

AVAL

Dr. Guillermo Peña Alzate

I.— Preliminares.

A medida que los tiempos discurren y que se va tornando cada vez más interrelacionada la madeja de las relaciones sociales, con un aumento de los elementos demográficos y, por ende, de las necesidades humanas, el existir también adquiere día a día formas nuevas, situaciones sorprendidas que apenas empiezan a asimilarse cuando son intempestivamente rezagadas por la superposición de otras. El más simple de todos los actos reviste así características complejas en su fondo, hallándonos ante la inevitable paradoja de que mientras mayor diafanidad y sencillez queremos comunicar a las actuaciones vitales, más complicada resulta la trama sustancial de ellos.

La materia comercial presenta buenos ejemplos para corroborar la anterior afirmación. Quien estampa su firma en un papel negociable, v. g. tia, ha realizado un acto de la más elemental simplicidad psico-física; la facilidad mecánica de la operación cambiaria ha querido llevarse a las últimas consecuencias de la abreviatura para comodidad y agilidad del inmenso volumen de este tipo de actuaciones que han de evacuarse cotidianamente. Otra cosa bien diferente se encuentra al auscultar las múltiples complicaciones y conexiones jurídicas que se deben analizar al través del examen científico, es, guardadas las proporciones, como cuando se levanta la tapa que recubre un abigarrado mecanismo de relojería.

Ahora está en pleno auge el empleo del aval para estimular el desarrollo y circulación de los instrumentos negociables. Se acepta a veces

indiscriminadamente y existe, casi en forma general, plena satisfacción por el sentimiento de seguridad que ha logrado inspirar en las funciones crediticias. Crece la demanda de documentos amparados con esta garantía, especialmente cuando la otorgan instituciones de notoria estabilidad o solvencia económica. Se recurre a él no solo por la relativa facilidad de obtenerlo, también por el impacto de reglamentaciones estatales que recortan la operancia de otras fuentes propiciadoras de numerario y por la desconfianza que va eclipsando, lenta pero efectivamente, otros sistemas de refuerzo al crédito consagrado en disposiciones normativas tradicionales.

Presumo, sin embargo, que no se da, para nosotros, un paralelismo adecuado entre esa animosidad por el tráfico de los documentos avalados y una siquiera noción técnica de la trascendencia que esa figura propia del derecho netamente mercantil representa en el ámbito de las expresiones jurídicas. Basta saber, como lo veremos enseguida, que nuestra legislación a más de parca es anacrónica y de discutible vigencia sobre el particular, agregando a la señalada deficiencia, el panorama casi desierto que ostenta desconsoladoramente la literatura patria al respecto.

Bien pudieran aplicarse al caso Colombiano las palabras que un catedrático español escribió, a manera de prólogo, en una interesante monografía sobre el tema: "Los mercantilistas españoles han venido, hasta hace poco, dedicando al aval una escasísima atención. No es adivinable la causa, pues existen algunas que debieron originar precisamente el efecto contrario: me refiero a la abundancia y complejidad de los problemas jurídicos que plantea esta institución y a la extraordinaria deficiencia de los dos únicos y desdichados preceptos que le consagra el código de comercio vigente... Parecería lógico que la profusión de cuestiones doctrinales, unida a la carencia de soluciones en el texto legal, sirviera de acicate a nuestros investigadores, y, sin embargo, no ocurría así. En contraste con la riqueza bibliográfica extranjera sobre este asunto, la correspondiente literatura nacional es pobrísima..." (Emilio Langlé y Ribio.- "El aval de la letra de cambio" Edit. Bosch - Barcelona).

Solamente conozco —y lo cito como excepción meritoria— el reflexivo estudio intitulado "El aval en la letra de cambio y su reglamentación en Colombia" que publicó el profesor Hernando Davis Echandía en la Revista "Derecho positivo", T.I I, N° 6, que elabora Ediciones Lerner.

Con esas advertencias espero contribuir así sea en forma elemental y asequible, a las inquietudes de quienes, en el campo del comercio,

la industria, la banca y demás profesiones afines, desean recibir un estímulo inicial mínimo para emprender la tarea encomiable de saber el qué, el por qué, y el para qué de algo tan acostumbrado como desconocido.

II.— Bosquejo histórico.

Al momento actual, y según el pregón común de los comentaristas, esta institución del AVAL se encuentra reglamentada en todos los sistemas cambiarios con la salvedad del grupo denominado "angloamericano" que ha querido conservar su singularidad frente a varios impulsos de unificación internacional (conferencias de la Haya y de Ginebra) y en donde se acude, como remedio sucedán-eo, a una forma de garantía similar prevista en el Bill off Exchange y en la Negotiable Instruments Law, con la denominación de "security".

No obstante esa continuidad de existencia desde épocas ya lejanas debe precisarse que, a tono con los movimientos y percusiones en la esfera del Derecho Cambiario, el concepto aludido ha evolucionado doctrinaria y legislativamente, hasta el punto de conservar sólo ciertos perfiles propios pero admitiendo un replanteamiento de su estructura en cuestiones notablemente sustanciales.

Ha mantenido, por ej., la característica fundamental de coadyuvar la recepción de títulos negociables por su servicio de garantizar un resultado y también la de subsistir como un acto de filiación exclusivamente mercantil. Pero hoy se le asigna una posición netamente cambiaria, depurándolo hasta el máximo de los moldeamientos civilistas que le servían de telón de fondo y, por ende, dotándolo de autonomía y precisión como se verifica con las obligaciones de las otras personas que intervienen en los nexos de la cambial.

En una palabra: se trascendió del concepto de la fianza, que, aún no había roto definitivamente el cordón umbilical con la placenta del derecho común, al del AVAL como algo adscrito con plenitud teórica y dogmática a la concepción revolucionaria de las "obligaciones abstractas", sin ligamentos de causalidad visibles, sin calificaciones de accesoriadad y, por lo mismo, absolutamente independientes en su origen, existencia y extinción.

Dicha transición, obviamente era demasiado brusca y radical para haberse gestado en un solo momento histórico. La doctrina debatió arduamente —aún se controvierten algunos aspectos— sobre los tópicos más significativos del tema, hasta llegar a precisarlo y metodizarlo con

triunfo de las concepciones modernas en el plenum de reuniones internacionales como el llamado "Convenio de Ginebra" (que cristalizó un acuerdo continental, auspiciado por la Sociedad de las Naciones, con fines a conciliar los sistemas predominantes en el Derecho Cambiario).

Se asegura que desde antiguo era conocido el uso de obtener garantías o seguridades especiales para la satisfacción de las letras de cambio. Es apenas evidente que en el período medioeval —como sucede con casi todas las instituciones mercantiles— hubo de adquirir particular difusión la costumbre de estas cauciones por los riesgos o peligros de la época y por el ensanchamiento geográfico del intercambio comercial que provocaba, seguramente, la necesidad de requerir mayores posibilidades de pago en documentos girados sobre plazas distantes contra personas desconocidas.

Rastreado la etimología de la palabra tratan de encontrar orígenes remotos de tal acto jurídico. Algunos se orientan por la ubicación tradicional del avalante en el papel negociable, así dicen que al igual que el endoso proviene de "endors" (espalda), aval deriva de "en bas" (abajo), o "a valle" ocupando el lugar inferior a la firma del girador. Ripert asegura que la verdadera expresión francesa es "donneur d'aval" y en ocasiones se le designa con un barbarismo "avaliseur". Savary dice que el verdadero antecedente está en la frase "faire valoir a valoir", porque indica cabalmente el aumento de valor o mejor crédito para el documento. Con igual argumento explican otros que el precursor inmediato es el vocablo latino "ad valorem" (Lyon Caen y Renault, T. IV. pag. 234). En términos semejantes pudiera proceder de una palabra "Vallare" que se utilizaba en algunos papeles de la edad media italiana y en el mismo Código Justiniano, con el significado de refuerzo, proteger con valla, dar fortaleza. Y aún hay quienes se asoman al derecho arábigo donde encontraron la palabra "Havâla" o "Habbala" que realmente se empleaba como signo de garantía o subrogación de deudores.

Latino, Germánico, Musulmán el antecedente primigenio del fenómeno en comento, lo cierto es que su configuración sustancial ha ofrecido distintas modalidades como lo anotaba antes de esta breve digresión lingüística. Aparte los deslindes territoriales que puedan hacerse en cuanto a la regimentación legal del concepto (bloque francés, alemán e Italiano como los agrupa Langlé y Rubio —opus cit.), la noción doctrinaria del mismo se ha desenvuelto en las que pudiéramos llamar teorías clásicas, eclécticas y modernas, en la descifración de su auténtica naturaleza jurídica.

La cuestión se refiere a determinar la verdadera posición del Avalista en el trasunto obligatorio del título negociable. Si es únicamente la persona que garantiza el cumplimiento de un deber ajeno y como tal gobernado en su responsabilidad por las normas del derecho común; o si, en otro sentido, es un interviniente más en la cadena de los obligados por la relación cartular y, por la misma razón, sujeto inexorablemente a los principios cardinales del Derecho Cambiario. Entre estos dos extremos cabe la postura intermedia que descubre en el Aval una figura ambivalente sometida de manera parcial a los enunciados de esas dos disciplinas que, en el estado actual de las reglas jurídicas, se presentan antagónicas.

En este antagonismo estriba precisamente la dificultad de conciliar conceptos que resultan diametralmente contrarios aun cuando en apariencia revelan analogía o similitud. Lo mismo sucede con otras instituciones del derecho tradicional civil que se desea amoldar o familiarizar con los ordenamientos del Cambiario; este reviste peculiaridades demasiado singularizadas, características que rechazan toda idea ensambladora, mejor amalgamadora y, a pesar de que posea aspectos semejantes con algunos institutos del campo opuesto, sus postulados perfilantes alejan toda posibilidad unificadora.

El problema no es tan trivial como pudiera parecerlo. Si se admite la tesis clásica de que el Aval comporta una fianza pura y simple, "... una garantía personal del pago de la letra de cambio que, como la aceptación, añade al título otro deudor..." (Thaller), se desprendería de esto, como consecuencia obligada, que el deudor del avalamiento contraería responsabilidades únicamente secundarias, situándose detrás del avalado: se obliga en defecto del afianzado; dispone del beneficio de excusión; establece un acto jurídico accesorio que pende completamente de la obligación principal contraída por aquel a quien cauciona y está en capacidad de hacer valer todas las defensas que éste último pudiera ejercitar para enervar la acción cambiaria, amén de otras aplicaciones trascendentales pero en el fondo contradictorias con la funcionalidad auténtica de los instrumentos.

Quizás debido a consideraciones de tal contrariedad que perjudicaban indudablemente el avance progresivo de las nuevas conquistas científicas, pero aún sin poder sacudir totalmente el polvo anacrónico de los moldeamientos tradicionales; tal vez con proyecciones decididamente futuristas pero sometidos a la realidad normativa de la época por no llegar a las audaces concepciones interpretativas del llamado "movimiento del derecho libre"; algunos bosquejaron una postura interme-

dia. Aludiendo a la escueta redacción de los textos de la Ley que definía el Aval como una garantía solidaria del pago, sostenían que no confiaban el asunto a concepciones absolutas porque había la probabilidad de distinguir las relaciones entre las diferentes personas que intervienen en el nudo obligacional del documento así: "... La disciplina jurídica del Aval figura entre las más disentidas ya porque nos falta el apoyo de la legislación y de la doctrina alemanas, a las cuales es casi desconocida esta institución, ya porque la misma presenta dos aspectos jurídicos diversos, según que se considere el avalista frente al tenedor de la letra o frente al avalado. Los autores no se ponen de acuerdo al definirlo, porque unos conceden mayor importancia a uno de los aspectos que los otros creen secundario. En mi opinión, la verdadera doctrina del Aval no puede establecerse si no se consideran separadamente estas dos especies de relaciones. Ambas son de naturaleza cambiaria, pero mientras la relación del Avalista y el tenedor pueda ser de naturaleza exclusivamente cambiaria, la relación entre Avalista y avalado se halla dominada por el conjunto de relaciones personales en virtud de las cuales se prestó el Aval; ellas determinarán los límites y ocuparán su puesto, cuando el aval haya perdido su eficacia cambiaria..." (César Vivante "Tratado de Derecho, Mercantil", T. III. pag. 353).

Más adelante, en la misma obra, (pag. 364), el connotado maestro desplegando las inferencias de su teoría, agrega: "... el avalista que ha perdido la acción cambiaria por inobservancia de los plazos puede, en su caso, utilizar contra el avalado la acción que el derecho común ofrece al fiador, sujeta a la prescripción de 10 a 30 años, según la naturaleza civil o mercantil de la garantía que hubiese asumido... La forma cambiaria cubre pero no destruye la relación de mandato, de cuenta corriente o de gestión de negocios que dió lugar a que se asumiese y pagase la deuda ajena..."

Vivante en este último punto toma partido en lo referente a otra cuestión bien controvertida de las implicaciones entre la relación subyacente o causa y las relaciones cambiarias emergentes de la letra, pero en lo fundamental da un paso gigantesco al colocar al Avalista como un "obligado cambiario" con relativa independencia y autonomía frente al tenedor.

Sin embargo no quiso asumir una postura verticalmente radical para emancipar definitivamente el acto cambiario del Aval y desligarlo del denominado contrato de fianza. Sostuvo siempre su ubicación ecléctica. Era el momento en que el problema adquiría especial resonancia y los grandes analistas del Derecho mercantil se esforzaban por cortar

de un tajo las amarras que tenían sujeto el velero de los doctrinas avanzadas en materia cambiaria a las playas tradicionalistas de las concepciones civiles.

Bolaffio y Bonelli preconizaron —embebidos en las directrices alemanas del derecho abstracto— que no empece el carácter caucionado del Aval éste constituye una garantía diametralmente distinta de la fianza porque no es *in personam* (subjctiva) sino *in rem* (objetiva), es decir totalmente autónoma, distinta e independiente de la obligación por cuya causa o motivo fue constituida: "... Es la garantía objetiva del pago total o parcial de la letra de cambio en favor de una persona determinada que se llama avalado, independientemente de la obligación garantizada" ("Tratado de Derecho Comercial" T. IV. pag. 719).

Así resume Emilo Langlé, en síntesis maravillosa, el pensamiento de Bolaffio acerca de las disimilitudes que hacen incompatible la fianza y el Aval: "1º- En aquella existe una obligación con dos deudores y en éste hay dos obligaciones autónomas en dos deudores; 2º- El fiador queda liberado si la obligación principal se extingue por razones personales del deudor, lo cual no sucede con el avalista; 3º- El uno puede oponer las excepciones personales del deudor y el otro no puede y 4º- El fiador sigue obligado mientras subsiste la deuda principal, en tanto que el Avalista queda libre si la letra de cambio no es válida por algún elemento esencial" (opus cit. pag. 33).

La réplica de Vivante a esa consagración objetivista y netamente cambiaria del planteamiento cuestionado, no se hizo esperar: "No me parece aceptable la calificación de objetiva que Bolaffio adjudica a esta garantía; él la califica así, porque la considera como una garantía de la obligación cambiaria. Pero dos razones decisivas condenan esta calificación: a) Que el Aval se extingue si la obligación del avalado es inexistente; b) Que el Aval garantiza sólo a los obligados posteriores al avalado; si éste paga el avalista no responde ya del pago de la letra de cambio" (opus cit. pag. 352 —Notas).

Con idéntico criterio subrayan este pensamiento otros tratadistas: "... Por tanto debe verse en el Aval una figura sui generis que puede calificarse como *garantía* cambiaria, gobernada, en ciertos aspectos, por los principios generales de la fianza y en otros, por las normas propias del derecho cambiario" (David Supino y Jorge de Semo "De la letra de cambio" pag. 336).

Estas censuras tampoco discurren sin contrarréplica. Bonelli sale de nuevo a la palestra jurídica y le discute a Vivante sus dos objeciones dogmáticas. Pues que no siempre la obligación del avalado percute en

la del avalista y ésta última será válida aun cuando la anterior no lo sea por carencia de algún requisito intrínseco (capacidad, representación legal, autenticidad de la firma); pero ello sólo ocurrirá cuando la pretermisión o defectos en la firma del avalado comuniquen al título inexistencia cambiaria. Y al otro aspecto se contesta diciendo que el orden normal de responsabilidad en las letras es según la aparición de las firmas (la cadena obligacional) y por ello nada más lógico que el avalista sólo garantice respecto de los partes futuras al avalado.

Cuanto a la mixtificación de considerar el avalamiento como un acto sui generis se responde que es apenas una solución cómoda y a veces muy socorrida para soslayar los grandes problemas del Derecho. Por el mismo fácil camino se resuelve sin mayores reatos mentales que el endoso equivale a una cesión de créditos sui generis; la complicada noción del acto cambiario entraña una simple venta sui generis; y la venta también no pasa de ser una permuta sui generis.

Se infiere de lo expuesto que ha existido una polarización hermenéutica con autores de vasta reputación a lado y lado en donde se advina que en el devenir de las instituciones jurídicas como en todas las gestaciones naturales se producen fricciones de factores adversos antes del alumbramiento definitivo.

En Ginebra (tercera conferencia Internacional - 1930) se dieron cita los más renombrados juristas para discutir el programa normativo más acorde con las concepciones modernas del Derecho Mercantil especializado y aprobaron la denominada "Convención sobre la Ley uniforme" que estableció una plataforma continental a este respecto, la cual fue firmada por 16 Estados, incluyendo a Colombia. Quedó así consagrada la doctrina de la obligación autónoma y abstracta que contraen todos los intervinientes en los Instrumentos Negociables, aún el avalista con prescindencia de las preocupaciones civilistas.

La Ley Italiana recogió esta inspiración en toda su cabalidad: "Art. 35.- El pago de una letra de cambio puede ser garantizado por todo o por parte de su importe por un Aval. — Esta garantía puede ser prestada por un tercero o, también, por un firmante de la letra. — Art. 37.- El Avalista queda obligado de la misma manera que aquel por quien se ha constituido garante. — Su obligación es válida aun cuando la obligación que ha garantizado, fuese nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma. — Cuando paga la letra de cambio el Avalista adquiere los derechos resultantes de la letra de cambio contra el garantizado y contra los obligados hacia éste último en virtud de la letra de cambio".

(Continuará ...)

Medellín, Agosto 9 de 1.964.