

GARANTÍAS EN TÍTULOS VALORES

HÉCTOR ENRIQUE LAMA MORE*

Resumen

El presente trabajo dirige su atención a las garantías en las relaciones jurídicas patrimoniales, es decir en las relaciones jurídicas obligatorias o creditorias; en las que se identifican a dos partes o sujetos: de un lado al sujeto activo, a quien se denomina acreedor o titular de un derecho de crédito, y por el otro al sujeto pasivo, denominado deudor u obligado frente al primero; por lo que ante la posibilidad de incumplimiento del deber u obligación impuesta o asumida por el sujeto pasivo -deudor-, la garantía constituye la esperanza de que tal obligación se cumpla y el acreedor vea satisfecho su crédito. En tal sentido, se analizan las garantías personales y reales que nuestro ordenamiento civil y mercantil, reconoce.

Palabras clave: Relaciones jurídicas patrimoniales - Acreedor - Deudor - Incumplimiento de las obligaciones - Garantías personales - Garantías reales.

Abstract

This paper addresses the guarantees or security interest granted in legal relationships, in other words, in mandatory or credit related legal relationships in which two parties or persons are identified: the active party, who is called the creditor or holder of a credit right, and the passive party, known as the debtor or liable party. Hence, facing the possibility of the breach of a duty or obligation imposed or assumed by the debtor, the guarantee constitutes the hope that such an obligation will be met and that the creditor's loan will be satisfied. In this regard, the personal and real guarantees acknowledged by our civil and commercial laws are analyzed.

Key words: Legal relationships - Creditor - Debtor - Breach of obligations - Personal guarantees - Real guarantees.

Sumario

1. Las garantías en general. 1.1. Garantías respecto de los bienes del deudor. 1.2. Garantías respecto de los bienes de un tercero. 2. Garantías personales, garantías reales y fideicomiso en garantía. 2.1. Fideicomiso de garantía. 2.2. Características generales de las garantías de los títulos valores. 2.3. Garantías personales. 2.3.1. Aval cambiario. 2.3.2. Responsabilidad del aval. 2.3.3. Subrogación del aval. Aval cambiario. 2.3.4. Alcances del aval cambiario. 2.4. La fianza. 2.4.1.- Responsabilidad del fiador. 2.5. Garantías reales. 3. Conclusiones.

* Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima - Poder Judicial del Perú. Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la Universidad San Martín de Porres y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. LAS GARANTÍAS EN GENERAL

Las garantías, en términos generales, constituyen un medio o instrumento de seguridad a las personas; con ellas se pone a buen recaudo sus derechos o sus bienes; proporcionan la tranquilidad necesaria a los titulares de tales derechos o bienes, frente a la amenaza o eventual afectación originada por la conducta indebida o inapropiada, adoptada –consciente o inconscientemente– por otra persona.

Reflexionando acerca de la idea que se tiene comúnmente sobre las garantías, podemos señalar que éstas pueden identificarse incluso como aquellas que sirven para la protección de bienes jurídicos de relevante importancia en nuestro ordenamiento jurídico, y que tienen connotación extrapatrimonial. Así, por ejemplo, la Constitución Política del Estado prevé medios idóneos que constituyen garantías que permiten asegurar y proteger los derechos fundamentales de las personas, frente a la amenaza de violación o a la violación misma de los referidos derechos, sea por los particulares o por el Estado; a estas se les conoce como garantías constitucionales.

En el presente trabajo circunscribiremos nuestra atención a las garantías en las relaciones jurídicas patrimoniales, es decir en las relaciones jurídicas obligatorias o creditorias; en ellas se identifican a dos partes o sujetos; de un lado tenemos al sujeto activo, a quien se le denomina acreedor o titular de un derecho de crédito, y por el otro se identifica al sujeto pasivo, denominado deudor u obligado frente al primero. Ante la posibilidad de incumplimiento del deber u obligación impuesta o asumida por el sujeto pasivo –deudor–, la garantía constituye la esperanza de que tal obligación se cumpla y el acreedor, llegado el momento, vea satisfecho su crédito; se puede afirmar entonces que la garantía permite al acreedor la seguridad de la satisfacción de su interés y la adecuada protección a su derecho de crédito; es decir, la garantía cubre el riesgo de un eventual incumplimiento de la obligación asumida por el deudor.

1.1. Garantías respecto de los bienes del deudor

Las garantías, como una seguridad de orden patrimonial, proporcionada a los acreedores, han tenido una significativa evolución. En sus orígenes encontramos, según lo refiere PEÑA GUZMÁN¹, la figura conocida en el

¹ PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto. «Derecho civil. Derechos reales». Tomo III. Tipográfica Editora Argentina S. A. Buenos Aires, 1975, primera edición y primera reimpresión, p. 288.

derecho romano –Ley de las XII tablas– como el *nexum*, en virtud del cual el deudor, para garantizar el cumplimiento de la obligación, se auto mancipaba al acreedor mediante el típico procedimiento del cobre y la balanza, sometiéndose con su propia persona al acreedor –*manus*– de la misma forma como se sometían quienes se encontraban culpables por delitos por ellos cometido. Se conoce que esta figura desapareció en el año 326 a de nuestra era, al sancionarse en Roma la *Ley Paetelia Papiria*, que dispuso que el deudor en adelante solo respondería con sus propios bienes por las obligaciones que contrajera, siendo suficiente el juramento del deudor para pagar, de ser el caso, con sus bienes.

Efectivamente, en términos generales se reconoce por el derecho –desde Roma– que *los bienes del deudor son “prenda” común de los acreedores*, es decir, que cuando una persona contrae una obligación o asume una deuda, automáticamente todo su patrimonio queda afectado jurídicamente a favor del acreedor, de tal manera que si el deudor se desprende de sus bienes, enajenándolos, o gravándolos, perjudicando con ello el derecho del acreedor de ver satisfecho su interés con la realización de dichos bienes, éste se encuentra legitimado para impugnar –vía acción pauliana– dicha enajenación o gravamen con el objeto de que el órgano jurisdiccional declare su ineficacia respecto de su persona. Por ello, existiendo deuda pendiente de ser satisfecha, el deudor no tiene total libertad para disponer de su patrimonio, pues éste es precisamente la garantía o la seguridad que tiene el acreedor en caso que, llegado el momento, se incumpla la obligación.

Siendo que los bienes del deudor pueden ser dispuestos sin que el acreedor, por alguna razón, tenga la oportunidad de impedir ello, surge, para tranquilidad del acreedor, la figura de la garantía sobre determinados bienes –muebles o inmuebles– del deudor a favor del acreedor; inicialmente dichos bienes, claramente identificados, eran entregados físicamente al acreedor o a un tercero –depositario– apareciendo la figura de la prenda o *pignus* para el caso de los muebles; en el caso de inmuebles se utilizó la *anticresis* o la *hypotheca*; apareciendo de esta forma las denominadas garantías reales, constituida sobre bienes del propio deudor. Hoy en nuestro ordenamiento jurídico se reconocen, en lugar de la prenda, las denominadas garantías mobiliarias, subsistiendo, con sus particularidades, la anticresis y la hipoteca.

1.2. Garantías respecto de los bienes de un tercero

Sin embargo, ante la eventualidad de que los bienes del deudor resultaren insuficientes para responder por sus deudas, los acreedores ven reforzada

la seguridad de su derecho al admitirse que un tercero, ajeno a la relación jurídica existente entre ellos, para que respondiera de la misma forma que el deudor, es decir con su patrimonio –o con determinados bienes claramente identificados–, por las obligaciones asumidas por éste. El tercero puede constituirse como garante del deudor respondiendo con su patrimonio o puede afectar jurídicamente determinados bienes de su propiedad; en el primer caso se presenta la llamada garantía personal, como es el caso de la fianza, mientras que en el segundo se está ante una garantía real, como es el caso de la garantía mobiliaria –nuestro ordenamiento reconocía a la prenda– o la hipoteca.

Refiriéndose a la garantía –en el sentido patrimonial– DIEZ PICAZO², con aguda precisión, señala que por ésta se entiende toda medida de refuerzo que se añade a un derecho de crédito para asegurar su satisfacción, atribuyendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o unas nuevas facultades. Se puede afirmar, sin duda, que esta garantía proporciona al acreedor la posibilidad de atacar no solo el patrimonio del deudor, sino además el del que constituyó la garantía.

Si la finalidad de la garantía es dar seguridad al titular de un crédito, es fácil deducir que la garantía constituye, en estricto, un elemento accesorio a la relación jurídica de crédito. Su existencia solo se justifica frente a la existencia de una relación jurídica obligatoria. En realidad estamos frente a dos relaciones jurídicas; una es la que existe entre el acreedor y el deudor y otra es la que se presenta entre el acreedor y el garante; la primera de ellas es la relación jurídica principal y la segunda es una relación jurídica accesorio.

Los contratos de seguros, en virtud de la cual se cubren riesgos por actividad profesional o industrial o por daños causados a terceros por responsabilidad extracontractual, cumplen el rol de garantías en favor de los eventuales afectados o acreedores, pues agregan a la obligación que le corresponde al autor directo, la de otra persona a efecto de asegurar la compensación económica respectiva.

En los daños causados directamente por el chofer de un vehículo en un accidente de tránsito, el dueño del vehículo –cuando es persona distinta del chofer– asume el rol similar al de garante del conductor frente al dañado, en la medida que cubre con su patrimonio la obligación que le corresponde al

² DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. «Sistema de Derecho Civil». Volumen III, Editorial Tecnos S.A. Madrid, Quinta edición, Cuarta reimpresión, 1995, p. 496.

autor directo. Sucede algo similar con el empleador o principal respecto de los daños ocasionados directamente por el subordinado o dependiente en el ejercicio de sus funciones o del encargo.

En los procesos judiciales, la contracautela –personal o real– ofrecida por el beneficiado –o por un tercero– de una medida cautelar concedida por el Juez, constituye una garantía frente a los eventuales daños que pudiera generar su ejecución si la medida dictada resultara ser innecesaria.

En materia civil y mercantil, nuestro ordenamiento reconoce las garantías personales como la fianza, el aval; en cuanto a las garantías reales, se identifican a la garantía mobiliaria, la hipoteca, el derecho de retención y la anticresis; se agrega ahora como una garantía real *sui generis*, aquella constituida en mérito de una resolución judicial que admite la contracautela real en garantía de los eventuales perjuicios que pudiera generar la ejecución de una medida cautelar.

2. GARANTÍAS PERSONALES, GARANTÍAS REALES Y FIDEICOMISO EN GARANTÍA

El Art. 56 de la actual Ley de Títulos Valores (La Ley) distingue las garantías personales de las reales. Como se ha indicado líneas arriba, en términos generales, se afirma que por las primeras de las nombradas el garante responde con todo su patrimonio hasta por el monto de la obligación, el que queda afectado jurídicamente desde la constitución de la garantía a favor del acreedor garantizado; mientras que por la otras el garante afecta jurídicamente determinados bienes, claramente identificados, en favor del acreedor.

El Art. 56.1 de La Ley, establece que el cumplimiento de las obligaciones que representan los títulos valores puede estar garantizado total o parcialmente por cualquier garantía personal y/o real u otras formas de aseguramiento que permita la ley, inclusive por fideicomisos de garantía.

Nos detendremos ahora, brevemente, en la figura del fideicomiso, para luego analizar las otras formas de aseguramiento, es decir las garantías personales y las reales.

2.1. Fideicomiso de garantía

Esta forma de aseguramiento –fideicomiso de garantía– guarda relación con lo previsto en el numeral **56.5 de La Ley**, en la medida que regula la

constitución y ejecución de garantías de **valores mobiliarios** y de **valores con representación por anotación en cuenta**; ésta norma señala que en ese caso deberán observarse además las disposiciones especiales que señalen las leyes de la materia.

En principio diremos que con relación al uso del fideicomiso³ como una forma de aseguramiento de obligaciones, debemos entenderlo como aquel que constituye una persona denominada fideicomitente –deudor– quien transfiere bienes en fideicomiso, con la finalidad de asegurar con dichos bienes –o con sus provechos– las obligaciones o deudas por él asumidas, pudiendo los mismos ser realizados por el fiduciario con el objeto de resarcir, de ser el caso, el crédito incumplido, en la forma prevista en el contrato a favor del fideicomisario u otro acreedor.

Según MARTORELL⁴ el *fideicomiso de garantía* es el fideicomiso por el cual se transfiere al fiduciario bienes para garantizar con ellos o con su producto el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo o a cargo de terceros, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará una vez realizados los bienes, el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, conforme a lo previsto en el contrato; refiere este autor que se trata de un sustituto práctico del tradicional sistema de garantías reales; la diferencia sustancial que existe con éstas, es que si bien se trata de la efectivización de la garantía en caso de incumplimiento, la venta fiduciaria no es una ejecución forzada, sino simple cumplimiento de una obligación alternativa.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce dos supuestos en las que intervine la figura del *fideicomiso de garantía*. Uno de ellos es cuando se constituye como respaldo o aseguramiento de créditos concedidos por una Empresa del sistema financiero y de seguros, en cuyo caso, de incumplirse el crédito se procederá a la ejecución del patrimonio fideicometido, en la forma prevista

³ El Art. 241 de la Ley de Bancos –Ley 26702– establece que el **fideicomiso** es una relación jurídica por la cual el *fideicomitente* transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada *fiduciario*, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de éste último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o de un tercero denominado *fideicomisario*; agrega la citada norma que el patrimonio fideicometido es distinto del patrimonio del fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario, y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes.

⁴ MARTORELL, Ernesto Eduardo. «Tratado de los Contratos de Empresa». Tomo II. Contratos bancarios. Ediciones Depalma, Segunda edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, 2000, págs. 1024-1025. Sostiene este autor que es probable que esta especie de fideicomiso –en garantía– reemplace en algunos supuestos la hipoteca en razón de ciertas ventajas que primarán sobre ella; por ejemplo, al evitarse el proceso judicial; ello repercutirá en la valorización del bien como objeto de la garantía, ya que los costos y el tiempo de recupero de la inversión en caso de incumplimiento serán menores.

en la ley o en el contrato. El otro es cuando se constituye en respaldo a los derechos incorporados en valores mobiliarios.

El Art. 274 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley de Bancos) ha regulado la figura conocida como *fideicomiso en garantía*⁵, aplicable solo a empresas del sistema financiero y de seguros. Esta norma prohíbe que el *fiduciario* sea al mismo tiempo el acreedor. Es el primer supuesto indicado en el párrafo anterior.

Por su parte, con relación al segundo supuesto, el Art. 260 de Ley de Bancos, ha establecido que la emisión de **valores mobiliarios** con respaldo de un patrimonio fideicometido, se sujeta a lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores.

El Art. 301 del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por DS. 093-2002-EF, establece que en el *fideicomiso de titulación* una persona denominada *fideicomitente*, se obliga a efectuar la transferencia fiduciaria de un conjunto de activos a favor del *fiduciario* para la constitución de un patrimonio autónomo, denominado patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto a la finalidad específica de servir de respaldo a los derechos incorporados en valores cuya suscripción o adquisición concede a su titular la calidad de *fideicomisario*. Agrega la citada norma que únicamente las **sociedades tituladoras**⁶ pueden ejercer las funciones propias del *fiduciario* en los *fideicomisos de titulación*.

Como se puede apreciar, los alcances del *fideicomiso en garantía* se encuentran limitados por la expresa regulación contenida en la Ley de Bancos y en la Ley del Mercado de Valores. Por ello cuando la Ley de Títulos Valores alude al aseguramiento de las obligaciones contenidas en títulos valores *vía fideicomiso en garantía*, debe estarse a lo dispuesto en tales disposiciones legales.

⁵ El Art. 274 de la Ley de Bancos -Ley 26792-, refiriéndose al **fideicomiso en garantía**, señala: La empresa que otorgue créditos con una garantía fiduciaria constituida con una tercera empresa fiduciaria se resarcirá del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicometido, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicometido cuando ésta se encuentre integrado por dinero dando cuenta, en este último caso, a la Superintendencia.

⁶ Según al Ley del Mercado de Valores la **Sociedad Tituladora** es la sociedad anónima de duración indefinida cuyo objeto exclusivo es desempeñar la función de *fiduciario* en los procesos de titulación, pudiendo además dedicarse a la adquisición de activos con la finalidad de constituir patrimonio fideicometidos que respalden la emisión de valores.

2.2. Características generales de las garantías de los títulos valores

Los numerales **56.2, 56.3 y 56.4 de la Ley de Títulos Valores**, establecen determinadas características respecto de las mencionadas garantías, que deben tenerse en cuenta.

En el primero de ellos se establece como requisito para que dichas garantías surtan efecto en favor de cualquier tenedor, el que deba dejarse constancia de ello en el mismo título o registro respectivo. Esto, como se sabe, es expresión del principio de literalidad regulado en el Art. 4° de la Ley de Títulos Valores; en él se establece que los alcances y modalidad de los derechos y obligaciones que emergen de los títulos valores, quedan determinados del texto del propio documento cambiario o en hoja adherida a él. Por lo tanto no es posible la exigencia de cumplimiento de derechos u obligaciones que no consten en el propio texto del documento.

Tratándose de valores desmaterializados, con representación por anotación en cuenta, las garantías constituidas conforme a la ley de la materia deberán estar inscritas –bajo responsabilidad del emisor y en su caso de la Institución de Compensación y Liquidación de Valores– en los respectivos registros; esta garantía surte efecto desde su inscripción.

Por otro lado, el segundo dispositivo que se indica establece que si no se señala a la persona garantizada, se presume que la garantía opera en respaldo del obligado principal. El garantizado puede ser cualquiera de los obligados en el título valor, contra los que pueden ejercerse acciones cambiarias directas, de regreso u ulterior regreso; en las garantías debe indicarse quién es el garantizado; no obstante, si esta garantía consta en un título valor, tal omisión no la invalida ni la hace ineficaz, pues se entiende que dicha garantía es a favor del obligado principal –aceptante en la cambial, emitente o girador en el pagaré y el cheque, etc.; decisión idónea del legislador a efecto de asegurarle al tenedor del documento la mejor posibilidad de hacer eficaz la garantía.

Finalmente, el tercero de los supuestos previstos líneas arriba, establece que a falta de mención expresa del monto o límite de la garantía, se entiende que garantiza todas las obligaciones y el importe total que representa el título valor. Al igual que en el caso anterior, en términos generales debe entenderse que en las garantías deben indicarse con precisión, al momento de su constitución, la obligación garantizada así como el monto o suma garantizada; no obstante, tratándose de una garantía que consta en un título valor, en caso de omisión de tales datos, la garantía subsiste, con la precisión

de que se aseguran todas las obligaciones que aparecen consignadas en el documento y por el monto total de ellas.

2.3. Garantías personales

Las garantías personales pueden consistir, como lo sostiene VICENT CHULIA⁷, en la asunción de una obligación propia, que se añade y refuerza la obligación principal, o que, por el contrario, en la incorporación del garante como sujeto pasivo de la misma obligación preexistente.

Las garantías personales típicas en el derecho mercantil son el aval cambiario y la fianza.

2.3.1.- Aval cambiario

En términos generales se puede afirmar, como se reconoce en el derecho comprado, que por el solo hecho de la firma, todo firmante de una letra –o título valor– garantiza su pago⁸.

En virtud del aval, el avalista interviene en el título valor con el objeto de garantizar el pago de la obligación contenida en él; no está pensado para ser parte o integrar ninguno de los negocios jurídicos que subyacen tanto en la emisión del documento como en su circulación.

La doctrina concibe al aval cambiario como aquel mediante la cual una persona –denominada avalista– garantiza que uno de los obligados cambiarios pagará la obligación contenida en la letra de cambio o título valor. SÁNCHEZ CALERO⁹ señala que algunas de las características del aval son: que debe constituirse por escrito; que el avalado ha de ser uno de los obligados cambiarios, es decir, el aceptante en la letra –o emitente en el pagaré– el librador o endosante.

⁷ VICENT CHULIÁ, FRANCISCO. «Introducción al estudio de las garantías personales en el ordenamiento español». En: *Tratado de garantías en la contratación mercantil*. Coordinación a cargo de Ubaldo NIETO CAROL y José Ignacio BONET SÁNCHEZ. Tomo I. Parte general y garantías personales. Editorial Civitas SA, Primera edición, 1995, p. 372.

⁸ GARRIGUES, JOAQUÍN. «Curso de Derecho Mercantil». Tomo III; reimpresión de la séptima edición. Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1987, p. 244. Refiriéndose al aval cambiario, el autor sostiene que el aval da por supuesta la existencia de un título ya creado y que nadie le obliga a firmar y en el que interviene espontáneamente para asegurar su buen fin.

⁹ SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO. «Instituciones de Derecho Mercantil». Tomo II. Editorial Clares, Valladolid, 1969, p. 34. Este autor reconoce que el aval puede ser general y limitado; en el primer caso el avalista responde en los mismos casos y formas que la persona por la que salió garante, y en el segundo, cuando la garantía se limitare a tiempo, caso, cantidad o persona determinada, no producirá mas responsabilidad que la que nazca de los términos del aval.

El aval cambiario, según VICENT CHULIÁ, es la declaración cambiaria estampada por el avalista en el mismo título de la letra de cambio, pagaré o cheque, mediante la cual el avalista garantiza, solidariamente con el avalado –quien debe ser otro firmante u obligado cambiario– el pago de la totalidad o de parte del importe de la obligación cambiaria. La causa típica del aval es la garantía del pago y no de la aceptación¹⁰.

Refiriéndose a la influencia francesa y alemana en relación al concepto del aval, URÍA¹¹ señala con magistral precisión que el Código de comercio de su país, siguiendo el modelo francés de código napoleónico, estableció que la función garantizadora que constituye la causa del aval se deduce su indiscutible parentesco con la fianza; frente a la concepción alemana que siempre vio en el aval una asunción cumulativa de las obligaciones del avalado efectuada por el avalista y válida aun en el caso de ineficacia, inexistencia o inexigibilidad de vínculo obligatorio para el avalado, siempre que formalmente este apareciera como obligado; la concepción alemana dejó establecida la desconexión entre aval y afianzamiento.

En la lógica citada líneas arriba, ESCUTI¹² señala que el avalista queda obligado hacia los portadores del título en una posición similar a la del avalado; así mismo que el aval es en estricto un obligado cambiario, y por tanto contrae una obligación literal, abstracta y sustancialmente autónoma que lo obliga solidariamente ante el portador del título, por lo que son inadmisibles los beneficios de excusión, división o interpelación.

En el **artículo 57 de nuestra Ley de Títulos Valores**, se define quiénes pueden otorgar aval en un título valor; señala que, con excepción del obligado principal, el aval puede ser otorgado por cualquiera de los que intervienen en el título valor o por un tercero. En el caso de ser uno de los intervinientes, éste debe señalar en modo expreso su adicional condición de avalista.

En esta norma se establece que para ser aval no es requisito ser, necesariamente, un tercero distinto a los obligados en el título valor; en realidad el aval puede ser también cualquier otro obligado cambiario –aceptante, emitente o librador

¹⁰ VICENT CHULIÁ, Francisco. *Op. Cit.*, p. 383. Precisa el autor que el carácter especial del aval respecto de la fianza se manifiesta en los supuestos de conversión del mismo en fianza común, por virtud del principio de conservación del negocio jurídico.

¹¹ URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y Antonio PÉREZ DE LA CRUZ. «Curso de Derecho Mercantil». Estudio colectivo. Tomo II. Contratación mercantil, Derecho de los valores, Derecho concursal, Derecho de navegación. Editorial Civitas, Madrid. 2001, p. 779.

¹² ESCUTI, Ignacio A. «Títulos de Crédito, letra de cambio, pagaré y cheque». Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1988, p. 127.

o endosatario del título valor-; en cuyo caso el obligado debe indicar además su condición de avalista, indicando quién es el avalado; en caso de omisión se entiende que el avalado es el obligado principal. Es obvio que el obligado principal no puede ser avalista, pues su situación en el documento cambiario no puede agravarse.

Los numerales **58.1, 58.2 y 58.3 del artículo 58 de la Ley de Títulos Valores**, establecen algunas formalidades que se deben tener en cuenta, en lo referente a la intervención del aval; el primero de ellos señala que el aval debe constar en el anverso o reverso del mismo título valor avalado o en hoja adherida a él, observando en este último caso las formalidades que la presente Ley establece. En esta norma se ratifica el elemento literalidad en los títulos valores; **es decir el aval debe constar por escrito en el propio documento cambiario**; dicho en otras palabras, el avalista debe suscribirlo, caso contrario no existirá acción cambiaria contra dicho garante.

En relación al tema de que si el aval debe o no constar en el título, nuestra Ley de Títulos Valores, se distingue de aval cambiario regulado en otros países, en las que se admite la posibilidad de que el aval conste por escrito fuera del título; así vemos, por ejemplo, en Argentina ESCUTI¹³ señala que el aval es un acto cambiario unilateral no recepticio de garantía, *otorgado por escrito en el título o fuera de él*, en conexión con una obligación cartular formalmente válida, que constituye al otorgante en responsable cambiario del pago. Por su parte, Sandoval¹⁴, con similar criterio que el sostenido por ESCUTI, refiriéndose al derecho cambiario en Chile, señala que el aval es un acto escrito y firmado en la letra de cambio, *en una hoja de prolongación adherida a ésta, o en un documento separado*, por el cual el girador, un endosante o un tercero garantiza en todo o en parte el pago de ella.

Debe indicarse además la cláusula expresa de “aval” o “por aval”, como lo precisa el segundo de los numerales citados el párrafo precedente; se aplica al avalista la misma exigencia que a cualquiera que suscribe un título valor -Art. 6° de La Ley- es decir debe consignar su nombre, el número del documento oficial de identidad, su domicilio y su firma. Debe precisar además la persona avalada; claro está que en caso no se indique a quién se está garantizando, se entiende que el avalado es el obligado principal o en su caso el girador; así esta establecido en el **numeral 58.4 de La Ley**.

¹³ ESCUTI, Ignacio A. *Op. Cit.*, p. 111.

¹⁴ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. «Manual de derecho comercial». Tomo II. Segunda edición actualizada. Editorial jurídica de Chile, p. 122.

Si la garantía consta en el anverso del documento, como lo precisa en **numeral 58.3** de La Ley, podrá prescindirse de la cláusula “aval” o “por aval”.

Con relación al domicilio del avalista, el numeral **58.5 de La Ley**, señala que a falta de indicación del domicilio del avalista, se presume que domicilia para todos los fines de ley respecto al ejercicio de las acciones derivadas del título valor, en el mismo domicilio de su avalado o, en su caso, en el lugar de pago. La norma privilegia la subsistencia de la garantía –aval cambiario–, pues se asume que en caso de omisión en el señalamiento de su domicilio, debe entenderse que su domicilio es el mismo que el del avalado, o en su caso el del obligado principal –lugar de pago–.

Finalmente, como se ha indicado líneas arriba, tratándose de una garantía personal, como lo es el aval, debe indicarse el monto o la suma de dinero que está cubriendo el avalista; si no se precisa tal detalle, se presume que es por el importe total del título valor; así lo prevé el numeral **58.6 de la Ley**.

2.3.2.- Responsabilidad del aval

El **Art. 59 de La Ley** establece la Responsabilidad del aval. Veamos. Como bien lo señala ESCUTI¹⁵, una de las características más importantes de aval cambiario está referida a su desvinculación de la relación causal, en virtud de la cual queda establecido que la obligación del avalista subsiste aunque la obligación garantizada o el título sean nulos por cualquier causa sustancial; sin embargo, si el vicio que afecta al documento cambiario o título valor es meramente formal, tal hecho, por el contrario, hace caer la citada garantía.

En nuestro país, el **Art. 59.1 de La Ley**, incorpora la característica recogida en el derecho comparado y que es comentada en el párrafo precedente por el jurista argentino, al establecer que el avalista queda obligado de igual modo que aquél por quien prestó el aval; y, su responsabilidad subsiste, aunque la obligación causal del título valor avalado fuere nula; excepto si se trata de defecto de forma de dicho título.

Por otro lado, refiriéndose a la diferencia con la fianza, el mismo autor argentino sostiene, que mientras la obligación del fiador es siempre accesorio y puede o no ser solidario, en el caso del avalista su obligación es siempre directa, independiente y solidario. Asimismo, el avalista cambiario no puede valerse de las excepciones personales del avalado, en razón de que su obligación es independiente y el derecho del tercero es autónomo, por su

¹⁵ ESCUTI, Ignacio A. *Op. Cit.*, pp. 113/114.

parte el fiador puede valerse de todas las defensas del deudor garantizado, aun contra la voluntad de éste¹⁶.

Con relación a esto último, el Art. **59.2 de La Ley**, establece que el avalista no puede oponer al tenedor del título valor los medios de defensa personales de su avalado. Tal hecho, como se ha indicado, constituye una de las diferencias más importantes que existe entre el aval cambiario y la fianza.

Es posible que en el aval se establezca su vigencia en el tiempo; ello con el objeto de verificar o no su intervención en las renovaciones que se establezcan entre su avalado y el tenedor del título. El Art. **59.3 de La Ley**, señala que el avalista puede asumir la obligación señalada en el primer párrafo en forma indefinida, en cuyo caso no será necesaria su intervención en las renovaciones que acuerde su avalado y el tenedor del título; la citada norma señala que en este caso, su aval deberá constar en modo expreso en el título mediante la cláusula "Aval Indefinido" o "Aval Permanente".

A contrario de lo regulado en la norma citada precedentemente, se puede establecer que el aval puede ser de naturaleza temporal. URÍA¹⁷ señala que el aval temporal es aquel en que el avalista subordina su vinculación a que le sea requerido el pago de la letra dentro de unos determinados límites temporales; como por ejemplo: 30 ó 60 días después de la fecha del vencimiento; refiere el mencionado autor que se considerará nulo el aval que contenga una limitación temporal que lo haga caducar antes de que la letra venza.

La cláusula "aval indefinido" o "aval permanente", resulta innecesaria en aquellos títulos valores que contengan la cláusula de prórroga prevista en el Art. 49 de La Ley; así queda establecido en el **numeral 59.4 de La Ley**.

2.3.3.- Subrogación del aval

El Art. **60 de La Ley** regula la subrogación del aval. En las relaciones que el aval tiene con los otros obligados en el título valor, el avalista que cumple con la obligación garantizada adquiere los derechos resultantes del título valor contra el avalado y los obligados en favor de éste en virtud del título valor, y se subroga en todas las garantías y derechos que otorgue dicho título. Así lo establece categóricamente el Art. **60.1 de La Ley**.

Similar criterio al que prevé la norma citada en el párrafo precedente, sucede en el derecho cambiario español. Sobre ello URÍA¹⁸ indica que el avalista que

¹⁶ ESCUTI, Ignacio A. *Op. Cit.*, p. 114.

¹⁷ URÍA Rodrigo, MENÉNDEZ Aurelio y Antonio PÉREZ DE LA CRUZ. *Op. Cit.*, p. 783.

¹⁸ URÍA Rodrigo, MENÉNDEZ Aurelio y Antonio PÉREZ DE LA CRUZ. *Op. Cit.*, p. 785.

pague adquirirá los derechos derivados de ella contra la persona avalada y contra los que sean responsables cambiariamente respecto de ésta última; por ello, sostiene el citado autor que si el aval se dio por el aceptante, tenga acción contra éste, pero no acción de regreso contra nadie; si salió el garante –avalpor el librador –en la letra–, tendrá acción contra éste y contra el aceptante y su avalista. Si avaló a un endosante, puede dirigirse contra su avalado, los endosantes anteriores, contra el librador –en la letra– contra el aceptante y contra el eventual avalista de cualquiera de ellos.

Por su parte, en el derecho argentino, informa ESCUTI¹⁹, se establece también que el avalista que cumple con la prestación a la que estaba obligado en función de la garantía asumida, tiene el derecho cartular de ir contra el avalado y de los que respondan ante éste; en otras palabras, goza de un derecho cambiario y, por tanto, es autónomo y originario, similar al que puede tener un endosante para ir en contra de los obligados mediante la acción de reembolso: el avalista no sucede ni se subroga en los derechos que tenía el portador del título a quien le efectuó el pago.

Finalmente el **Art. 60.2 de La Ley**, establece que el avalista que cumpla con el pago el día del vencimiento o antes que el título fuese protestado, de lo que se dejará constancia en el mismo título, no requerirá de la formalidad prevista en el segundo párrafo del Artículo 70 para ejercitar los derechos cambiarios que le corresponda.

El segundo párrafo del **Art. 70 de La Ley** establece que en los títulos valores sujetos a protesto, el protesto o la formalidad sustitutoria que deben ser obtenidos dentro de los plazos previstos al efecto, constituyen formalidad necesaria para el ejercicio de las acciones cambiarias respectivas; de lo expuesto se desprende que el avalista se encuentra exonerado de la diligencia del protesto o formalidad sustitutoria, siempre y cuando pague la obligación garantizada el día del vencimiento o antes de que el título sea objeto del protesto; para ello se requiere que se deje constancia del pago en el propio documento cambiario.

2.3.4.- Alcances del aval cambiario

Con relación a los alcances de las obligaciones que corresponden al aval, supongamos que en un título valor el avalado es el obligado principal ¿Si se acredita que la firma de éste es falsa, por ejemplo del aceptante en una cambial, responderá el aval por la obligación contenida en el citado documento?

¹⁹ ESCUTI, Ignacio A. *Op. Cit.*, p. 132.

Algunos sostienen que si se acredita la falsedad de la firma del avalado puesta en un título valor, tal hecho invalidaría formalmente el documento, de lo que se concluye que, en tal supuesto, el aval no respondería por la obligación asumida por su avalado.

No obstante, nuestro ordenamiento establece que el hecho de que se acredite la invalidez de la firma puesta por uno de los obligados en un título valor, dicha situación no invalida el documento cambiario, ello en razón de que la obligación será asumida por los otros que firmaron tal documento. Ello se deduce de lo previsto en el **Art. 8 de la Ley**. Por ello se puede afirmar que si la firma del avalado es inválida o falsa, el aval continúa siendo obligado respecto del crédito garantizado.

2.4. La fianza

La fianza se celebra entre el acreedor y el fiador; es decir, no se requiere de la intervención del deudor; se puede celebrar sin que el deudor sea citado o comunicado, e incluso contra la voluntad del propio deudor. En virtud de ella el fiador responde frente al acreedor por el incumplimiento de la obligación asumida o que le corresponde al deudor en la obligación principal.

De lo que se trata es que el fiador asume y responde por una obligación ajena. Nuestro Código Civil –en su Art. 1868– acepta que la fianza puede constituirse no solo a favor del deudor –en la obligación principal–, sino a favor también de otro fiador.

En materia civil queda establecido que cuando la fianza se establezca como solidaria, o que el deudor se encuentre en estado de quiebra, el fiador solo puede ser intimado para pagar la obligación incumplida, cuando se haya producido la excusión de los bienes del deudor.

Siguiendo la idea descrita líneas arriba, en el derecho foral español, según MELLADO²⁰, la fianza es una obligación accesoria que en garantía de una deuda ajena, asume el fiador y debe cumplir subsidiariamente en defecto de cumplimiento de la obligación afianzada. Agrega el citado jurista que el carácter de *accesoriedad* de la fianza, supone la existencia de una obligación principal, de manera que si ésta no existe, tampoco existirá la fianza; otra

²⁰ MELLADO RODRÍGUEZ, Manuel. «La fianza en el derecho foral español. El derecho interregional». En: *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*. Coordinación a cargo de Ubaldo NIETO CAROL y José Ignacio BONET SÁNCHEZ. Tomo I. Parte general y garantías personales. Editorial Civitas SA, Primera edición, 1995, p. 178-179.

característica de la fianza es la *subsidiaridad*, en virtud de la cual la obligación del fiador surge en el momento que el deudor principal no ha cumplido; finalmente se conoce el carácter de *reintegrabilidad* del contrato de fianza, en virtud del cual el fiador actúa con ánimo de reintegrar lo que tenga que pagar, y no con ánimo liberatorio.

Tales características de la fianza están recogidas en nuestro ordenamiento jurídico en materia civil. No obstante, cuando esta garantía consta en títulos valores, toman ciertas características particulares que la distinguen de la fianza puramente civil; pese a ello, subsisten en la fianza cambiaria las características más importantes, lo que permite siempre una clara diferencia con la figura del aval cambiario.

Por ello el **Art. 62 de La Ley** establece que son de aplicación a la fianza de que trata el Artículo 61, en cuanto no resulten incompatibles con su naturaleza y con lo señalado en dicho artículo, las disposiciones referentes al aval. Veamos.

2.4.1.- Responsabilidad del fiador

El **Art. 61 de La Ley** regula la responsabilidad del fiador. El **Art. 61.1 de La Ley**, señala que, salvo que en modo expreso se haya señalado lo contrario, la fianza que conste en el mismo título valor o en el respectivo registro tiene carácter de solidaria y el fiador no goza del beneficio de excusión, aun cuando no se haya dejado constancia de ello en el título o en el respectivo registro del valor con representación por anotación en cuenta.

Efectivamente, cuando la fianza consta en un título valor, es sin beneficio de excusión; y, salvo pacto en contrario, tiene el carácter de solidaria.

En materia de títulos valores, refieren BEAUMONT y CASTELLARES²¹, la fianza toma distancia del concepto civilista, precisamente debido a la característica que se indica en el párrafo precedente; los citados autores nacionales, recogiendo lo que la doctrina ha establecido clásicamente, reconocen que la obligación del fiador, a diferencia de la del avalista, es siempre accesorio y puede o no ser solidario; mientras que la del avalista es siempre directa, independiente y solidario.

Por su parte el **Art. 61.2 de La Ley**, establece que el fiador queda sujeto a la acción cambiaria, del mismo modo, durante el mismo plazo y en los mismos

²¹ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y Rolando CASTELLARES AGUILAR. «Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores». Gaceta Jurídica S. A., Primera edición, Octubre de 2000, p. 281.

términos que contra su afianzado. Asimismo, el **numeral 61.3 de La Ley**, prevé que el fiador puede oponer al tenedor del título valor los medios de defensa personales de su afianzado.

Como se puede apreciar, a diferencia del avalista, el fiador puede ejercer como su defensa, las mismas que le corresponde a su afianzado, incluidas las que se deriven de las relaciones personales de este último. Por el contrario en el aval, el avalista se encuentra impedido de ejercer tales defensas.

2.5. Garantías reales

A diferencia de las garantías personales, las garantías reales recaen sobre bienes específicamente determinados, y en virtud de ello quedan afectados jurídicamente por el propietario o persona autorizada o por mandato legal, con el objeto de asegurar el cumplimiento de cualquier obligación, propia o de tercero. La obligación garantizada puede ser determinada o determinable, puede ser futura o eventual; el gravamen puede ser por suma determinable o determinada. Tratándose de la hipoteca, debe estar inscrita en el Registro de Propiedad inmueble respectivo.

Refiere DIEZ-PICAZO²² que las garantías reales son las que recaen sobre cosas determinadas y tienen como uno de sus efectos la oponibilidad *erga omnes*. Su esencia se hace radicar tradicionalmente en que permiten al acreedor dirigirse contra la cosa gravada a fin de realizar su valor y de esta manera satisfacer su interés.

Nuestro ordenamiento civil reconoce la constitución de una garantía real para asegurar la obligación contenida en títulos transmisibles por endoso o al portador, es decir, títulos valores. Efectivamente el Art. 1108 del C. C. vigente, prevé la escritura pública de constitución de hipoteca para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador; precisa la norma que en la Escritura Pública toda la información que permita identificar, por ejemplo, el número y valor de los títulos valores que se emitan y garanticen con la hipoteca; la serie o series que correspondan, la fecha o fechas de emisión; entre otras.

En el caso citado, se trata de la emisión de valores mobiliarios –títulos valores– que circularán en el mercado, y que se encontrarán garantizados con hipoteca. Se entiende que constituye un requisito de circulación la existencia de la hipoteca válidamente constituida. El documento que contiene la garantía debe

²² DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Op. Cit.*, p. 496.

contener además los datos suficientes para identificar los valores asegurados; y por su parte, en dichos valores mobiliarios deberán constar los datos de la inscripción registral de la hipoteca respectiva.

La figura descrita guarda similitud con la emisión de valores mobiliarios en el marco del *fideicomiso de titulización*, comentada líneas arriba, con la diferencia que en éste caso, la garantía o respaldo de las obligaciones contenidas en los referidos valores mobiliarios se encuentra en el *patrimonio fideicometido* y no con una hipoteca.

En consecuencia, tratándose de títulos valores asegurados con garantías reales, la garantía real constituida debe constar de modo expreso en ellos, de tal manera que al circular cualquier tenedor pueda advertir, del solo documento cambiario, la existencia de tal garantía.

Así ha quedado establecido en el **Art. 63.1 de La Ley**, en el que se señala que además de las formalidades y requisitos que las respectivas disposiciones legales señalen para la constitución de garantías reales que respalden títulos valores, cuando dichas garantías aseguren el cumplimiento de las obligaciones frente a cualquier tenedor, debe señalarse en el mismo título o en el respectivo registro la existencia de tales garantías y, en su caso, las referencias de su inscripción registral.

Es del caso comentar que la Ley de Títulos valores ha regulado en el Art. 240 el documento cambiario denominado *Título de crédito hipotecario negociable* (TCHN). Se trata de un título valor que se emite por el Registrador Público, a petición expresa del propietario, en el que consta la inscripción de una hipoteca –constituida unilateralmente por el propietario– con el objeto de asegurar una obligación que constará, con posterioridad, en el propio documento; cuando se consigne la obligación garantizada, el propietario tenedor del título valor lo endosará al acreedor, quien verá su crédito asegurado con la citada garantía real. La norma establece que el documento cambiario deberá contener, entre otros datos: lugar y fecha de emisión del documento; la descripción resumida del bien afectado con el gravamen hipotecario, según aparece de la inscripción registral; el monto de la valorización del bien que será además el monto del gravamen.

Consignada la obligación en el documento y producido el primer endoso a favor de acreedor, estaremos frente a una obligación contenida en un título valor, asegurada con una hipoteca.

Finalmente, el **Art. 63.2 de la Ley** señala que en el caso citado líneas arriba, las transferencias del título no requieren del asentimiento del obligado ni, de ser el caso, del constituyente de la garantía, para que ésta tenga plena eficacia frente a cualquier tenedor del título valor.

3. CONCLUSIONES:

3.1.- La fianza y el aval son garantías personales que aseguran el cumplimiento del crédito contenido en un título valor. El fiador o aval puede garantizar al obligado principal del título valor o al endosante. Estos garantes aseguran el cumplimiento de la obligación con su patrimonio personal. Sin embargo aseguran tal obligación de manera distinta.

3.2.- A diferencia de la fianza, en el aval el garante no puede invocar como defensa las excepciones fundadas en las relaciones personales tenidas entre su avalado y su acreedor, y su obligación cambiaria subsistirá aun cuando se acredite la invalidez de la relación sustantiva que dio origen al título valor. Solo quedará sin efecto la garantía constituida por el aval cuando se invalide el documento cambiario por razones de índole formal.

3.3.- La fianza puesta en un título valor es siempre solidaria, salvo que de modo expreso se haya señalado lo contrario. En este tipo de garantía el fiador puede oponer al tenedor del documento cambiario los medios de defensa personales de su afianzado.

3.4.- Los títulos valores emitidos para que circulen en el mercado, están garantizados por garantías reales, de tal manera que los bienes dados en garantía constituyen el respaldo material en caso el obligado u obligados no cumplan con la obligación incorporada en tales documentos; en este caso los datos de la garantía, incluso su inscripción registral deben estar consignados en los valores mobiliarios.

3.5.- En la emisión de valores mobiliarios para que se adquieran en el mercado, las obligaciones allí contenidas pueden estar aseguradas con fideicomiso en garantía. El uso de esta garantía es mucho más eficiente que la propia garantía real, en la medida que el patrimonio fideicometido, que asegura materialmente la obligación, puede ser ejecutada por el fiduciario sin necesidad de recurrir a un proceso judicial.