morles, nos parece la adecuada porque los protagonistas en una operación como la narrada, podrían convalidar los actos cumplidos.

- g. Fianza y carta de crédito en garantía. Al realizar un análisis comparativo entre ambas figuras, el doctor Morles afirma, con absoluta propiedad, que en una queda afectada la conducta del fiador, y en la otra el Banco emisor que se compromete a realizar una conducta, pero en ningún caso quedan afectados bienes de los garantes, por lo que discrepa de James-Otis Rodner, quien afirma que la carta de crédito de garantía no es una garantía personal en el sentido jurídico, a pesar que su propósito es el de garantizar el cumplimiento de una obligación fundamental.⁶⁸

La crítica que hace el profesor Morles a la postura de Rodner, la compartimos plenamente, y estriba en la circunstancia, resaltada por el propio Rodner, que

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Esta normativa compelle al administrador que tenga un interés contrario a ella en una operación determinada que lo participe a los otros administradores y se abstenga de participar en la deliberación.

⁶⁶ Esta norma establece que ninguna persona, salvo disposición en contrario de la ley, contratar consigo mismo en nombre de su representado, aunque este tiene la potestad de ratificar el contrato.

⁶⁷ MORLES HERNANDEZ, A. Ob. Cit. Pág. 226.

⁶⁸ Ídem. Pág. 227.

en ambas instituciones, tanto la fianza como en la carta de crédito de garantía, no se afecta ningún bien específico, que es la característica de la garantía real, por lo que ambas se ubican en el ámbito de las garantías personales, no obstante que puede existir el afianzamiento real, cuando se constituye prenda o hipoteca sobre determinados bienes para garantizar el pago de una deuda.

Sin embargo, el profesor Morles hace referencia a las diferencias que el propio Rodner enumera, tanto en las relaciones entre fiador y el acreedor como en las relaciones entre el beneficiario y el Banco emisor de la carta de crédito de garantía, las que podemos sintetizar en el cuadro siguiente:

Carta de crédito de garantía	Fianza
El beneficiario tiene derecho a exigir el pago independientemente de las relaciones entre el beneficiario y el ordenante, siempre que se cumplan los extremos documentarios.	Por ser un contrato accesorio de un contrato principal, la responsabilidad del fiador tiene su fuente en la responsabilidad (incumplimiento) del deudor principal.
La responsabilidad del emisor de la carta de crédito a favor del beneficiario tiene una fuente diversa de la responsabilidad que pudiera existir entre el ordenante de la carta de crédito y el beneficiario, por lo que no es un accesorio.	La responsabilidad del fiador deriva del incumplimiento del deudor principal.
Por la separación entre la relación fundamental y la relación documentaria en la carta de crédito de garantía, puede exigirse al emisor una obligación más onerosa y hasta diversa.	En la fianza no existe dicha separación, por: a) Es un contrato accesorio; y, b) Por ello, al fiador no se le puede obligar por más de lo que se obliga el deudor.
La prescripción de la relación fundamental entre el ordenante y el beneficiario no afecta la validez o vigencia de la carta de crédito.	La prescripción favorece al fiador
Ninguna defensa que pudiere tener el ordenante de la carta de crédito frente al beneficiario en su relación fundamental podrá ser alegada por el Banco en el momento del giro del crédito documentario.	El fiador puede oponer al acreedor todas las defensas que corresponden al deudor principal.
El Banco emisor, confirmador o pagador, no puede oponer la compensación que hubiere podido producirse entre el beneficiario y el acreedor	El fiador puede oponer la compensación de lo que el acreedor debe al deudor principal.

Concluimos el análisis del tema de la fianza contenida en la obra de referencia, por lo que de seguidas se pasará a tratar lo concerniente al aval, de acuerdo con lo expresado por el doctor Morles.

2. El aval

Como expresamos al inicio de este trabajo, seleccionamos el Capítulo IV del libro “Garantías Mercantiles”, escrito por el homenajeado, específicamente las “Garantías Personales Típicas de las Obligaciones Mercantiles: Fianza y Aval”.

El maestro Morles remite al Capítulo XLIV del Tomo III de su “Curso de Derecho Mercantil”⁶⁹, para el examen del aval cambiario y para un estudio profundo sugiere acudir al libro “El Aval de la Letra de Cambio” de la autoría del Dr. José Muci Abraham hijo.⁷⁰

Gran satisfacción nos da haber homenajeado al Dr. Muci con motivo de la V Jornada Aníbal Dominici “Derecho Mercantil: Títulos Valores. Contrato Mercantil”, correspondiéndole al Dr. Morles dictar conferencia magistral titulada “La situación del estado de derecho en el país”, y se hace esta acotación en virtud que mencionaremos repetidamente la opinión del doctor Muci, con respecto al tema del aval, habida cuenta que el profesor Morles hace referencia a las opiniones de aquel sobre esta garantía.

En opinión del Dr. Morles, el aval en sentido amplio es una creación de la jurisprudencia española, haciendo referencia a sentencia del Tribunal Supremo de España del 21 de marzo de 1980.

Sostiene el homenajeado que la sentencia comentada, en criterio de Jesús Blanco Campaña (Aval Cambiario y Aval como Contrato de Garantía), configura el aval cambiario como una fianza solidaria, pero accesoria.

Compartimos la opinión del Dr. Morles, quien afirma, que los problemas creados por la referida sentencia son enormes: 1) la distinción entre el aval y la fianza; 2) la eliminación del contrato de garantía frente a la fianza; y, 3) las normas supletorias aplicables al negocio; y, que tal como lo interpreta la jurisprudencia española es de imposible asimilación con un sistema como el venezolano, que maneja nítida diferenciación entre el aval y la fianza.

Señalamos precedentemente que el Dr. Morles nos remite a su Curso de Derecho Mercantil, para conocer mejor la figura del aval, el que es tratado en dicha obra con mayor amplitud, por lo que extendemos la sugerencia a nuestros amables lectores.

⁶⁹ Ídem. Pág. 228.

⁷⁰ MUCI ABRAHAM (hijo), J. Aval de la Letra de Cambio, Talleres Gráficos Escelicer, S.A., Madrid, España, 1963.

En Venezuela el aval está regulado por los artículos 438, 439 y 440 del Código de Comercio, similares a los artículos 30, 31 y 32 del Reglamento Uniforme sobre Letras de Cambio y Pagarés, Ginebra, del 7 de junio de 1930.⁷¹

Afirma el homenajeado que

"el pago de la letra de cambio puede ser garantizado por medio de las fórmulas de garantías previstas por el derecho común, es decir, a través de la constitución de garantías reales (prenda o hipoteca) o personales (fianza). La constitución de estos derechos accesorios plantea problemas cuya solución ha sido abordada a través de la invención de la garantía cartular, la cual puede ser encubierta o directa (aval). La garantía encubierta se concreta a través de la adopción por el garante de una posición cambiaria natural (el giro, la aceptación o el endoso de la letra)"⁷²

El Dr. Morles cita la definición de aval que trae el Dr. Muci, quien la conceptualiza de la manera siguiente:

"...un negocio jurídico típicamente cambiario, formal, literal y expreso, en el cual bien un tercero o bien un signatario de la letra de cambio, garantizan el pago de ésta, en forma directa, materialmente autónoma y del mismo modo en que a ese pago está obligado el signatario del título por quien se haya prestado la garantía".⁷³

Compartimos el criterio del maestro Morles en el sentido de que no resiste ningún análisis, el símil entre el aval y la aceptación por intervención,⁷⁴ por ser instituciones completamente diversas.

⁷¹ Tomado de la versión digital disponible en <https://www.dipublico.org/11404/convenio-que-establece-una-ley-uniforme-sobre-letras-de-cambio-y-pagares-ginebra-7-de-junio-de-1930>. Consulta efectuada el 21 de julio de 2021.

⁷² MORLES, A. Ob. Cit. pág. 1118.

⁷³ MORLES, A. Ob. Cit. Pág. 1119; y, MUCI ABRAHAM, JOSE (Hijo), *Aval de la Letra de Cambio*, Talleres Gráficos Esclicer, S.A., Madrid, España, 1963, pág. 42 y 43.

⁷⁴ De acuerdo a la Enciclopedia Jurídica "La intervención en la aceptación de una letra de cambio es posible siempre que concurran estas dos circunstancias: que la letra sea susceptible de aceptación; y que el tenedor de la letra tenga abierta la vía de regreso antes del vencimiento de la letra. La aceptación por intervención deberá constar en el texto de la letra o en cualquiera de sus duplicados, si los hay; pero no valdrá en las copias. Deberá, además, ir firmada por el interveniente, que indicará por cuenta de quién ha intervenido. De no expresarse este punto, la letra se entenderá aceptada por cuenta del librador. El aceptante por intervención responde frente al tenedor de la letra y frente a los endosantes posteriores a la persona por cuya cuenta interviene". <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/aceptaci%C3%B3n-por-intervenci%C3%B3n/aceptaci%C3%B3n-por-intervenci%C3%B3n.htm>. Consulta realizada el 4 de agosto de 2021. En el Código de Comercio venezolano la aceptación por intervención está regulada en los artículos 464 – 466.

I

Naturaleza jurídica del Aval

Estamos de acuerdo con el homenajeado que la tesis de la accesoriedad formal explica satisfactoriamente la naturaleza del aval y que es compatible con la legislación patria fundamentada en el Reglamento Uniforme sobre Letras de Cambio y Pagarés del 7 de junio de 1930.

Por lo que respecta a la accesoriedad formal de la naturaleza jurídica del aval, el Dr. Morles trae como referencia la autorizada opinión del Dr. Muci, quien expresa:

Esta satisfactoria construcción teórica halló acogida en las dos codificaciones cambiarias internacionales más importantes: en el Reglamento Uniforme de la Haya, 1912 y en la Ley Uniforme de Ginebra, 1930. En el uno y en la otra, se proclama: a) que el avalista garantiza el pago de la letra de cambio; b) que el avalista se obliga en la misma forma que la persona por quien prestó su garantía; y, c) que su compromiso es válido aun en el supuesto de que la obligación garantizada sea nula, excepto por un vicio de forma.⁷⁵

Concluye el homenajeado que en la doctrina nacional no puede discutirse si el aval es o no una fianza, fundamentándose para ello en la opinión del Dr. Muci, quien se basa en lo siguiente: a) la condición accesoria del aval; b) el carácter de garantía objetiva del aval; y, c) el código de comercio preserva el carácter de garantía del aval.

Aunque no se tiene certeza con respecto al origen del término *aval*, porque un sector de la doctrina señala que proviene del francés, en específico de la expresión "*à valoir*"; otro sector de la doctrina considera que el vocablo tiene su raíz en el idioma árabe, posiblemente por la influencia que tuvieron en Europa por varios siglos; para otros, la expresión se deriva del italiano "*a valere*", y se fundamentan en las disposiciones existentes en la legislación italiana. Independientemente, del origen de dicha expresión, lo cierto es que es una institución cambiaria, cuya finalidad es la de garantizar, por un tercero, total o parcialmente, la obligación cartulada en un título valor; conceptualización acogida universalmente, con vista a la unificación de dicha institución, por lo que el Reglamento Uniforme de La Haya de 1912 sistematizó el aval. Igualmente, en las Convenciones Uniformes de Ginebra de 7 de junio de 1930

⁷⁵ MORLES, A. Ob. Cit. Pág. 1121-1122; y, MUCI ABRAHAM, J. Ob. Cit. Pág. 64 y 65.

sobre la letra de cambio y el pagaré a la orden, se reguló dicha figura, lo que también fue objeto de reglamentación en la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y sobre Pagarés Internacionales de diciembre de 1988 como un paso decisivo en la nueva era de la unificación.

II

Diferencias entre Aval y Fianza

Para tratar este aspecto, el Dr. Morles, una vez más, se apoya en la opinión del Dr. José Muci Abraham, la cual resumimos:

- a. El aval es un acto jurídico cambiario por el cual se garantiza el pago de una letra de cambio; la fianza es un contrato por el cual se garantiza el cumplimiento de cualquier obligación civil o mercantil;
- b. El avalista tiene una obligación directa y autónoma. En efecto, opinamos que en el aval existen dos obligaciones autónomas, por lo que la doctrina considera que en el aval el avalista no asume la misma obligación que al avalado, sino la misma responsabilidad; mientras que el fiador se compromete con el acreedor a cumplir una obligación, para el caso que el deudor no la cumpla;
- c. El aval se escribe sobre la letra de cambio o en hoja anexa; la fianza puede no estar documentada,⁷⁶ o puede constar en cualquier instrumento;
- d. La fianza debe constituirse sobre obligación válida;⁷⁷ el aval es válido, aunque la obligación garantizada sea nula;
- e. La fianza no se presume; el aval se presume cuando resulta de la sola firma del avalista estampada al anverso de la letra;
- f. La fianza es convencional, legal o judicial; el aval es cambiario;
- g. La fianza puede ser civil o mercantil; el aval siempre es mercantil.

Aunque el profesor Morles se fundamenta, como se ha indicado supra, en la opinión del doctor Muci, en general esas diferencias son las que considera la doctrina de manera unánime, por lo que no existe discrepancia mayor sobre este aspecto.

⁷⁶ Sobre este aspecto, expresamos nuestro desacuerdo, porque consideramos que la fianza debe otorgarse por escrito, por las razones expuestas en el capítulo correspondiente a "Los formalismos para otorgar fianzas".

⁷⁷ Sobre este aspecto existe una excepción a la que hicimos referencia en este trabajo, cual es que la obligación afianzada sea a una persona legalmente incapaz, si el fiador está en conocimiento de la incapacidad.

III Formas del Aval

Las formas que se aplican para la validez del aval están contenidas en el artículo 439 del Código de Comercio y, en resumen, son las siguientes:

1. El aval se escribe sobre la letra de cambio o sobre hoja adicional anexa;⁷⁸
2. El aval se expresa por medio de las palabras “bueno por aval” o por cualquier otra fórmula equivalente;⁷⁹
3. El aval debe estar firmado por el avalista;⁸⁰
4. Se reputa aval la sola firma del avalista estampada en el anverso de la letra;⁸¹
5. El aval debe indicar por cuenta de quien se hace. A falta de esta indicación se reputa a favor del librador.⁸²

Por nuestra parte, estimamos que además de las exigencias establecidas en la ley, a las que se ha hecho referencia, implícitamente, deben considerarse las siguientes:

- a. A falta de mención de cantidad, se entiende que el aval garantiza todo el importe de la letra.
- b. La acción contra el avalista estará sujeta a los mismos términos y condiciones a que esté sujeta la acción contra el avalado.

IV ¿Por cuenta de quién se avala?

Sobre este aspecto existe una diferencia de criterio entre el Dr. Morles y la opinión del Dr. Muci. Con respecto a este punto, el profesor Morles afirma que el aval puede ser prestado por cuenta:

- a. Del aceptante;
- b. Del librador;
- c. Del endosante;

⁷⁸ MORLES, A. Ob. Cit. Pág. 1124.

⁷⁹ MORLES, A. Ob. Cit. Pág. 1125.

⁸⁰ MORLES, A. Ob. Cit. Pág. 1126.

⁸¹ MORLES, A. Ob. Cit. Pág. 1127.

⁸² MORLES, A. Ob. Cit. Pág. 1128.

- d. Del cedente de la letra de cambio;
- e. De otro avalista⁸³

Comulgamos con lo expresado por el doctor Alfredo Morles, con la salvedad de que si no existe la indicación de por quien se hace el aval, debe reputarse que fue hecho a favor del librador, de acuerdo con la previsión legal.

V ¿Quién puede avalar?

Si bien el Dr. Morles sostiene que la mayoría de la doctrina nacional acepta que el aval pueda ser prestado hasta por el propio aceptante cuando éste la haya aceptado parcialmente, y para sustentar su criterio cita la opinión de Hugo Mármol, quien afirma: "*El aval del librador por el aceptante no solo aumenta su responsabilidad, sino que es una rara manera por medio de la cual se exime al portador de levantar un protesto por falta de pago, con efecto solo frente quien avala*".⁸⁴

Es de acotar que es rara en la práctica dicha situación, ya que usualmente se prefiere incorporar a otra persona que pueda responder, en caso de incumplimiento del aceptante.

Por otra parte, aunque no existe mayores exigencias legales para que una persona pueda ser avalista, consideramos que deben cumplirse algunas condiciones previas al otorgamiento del aval, que son consensuadas entre el avalado y el beneficiario del título valor, a saber:

1. Tener capacidad para obligarse, es decir, ser mayor de edad, no tener la condición de entredicho o inhabilitado.⁸⁵
2. Debe ser una persona solvente económico, lo que constatará el beneficiario de la letra, salvo que sea una persona de notoria capacidad económica. Obviamente, que esto se debe a la circunstancia de que, si el deudor no cumple con sus compromisos, al avalista se le exigirá el pago, por lo que es del interés del beneficiario de la letra que el avalista sea una persona con suficiente patrimonio para responder de la responsabilidad asumida. Esto implica, lo siguiente:

⁸³ MORLES, A. Ob. Cit. Pág. 1129.

⁸⁴ MORLES, A. Ob. Cit. Pág. 1130.

⁸⁵ Sobre este aspecto debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el encabezamiento del artículo 1144 del Código Civil, que dispone: "Son incapaces para contratar en los casos expresados por la Ley: los menores, los entredichos, los inhabilitados y cualquiera otra persona a quien la Ley le niegue la facultad de celebrar determinados contratos".

- 2.a) Que el avalista tenga ingresos constantes, de acuerdo con el desempeño que realice.
- 2.b) Que las propiedades o bienes que posea no estén gravadas.

Obviamente, que ello garantizaría la seriedad del aval en protección al beneficiario de la letra.

VI

Oportunidad para prestar el aval

Nos adherimos a la opinión del homenajeado, quien afirma que en la mayoría de los casos el aval se otorga simultáneamente o con posterioridad a la obligación avalada, luego de cumplidos los requisitos contenidos en el artículo 410 del Código de Comercio.

Compartimos el criterio sustentado por el profesor Morles, en el sentido de que el aval se presta en favor de un obligado cambiario: "...el aval anticipado por el librador sería equivalente a la "inadmisible hipótesis de un aval prestado con anterioridad a la existencia misma del título y la atenuación del rigor de los principios no puede llegar tan lejos"⁸⁶

Sobre este punto el Dr. Morles difiere de la opinión del Dr. Muci, para quien es nulo este tipo de aval en todos los casos, basándose, en criterio del homenajeado, quien sostiene que "en un razonamiento excesivamente formal, el cual altera la noción aceptada generalmente en materia cambiaria, conforme a la cual las obligaciones pueden asumirse independientemente de su teórica cronología natural, con tal que la letra esté completa en el momento de la exigencia de la prestación que sostiene".⁸⁷

Ratifica el Dr. Morles su criterio dispar al del Dr. Muci, quien sostiene que "el aval prestado por el librador con anticipación a la firma de éste carece de efecto, porque la letra no existiría".⁸⁸

Consideramos que, en la práctica, tal y como afirma el profesor Morles, la letra de cambio se forma de manera coetánea, por lo que usualmente el aval se presta en la misma oportunidad de librar la letra de cambio. Sin embargo, podría ocurrir

⁸⁶ MORLES, A. Ob. Cit. Pág. 1131.

⁸⁷ MORLES, A. Ob. Cit. Pág. 1132.

⁸⁸ MORLES, A. Ob. Cit. Pág. 1132.

que existiera una letra de cambio librada sin garantía, y el beneficiario se entere que el aceptante ha sufrido un descalabro económico que le podría impedir cumplir con sus compromisos, por lo que pudiera exigirle que presentara un avalista para garantizarse el cobro oportuno de la letra, que es la hipótesis que el aval se preste con posterioridad a la obligación cartulada en la cambiial.

VII

Aval posterior al vencimiento

Sobre este aspecto, el Dr. Morles se consustancia con la doctrina francesa, la que niega la posibilidad del aval posterior al vencimiento de la letra de cambio. En ese sentido explica las razones en la que sustenta su criterio, que son las siguientes:

- a) el vencimiento de la letra de cambio extingue el título por falta de pago;
- b) que el vencimiento pone término al ciclo circulatorio del documento;

El homenajeado cita la opinión del Dr. Muci, quien niega la validez del aval posterior al vencimiento por lo siguiente:

- a. El avalista se obliga al pago en la misma forma que se obliga el avalado;
- b. El avalista no puede prestar su garantía después del vencimiento porque o la letra ya ha sido pagada, y si no lo ha sido, no puede garantizar al vencimiento;
- c. Aceptar que la obligación cartular originaria emanada del librador pueda ser modificada.⁸⁹

Consideramos que ambas posiciones se complementan, y la conclusión de ambos autores es la misma, en el aspecto de que no sería de la esencia del aval que se prestara una vez vencida la letra de cambio, cuya función es garantizar el cumplimiento oportuno de la obligación asumida por el aceptante; y una vez vencida la cambiial no estaría garantizando nada porque la obligación cartulada no se cumplió. En el caso de que efectivamente el deudor haya honrado oportunamente su compromiso, menos sentido tendría que se avalara su cumplimiento.

Por ello, compartimos las opiniones de los citados autores.

⁸⁹ MORLES, A. Ob. Cit. Pág. 1133.

VIII

Aval condicionado

Sobre este aspecto, el Dr. Morles siguiendo al Dr. Muci, expresa: "*podemos encontrar amplia referencia a las razones que se invocan contra la admisión del aval condicionado*", entre ellas:

- a) cualquier limitación que el avalista imponga no se concilia con la naturaleza propia de las obligaciones cambiarias;*
- b) las disposiciones legales reflejan la voluntad de evitar someter las obligaciones cambiarias a limitaciones;*
- c) el librador no puede sujetar a circunstancia alguna la orden de pago.*⁹⁰

El mismo autor (el homenajeado), cita a Mármol, quien se separa de la tendencia predominante, y expresa: "*nótese que la condición suspensiva en la Teoría General de las Obligaciones simplemente difiere el nacimiento de la obligación hasta que la condición se cumpla*".⁹¹

Si bien compartimos lo que expresan los citados autores, reiteramos lo señalado supra, en el contexto que el avalista puede limitar la suma que garantiza que, si bien no es una condición para el cumplimiento de su compromiso, es una limitación de su responsabilidad.

IX

Efectos del aval

El Dr. Morles transcribe el artículo 440 del Código de Comercio y sostiene que los efectos del aval deben verse desde el punto de vista de las obligaciones del avalista; y de los derechos del avalista. En su opinión, las primeras son:

- a) La autonomía;*
- b) la accesoriedad;*
- c) la solidaridad;*
- d) la abstracción; y,*
- e) el pago del avalado extingue la deuda del avalista.*⁹²

⁹⁰ MORLES, A. Ob. Cit. Pág. 1135-1136.

⁹¹ MORLES, A. Ob. Cit. Pág. 1137.

⁹² MORLES, A. Ob. Cit. Pág. 1141-1142.

Por lo que respecta a los derechos del avalista, el Dr. Morles señala:

- “a) la posesión del título lo habilita para proceder contra el garantizado;
- b) está amparado por la inmunidad que tienen todos los portadores cambiarios;
- c) el avalista no se subroga al pagar en los derechos del portador si no contra el avalado;
- d) si el avalado es el aceptante, el avalista sólo tendrá acción de reembolso”⁹³

La mayoría de las legislaciones latinoamericanas se basan en la Ley Uniforme sobre Letras de Cambio y Pagarés (Ginebra 1930), para regular la normativa relacionada con la Fianza y el Aval. A continuación, encontrarán cuadro comparativo de las disposiciones legales vigentes en Colombia, Costa Rica, España, Panamá, Perú y Venezuela.⁹⁴

Esperamos que esta información sea de utilidad para el lector.

	ARTICULOS QUE REGULAN AVAL
LEY UNIFORME SOBRE LETRAS DE CAMBIO Y PAGARES. GINEBRA, 1930.	30, 31 y 32
COLOMBIA	633, 634, 635, 636, 637 y 638 del Código de Comercio
COSTA RICA	755, 756 y 757 del Código de Comercio
ESPAÑA	Aval de la letra de cambio: 35, 36 y 37; Aval del cheque: 131, 132 y 133 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque. ⁹⁵
PANAMA	867, 868 y 869 del Código de Comercio
PERU	57, 58, 59 y 60 de la Ley Peruana de Títulos Valores
VENEZUELA	438, 439 y 440 del Código de Comercio

⁹³ MORLES, A. Ob. Cit. Pág. 1142-1143.

⁹⁴ Pudimos elaborar este cuadro gracias a la colaboración de: Colombia: Dr. José Manuel Guanipa, profesor de la Universidad de la Sában, Bogotá. Costa Rica: Lic. Botho Steinworth, director general de Latin Alliance. España: Dr. José Hurtado Cobles, Firma Legal, Barcelona. Panamá: Lic. Roberto De Araujo, Galindo, Arias & López (GALA). Perú: Dra. Very Esquivel, Ex Salaverria Ramos Romero & Asociados. Actualmente asociada en Estudio Muñiz. A todos nuestros agradecimientos.

⁹⁵ Versión digital disponible en https://www.supercontable.com/informacion/ley_gestion/Indice._Ley_19-1985_-de_16_-de_Julio_-Cambiaria_y_del_Cheque.html

	ARTICULOS QUE REGULAN FIANZA MERCANTIL
LEY UNIFORME SOBRE LETRAS DE CAMBIO Y PAGARES. GINEBRA, 1930.	No lo contempla
COLOMBIA	2361 al 2408 del Código Civil
COSTA RICA	509 al 520 del Código de Comercio
ESPAÑA	439 al 442 del Código de Comercio
PANAMA	807 al 813 del Código de Comercio
PERU	61 y 62 de la Ley Peruana de Títulos Valores; y, 1868 al 1889 del Código Civil.
VENEZUELA	544, 545, 546 y 547 del Código de Comercio

BIBLIOGRAFÍA

- DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Madrid, Ed. Tecnos, 1979, Vol. 1.
- DOMINICI, Aníbal. Comentarios al Código Civil venezolano (Reformado en 1896). Tomo Tercero. Tipografía Universal. Caracas. 1904.
- HINESTROSA, F. Tratado de las Obligaciones. Concepto, Estructura, Vicisitudes. Universidad Externado de Colombia. Tomo I, Primera Edición, 2002.
- MADURO LUYANDO, E. Curso de Obligaciones, Derecho Civil III, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1989.
- MORLES HERNANDEZ, Alfredo. Garantías Mercantiles, segunda edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2010.
- Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Tomado de la página web https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/BolACPS_1991_67_123_247-270.pdf.
- Curso de Derecho Mercantil, Tomo III, Títulos Valores. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1986.
- MUCI ABRAHAM, José (Hijo). Aval de la Letra de Cambio, Talleres Gráficos Escelicer, S.A., Madrid, España, 1963.
- YANNUZZI RODRIGUEZ, Salvador. El testigo en materia mercantil. Libro Homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2012.

Paginas consultadas

<https://editorial.tirant.com/es/libro/la-asuncion-de-deuda-en-el-derecho-civil-antonio-galvez-criado-9788484567141>

<https://www.dipublico.org/11404/convenio-que-establece-una-ley-uniforme-sobre-letras-de-cambio-y-pagares-ginebra-7-de-junio-de-1930>.

<http://www.encyclopedia-juridica.com/d/aceptaci%C3%B3n-por-intervenci%C3%B3n/aceptaci%C3%B3n-por-intervenci%C3%B3n.htm>.