

FIANZA Y SOLIDARIDAD

Por: Ivo Skoknic L.

Muchas veces, al leer contratos de arriendo de casa habitación, algunos de los cuales han sido redactados por abogados, vemos como, al constituirse cauciones personales, entiéndase codeudores solidarios, se los menciona como “avales”.

Desde ya, sabemos que el “aval” es un acto jurídico relativo a los títulos de crédito, y quien lo ejecuta se denomina avalista, pero no cabe duda de que nos encontramos frente a un error común de lenguaje, puesto que vulgarmente, al codeudor solidario se lo conoce como “el aval”, lo que, en todo caso, no justifica el error, menos si la redacción proviene de un abogado.

Pero esta confusión no es la única que se produce con las cauciones personales, sino que, y ya a un nivel más especializado, vemos como no se tiene claridad respecto de que es una fianza, sus distintas clases, la solidaridad, la codeuda, etc., lo que redundará en defectuosas redacciones de escrituras públicas, y graves perjuicios en caso de conflicto entre las partes.

Recordemos que el contrato de fianza puede revestir la forma de fianza simple, fianza solidaria y fianza y codeuda solidaria, cada uno con efectos distintos. En efecto, la **fianza simple** confiere al fiador los beneficios de excusión y, si son varios los fiadores, el beneficio de división.

Por otra parte, cuando el deudor se obliga **como fiador solidario**, se está obligando subsidiariamente por el todo, es decir, no pierde su calidad de obligado subsidiario frente a la obligación, de manera que no deja de serlo por la circunstancia de que se le califique de solidaria, puesto que ese calificativo, para este supuesto, significa solamente que el fiador renuncia al beneficio de división, mas no al de excusión, y debemos agregar que, supuesto esencial para que exista la fianza solidaria, es que haya más de un fiador.

En consecuencia, cuando un tercero se constituye en único fiador solidario, en realidad es un simple fiador, y si hay más de uno en dicha condición, el efecto es que

todos ellos responden por el total, pero siempre en carácter subsidiario al deudor principal, por lo que, quienes deseen constituir al tercero como codeudor solidario denominándolo como “fiador solidario”, no logran el objetivo perseguido, por los motivos explicados, y les resultará difícil en un eventual conflicto, desvirtuar la literalidad del contrato, aduciendo que el objetivo era otro, máxime cuando las cláusulas ambiguas deben interpretarse a favor del deudor.

También constituye un error, denominar al tercero como “fiador solidario y codeudor”, puesto que en este caso, aquél no pierde la calidad de fiador.

Por último, queda por analizar el caso del que se obliga como **fiador y codeudor solidario**, forma usual de constituirse las garantías personales. ¿Por qué no se obliga solo como codeudor solidario?. Pues bien, en esta situación, no cabe duda que el tercero que se obliga en esta forma asume los efectos de la solidaridad, vale decir, que en sus relaciones con el acreedor deben aplicarse las reglas de la solidaridad pasiva, pero la circunstancia de agregar la expresión "fiador" no es inútil, ya que siguiendo lo dispuesto en el artículo 1522 del Código Civil, hay una manifestación clara de voluntad en el sentido que el tercero en sus relaciones con el deudor se le mira como fiador. Entonces, mediante esta declaración expresa de que el tercero se obliga como fiador y codeudor solidario queda una prueba irrefutable de que no tiene interés en la deuda, sin lo cual recaería sobre él el fardo de la prueba para acreditar esta circunstancia.

Todo lo expuesto no viene sino en confirmar, que en materia de garantías y cauciones, la literalidad sí importa, y que una defectuosa redacción, puede desvirtuar el espíritu tenido a la vista al redactar el contrato, especialmente desde la perspectiva los intereses del acreedor. Y para demostrarlo, y en relación a lo que expuse al comienzo en lo concerniente a los avalistas, transcribiré en parte un fallo de la Corte Suprema, de 24 de junio de 2009, relativo precisamente al “aval” de un contrato de arriendo, que ahorra mayores comentarios.

“**QUINTO:** Que acorde con lo que se ha venido reseñando corresponde determinar, antes que todo, la naturaleza jurídica de la caución personal constituida por el demandado en el contrato de que se trata, en el que se le menciona como “aval”. Esto, porque como se sabe las cosas son lo que son por su naturaleza misma y no por la denominación que le den las partes. En otras palabras, corresponde dilucidar si en la situación en estudio se está verdaderamente frente a

un aval o si se está ante una fianza, puesto que se trata de instituciones jurídicas diversas, que generan obligaciones propias y que están sujetas a disposiciones legales diferentes. En efecto, aval y fianza son dos cauciones personales distintas, aún cuando algunos pretendan asimilarlas señalando que la primera es una forma especial o sui generis de la segunda, manifestando que el avalista es un fiador, sujeto a reglas más inflexibles que las que rigen la fianza común, por la naturaleza que tienen las obligaciones cambiarias. Sin embargo, ello no es así y, específicamente, lo concerniente al aval está regulado como garantía cambiaria y la fianza la prevé el derecho común.

El aval es una institución mercantil contemplada en la ley N° 18.092, que dictó normas especiales sobre la letra de cambio y pagarés, derogando disposiciones del Código de Comercio, por lo que no es posible asimilarla a la fianza, institución civil a que se refieren los artículos 2335 y siguientes del Código Civil, entre los cuales el artículo 2357 reconoce al fiador el beneficio de excusión.

SEXTO: Que el aval sea una garantía cambiaria, queda de manifiesto del mero alcance del artículo 46, inciso 1°, de la Ley anteriormente aludida, cuando dispone que por el aval: “El girador, un endosante o un tercero garantiza, en todo o en parte, el pago de ella” (refiriéndose a la letra de cambio). Acorde con lo que se viene reseñando, en doctrina se reconocen numerosas diferencias entre el aval y la fianza, entre ellas:

a.- El aval solamente puede garantizar obligaciones cambiarias, cual es el fin propio de esta caución como acto jurídico, lo que se desprende de lo transcrito del mencionado artículo 46 de la Ley precedentemente citada. La fianza, en cambio, puede caucionar cualquier clase de obligaciones, sea de dar, hacer o no hacer, aunque la que contrae el fiador debe ser de dar una cantidad de dinero (artículo 2343 del Código Civil);

b.- El aval es un acto formal, porque el artículo 46 lo define como: “Un acto escrito y firmado en la letra de cambio, en una hoja de prolongación adherido a ésta, o en un documento separado” y más adelante añade que: “la sola firma constituye aval”. Por su lado, la fianza, por regla general, es un contrato consensual, salvo la fianza mercantil que según el artículo 820 del Código de Comercio: “Deberá otorgarse por escrito y sin esta circunstancia será de ningún valor y efecto”;

c.- El aval es siempre comercial, en conformidad a lo prevenido en el artículo 3 N° 10 del Código de Comercio. La fianza tendrá carácter civil o comercial según sea el carácter de la obligación principal que garantiza;

d.- El avalista se constituye en responsable del todo o parte del pago de la letra de cambio y el portador legítimo podrá exigirle su cobro total o parcialmente en forma directa. Concebido el

aval sin limitaciones, señala el artículo 47, la responsabilidad del avalista se mide en función de la que tiene el aceptante de una letra de cambio, que es el principal obligado. Por su parte, la fianza le otorga al fiador el beneficio de excusión, según lo estatuido en el artículo 2357 del Código Civil, y el beneficio de división, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 2367 del Código indicado, a menos que el fiador no goce de estos derechos o se haya obligado solidariamente (artículos 2358 y 1514 del cuerpo de leyes en referencia); e.- La obligación del avalista es una obligación directa e independiente. La del fiador es una obligación accesoria;

f.- El avalista que paga tiene acción cambiaria de reembolso en contra de la persona a quien él ha garantizado y de las demás personas respecto de las cuales tuviere acción cambiaria de reembolso la persona avalada (artículo 82 de la Ley N° 18.092). El fiador tiene acción subrogatoria para repetir contra el deudor y tendrá derecho para que se le exima de la fianza o se le rebaje el monto de la deuda, si por hecho o culpa del acreedor el fiador se ha puesto en el caso de no poder subrogarse total o parcialmente en sus derechos en contra del deudor principal (artículo 2335 del Código Civil). El fiador tiene por derecho propio, además, la acción personal o de reembolso emanada del contrato de fianza, según el artículo 2370, salvo las excepciones de los artículos 2375 y 2377, todos del Código Civil;

g.- El aval no puede estar sujeto a condición, porque las obligaciones cambiarias son incondicionales. La fianza puede ser condicional;

h.- El avalista no puede retractarse, porque en último término responderá igual que el aceptante (artículo 47 en relación con el artículo 44 de la Ley N° 18.090). El fiador puede hacerlo, cuando no se acepte su oferta de contrato o cuando se trate de obligaciones futuras, sin perjuicio de los efectos de la fianza aparente, según lo prevenido en los artículos 2335 y 2339 del Código Civil;

i.- El aval debe referirse a una obligación cambiaria y éstas son determinadas o determinables. El fiador puede garantizar obligaciones indeterminadas, pero en estos casos no se extiende a más que lo que corresponda a la obligación principal (artículos 2343, 2344, inciso 3°, y 2347 del Código Civil).

En fin, don Rafael Gómez Balmaceda, en el Boletín Informativo N° 9, de la Fiscalía Nacional de Quiebras, páginas 13 y siguientes, señala trece diferencias entre el aval y la fianza;

SEPTIMO: Que de lo expuesto precedentemente, aparece que el aval es un acto de comercio que sólo puede garantizar obligaciones cambiarias, cual es el fin propio de esta caución como acto jurídico, en cambio la fianza puede garantizar toda clase de obligaciones, sea de dar, hacer o no hacer, aunque la que contrae el fiador debe ser de dar una cantidad de dinero y de acuerdo con lo que dispone el artículo 2335 y 1442 del Código Civil, adquiere la naturaleza del

acto al cual accede. Luego, aún cuando las partes hayan consignado que don Raúl Eduardo Bustos Roa, firmó como aval, es lo cierto que la caución que constituyó en el contrato de arrendamiento participa de la naturaleza jurídica de una fianza y, como tal, le otorga al fiador el beneficio de excusión y el de división, de acuerdo a lo señalado en los artículos 2357 y 2367 del Código Civil, a menos que no goce de estos derechos o se haya obligado solidariamente, cuyo no es el caso de autos.

OCTAVO: Que consecuente con lo expresado en el razonamiento que antecede, los jueces del fondo han incurrido en error de derecho al considerar que el demandado se constituyó, realmente en aval y que el artículo 2357 del Código Civil, en el cual se consagra el beneficio de excusión no es aplicable en la especie, infringiendo de este modo los artículos 46 de la Ley 18.092 y 2357 del Código de Bello”.

Santiago, 17 de octubre de 2012