

WWW.ABOGADORAULGONZALEZ.COM

La Fianza

José Raúl González Velásquez

04/03/2011

La Fianza

*José Raúl González Velásquez
Máster en Docencia Universitaria
Maestro en Derecho de Empresa*

1. Introducción.

Una persona necesita dinero ya sea a nivel empresarial –por ejemplo: crear su propio negocio, adquirir equipo, contratar personal–, ya para fines personales –por ejemplo: comprar una casa o un automóvil, pagar reparaciones mayores en su propiedad, etc.– En esta situación existen dos posibles situaciones: la primera y también la menos probable, que la persona tenga los recursos suficientes para sufragar los gastos sin necesidad de recurrir ante terceros. La segunda situación implica que el individuo no tenga los recursos monetarios suficientes, siendo necesario hacer un préstamo y debido a diversas causas (v.g. historial crediticio negativo, la cantidad solicitada es desproporcional a los ingresos, la persona nunca ha trabajado, etc.) puede que la entidad bancaria, el prestamista u otra entidad deniegue el mismo. Estos últimos, para evitar la pérdida de clientes potenciales, hacer negocios y disminuir los riesgos, establecen como requisito que otra persona se vuelva responsable ante ellos en caso de que el deudor principal no pueda solventar la deuda. Una de esas formas de garantía es denominada “fianza”, que será motivo de estudio del presente ensayo.

La fianza se encuentra definida en el art. 2086 del Código Civil salvadoreño de la siguiente forma: “La fianza es una obligación accesorio, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple”¹.

El Código Civil de la República Argentina entiende que existe fianza “cuando una de las partes se hubiere obligado accesorio por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesorio”².

El Código Civil español, en su art. 1822, indica que es fianza cuando “se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste”.

México, en su Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda La República en Materia Federal, específicamente en el art. 2794, la

¹ De igual forma la define el Código Civil chileno en su art. 2335.

² Art. 1986.

define de la siguiente forma: “La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace”.

M. Ossorio define la fianza como la “obligación accesoria que uno contrae para seguridad de que otro pagará lo que debe o cumplirá aquello a que se obligó, tomando sobre sí el fiador verificarlo él en el caso de que no lo haga el deudor principal, el que directamente estipuló para sí”³.

Cabanellas acepta por fianza⁴:

La obligación subsidiaria, constituida para asegurar el cumplimiento de otra principal, contraída por un tercero: el deudor o responsable, mientras se denomina fiador quien por él se compromete.

Fianza es también la prenda dada por el contratante para asegurar el exacto cumplimiento de su obligación || Además, la suma de dinero u otro bien que se deposita, consigna o pasa a poder del acreedor para responder de la obligación asegurada.

L. Ribó Durán explica que la fianza es “...la garantía personal que asume el fiador en favor del deudor y frente al acreedor. En virtud de este compromiso el fiador pagará al acreedor cuando el deudor principal o fiado no pague al acreedor”⁵.

J. Escriche señala que es “la obligación que uno hace para seguridad de que otro pagará lo que debe ó cumplirá las condiciones de algún contrato; ó bien, la convención por la cual un tercero toma sobre sí el cumplimiento de la obligación ajena para el caso de que no la cumpla el que la contrajo”⁶.

Ortiz Sánchez y Pérez Pino la entienden como⁷:

Garantía personal que otorga una persona (fiador) y por la cual se compromete a cumplir una obligación en lugar de otro (fiado o deudor principal) ante el acreedor, en el caso de no hacerlo éste. Es un contrato accesorio de una obligación principal, de suerte que depende de la validez de ésta misma y no podrá ser la cobertura de la fianza mayor pero sí menos extensa que la principal.

Para el derecho anglosajón, la fianza se denomina⁸, dependiendo de la función, como *bail*, *guaranty*, *security*, *pledge*, *collateral*. Bajo este contexto, Bossini y Gleeson la definen como

³ Cfr. M. OSSORIO, «Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales», 414.

⁴ Cfr. G. CABANELLAS, «Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual», IV, 54.

⁵ Cfr. L. RIBÓ DURÁN, «Diccionario de Derecho».

⁶ Cfr. J. ESCRICHE, «Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia», 679.

⁷ Cfr. M. ORTIZ SÁNCHEZ Y V. PÉREZ PINO, «Léxico Jurídico Para Estudiantes», 154.

⁸ Cfr. F.R. BOSSINI Y M. GLEESON, «Diccionario Bilingüe de Terminología Jurídica Inglés-Español / Español-Inglés», 392.

Bienes que se entregan para asegurar el cumplimiento de una obligación por parte de un tercero, especialmente la de presentarse, cuando es llamado, ante la justicia. Obligación subsidiaria que asegura el cumplimiento de una obligación principal contraída por un tercero. Obligación de pagar o cumplir con un tercero, en el caso de no hacerlo éste⁹.

Por su parte, la West's Encyclopedia of American Law la entiende como "guaranty" y la define según sea verbo o nombre o sustantivo, siendo estos¹⁰:

Como un verbo, acordar ser responsable del pago de la deuda de otro o de la realización del deber, responsabilidad u obligación de otro si esa persona no realiza como él o ella está obligada legalmente a hacer; asumir la responsabilidad de un garante; garantizar.

Como un nombre o sustantivo, una estipulación derivada de un contrato o promesa que es colateral a la obligación primaria o principal y que ata al garante a la realización en el evento de no realización por el obligado principal.

Colling la define como "una promesa hecha por alguien de que hará algo como pagar las deudas de otra persona, si la otra persona falla en hacerlo"¹¹.

S. Wild afirma que es "un compromiso hecho por una tercera parte para reparar en el caso de impago de una parte en un contrato, pagando el dinero o proporcionado el debido cumplimiento de la parte declarada en rebeldía"¹².

Una última definición de fianza es proporcionada por Oxford University Press señalando que es

Un acuerdo secundario en el cual una persona (el garante o fiador) es responsable de la deuda o incumplimiento de otro (el deudor principal), quien es la parte principalmente responsable de la deuda. Una fianza requiere una consideración independiente y debe constar por escrito. Un garante que haya abonado sobre su garantía tiene el derecho de ser indemnizado por el deudor principal¹³.

⁹ Cfr. F.R. BOSSINI Y M. GLEESON, «Diccionario Bilingüe de Terminología Jurídica Inglés-Español / Español-Inglés», 32.

¹⁰ Cfr. THOMSON GALE, *West's Encyclopedia of American Law*, V, 156. De igual forma la define Black (vide: H. CAMPBELL BLACK, «Black's Law Dictionary. A Law Dictionary Containing Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern», 550). Todas las traducciones realizadas en la presente investigación son libres.

¹¹ Cfr. Cfr. P.H. COLLIN, «Dictionary of Law», 137.

¹² Cfr. S.E. WILD, «Webster's New World Law Dictionary», 149.

¹³ Cfr. OXFORD UNIVERSITY PRESS, «A Dictionary of Law», 224.

2. Características de la fianza.

Lo primero a señalar es que la fianza es un contrato¹⁴ porque crea obligaciones para el fiador (“*guarantor*” en el Derecho anglosajón), siendo las partes el acreedor y el fiador. En este contrato, no es relevante la opinión del deudor e incluso puede celebrarse sin su conocimiento o contra su consentimiento.

Es un contrato que implica la creación de un derecho de garantía general (llamado también derecho de prenda general) a favor del acreedor y sobre el patrimonio del fiador¹⁵. La consecuencia de lo anterior es que el acreedor tiene mayores posibilidades de hacer efectiva la obligación en caso de incumplimiento del deudor principal.

Una aclaración necesaria es que la fianza, en el sistema legal salvadoreño, es una garantía personal porque ataca el patrimonio del fiador. Eso provoca una diferencia con algunas de las definiciones dadas por el derecho anglosajón e incluso con una las últimas dos definiciones dadas por Cabanellas ya que aceptan por fianza la entrega de dinero o de otros objetos al acreedor para garantizar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor principal (eso sería una garantía real como la prenda e hipoteca). En El Salvador, lo más semejante que se podría tener respecto de esta última postura sería la fianza hipotecaria regulada en el art. 2178 inciso 3.

Debido a que su principal objetivo es garantizar una obligación principal¹⁶ (por ejemplo: pagar para el 10 de junio de 2011 una cantidad de \$2000), lo convierte en un contrato de carácter accesorio¹⁷ y genera ciertas consecuencias:

- Para realizar un contrato de fianza, debe existir previamente una obligación principal (art. 2086).

¹⁴ Según Sánchez Calero, Moreno Quesada, Ossorio Morales y otros: El contrato es... un acuerdo de voluntades entre dos personas, que se dirige a constituir entre ellas una relación obligacional, o bien a modificarla o extinguirla. Es de esencia en el concepto del contrato la idea de acuerdo de voluntades, ya que las obligaciones nacidas de contrato tienen siempre su base en la voluntad de las partes, en el mutuo consentimiento. (Cfr. F.J. SÁNCHEZ CALERO, B. MORENO QUESADA, J. OSSORIO MORALES Y OTROS, *Curso de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos*, 143.)

¹⁵ Vide: A, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, M. SOMARRIVA U. Y A. VODANOVIC H., *Curso de Derecho Civil. Fuente de las Obligaciones*, IV, 689 y F.J. SÁNCHEZ CALERO, B. MORENO QUESADA, J. OSSORIO MORALES Y OTROS, *Curso de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos*, 551.

¹⁶ Puede garantizarse cualquier tipo de obligación, tanto civil como natural; pura, condicional o sujeta a plazo; puede ser una condición futura e incluso indeterminada (arts. 2089, 2090, 2117 inciso final). Vide: R. L. LORENZETTI, *Tratado de los Contratos*, II, 499-505.

¹⁷ Vide: R. L. LORENZETTI, *Tratado de los Contratos*, II, 488, A, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, M. SOMARRIVA U. Y A. VODANOVIC H., *Curso de Derecho Civil. Fuente de las Obligaciones*, IV, 692 y M.C. OLIVER SOLA. «La Fianza. Estudio Comparativo en Derecho Romano, en el Código Civil Español y en el Fuero Nuevo de Navarra», 106.

- El fiador tiene como límite superior, al comprometerse, lo que deba el deudor principal¹⁸ (art. 2093 inciso 1¹⁹) y tampoco es admitido que sea en términos más gravosos (art. 2094 incisos 1 y 2²⁰).
- La fianza sigue la suerte del contrato principal, incluyendo las nulidades, excepciones reales²¹ y las diversas formas de extinción de las obligaciones, incluyendo el pago²² (arts. 2131 al 2133).

Al comparar las diferentes definiciones presentadas se puede deducir que la fianza es un contrato consensual porque no requiere mayor formalidad para su generación, basta con el consentimiento del fiador y del acreedor para su perfeccionamiento. Sin embargo, la definición hecha por la Oxford University Press indica que es un contrato solemne porque debe constar por escrito. El Código Civil salvadoreño no señala formalidad alguna por lo que acepta que es un contrato consensual.

Otro punto importante a este respecto es que la fianza no se presume (art. 2097), tiene que ser expresa²³. Otra legislación que reglamenta de la misma forma es el Código Civil español en el art. 1827 inciso 1.

El lector puede tener la siguiente inquietud: ¿cómo demuestro la existencia de la fianza si es un contrato consensual? Esta pregunta no está relacionada con la forma de perfeccionamiento del contrato de fianza, sino con la prueba de las

¹⁸ Cfr. M.C. OLIVER SOLA. «La Fianza. Estudio Comparativo en Derecho Romano, en el Código Civil Español y en el Fuero Nuevo de Navarra», 106 y A, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, M. SOMARRIVA U. Y A. VODANOVIC H., *Curso de Derecho Civil. Fuente de las Obligaciones*, IV, 692. Otras legislaciones toman en consideración esta limitante como: art. 2799 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda La República en Materia Federal, el art. 1826 del Código Civil español y el art. 1995 del Código Civil argentino.

¹⁹ Art. 2093 inciso 1: El fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal, pero puede obligarse a menos.

²⁰ Art. 2094: El fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, no sólo con respecto a la cuantía sino al tiempo, al lugar, a la condición o al modo del pago, o a la pena impuesta por la inexecución del contrato a que acceda la fianza; pero puede obligarse en términos menos gravosos.

Podrá, sin embargo, obligarse de un modo más eficaz, por ejemplo, con una hipoteca, aunque la obligación principal no la tenga.

²¹ Entre las excepciones reales, comunes, de la naturaleza o inherentes a la obligación están: la nulidad absoluta (art. 1552), los modos de extinguir las obligaciones inclusive (art. 1438), la cosa juzgada (art. 2104), las modalidades que afectan los vínculos jurídicos (arts. 1344 y 1365), la excepción de contrato no cumplido (art. 1427). Vide: R.A. MANASEVICH. «Las Obligaciones», I, 268.

²² Cfr. R. L. LORENZETTI, *Tratado de los Contratos*, II, 488, A, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, M. SOMARRIVA U. Y A. VODANOVIC H., *Curso de Derecho Civil. Fuente de las Obligaciones*, IV, 692, F.J. SÁNCHEZ CALERO, B. MORENO QUESADA, J. OSSORIO MORALES Y OTROS, *Curso de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos*, 560-561 y M.C. OLIVER SOLA. «La Fianza. Estudio Comparativo en Derecho Romano, en el Código Civil Español y en el Fuero Nuevo de Navarra», 109.

²³ Apoyando doctrinariamente esto se encuentran: G. CABANELLAS, «Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual», IV, 55, M.C. OLIVER SOLA. «La Fianza. Estudio Comparativo en Derecho Romano, en el Código Civil Español y en el Fuero Nuevo de Navarra», 106, F.J. SÁNCHEZ CALERO, B. MORENO QUESADA, J. OSSORIO MORALES Y OTROS, *Curso de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos*, 553, etc.

obligaciones, por lo que se aplican los arts. 1579 y 1580 que establecen que no se admiten testigos de una obligación que valga €200 o más.

Analizando las obligaciones que tienen tanto el fiador como el acreedor, se concluye que no existen para el último, por lo que se infiere que es un contrato unilateral. La obligación que acepta el fiador está sujeta a una condición suspensiva, la cual es que el deudor principal no cumpla su obligación o la cumpla de forma imperfecta. Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda La República en Materia Federal en su art. 2795 admite que pueda ser a título oneroso, lo cual la convierte en un contrato bilateral, apoyado por Lorenzetti²⁴ y Oliver Sola²⁵.

3. Clases de fianza y obligaciones que pueden garantizarse.

En este ensayo se hablará solamente de una clasificación de la fianza, específicamente la relacionada al origen de la misma (art. 2087), siendo tres clases: fianza legal, fianza judicial y fianza convencional²⁶.

La fianza convencional es la que nace del acuerdo de voluntades, la fianza legal es la que nace de la propia ley (por ejemplo: art. 778 relacionado con art. 44) y fianza judicial es la exigida por el juez (por ejemplo: art. 332 # 7 del Código Procesal Penal).

A criterio de Lorenzetti, la fianza legal y judicial no son contratos porque no hay consentimiento entre el acreedor y fiador²⁷ puesto que este responde a lo solicitado por la ley o por el juez. Respecto de la fianza legal afirma que no es contractual tomando como base el art. 2002²⁸ del Código Civil argentino porque no nace del acuerdo de voluntades, sino de una exigencia de una de las partes apoyada en la ley.

En oposición a la opinión anterior, Somarriva y Alessandri afirman que la fianza es siempre un contrato²⁹ ya que existe un acuerdo de voluntades, sin embargo admite que la legislación argentina es la excepción a la regla³⁰.

²⁴ Vide: R. L. LORENZETTI, *Tratado de los Contratos*, II, 488-489.

²⁵ M.C. OLIVER SOLA. «La Fianza. Estudio Comparativo en Derecho Romano, en el Código Civil Español y en el Fuero Nuevo de Navarra», 106.

²⁶ Esta misma clasificación la tiene el Código Civil español en el art. 1823 a diferencia del Código Civil argentino que en el art. 1998 estima solamente la fianza legal y judicial.

²⁷ Cfr. R. L. LORENZETTI, *Tratado de los Contratos*, II, 491.

²⁸ Art. 2.002. En las obligaciones a plazo o de tracto sucesivo, el acreedor que no exigió fianza al celebrarse el contrato podrá exigirla, si después de celebrado, el deudor se hiciera insolvente o trasladase su domicilio a otra Provincia.

²⁹ Cfr. A, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, M. SOMARRIVA U. Y A. VODANOVIC H., *Curso de Derecho Civil. Fuente de las Obligaciones*, IV, 689.

³⁰ Cfr. A, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, M. SOMARRIVA U. Y A. VODANOVIC H., *Curso de Derecho Civil. Fuente de las Obligaciones*, IV, 689.

El autor admite que la postura de Somarriva y Alessandri no argumenta suficientemente porque la fianza legal y judicial son acuerdos de voluntades y no actos unilaterales como lo plantea Lorenzetti. Sin embargo se adhiere a la postura de los primeros debido a que debe existir aceptación tanto del nudo propietario en el caso del art. 778 y del juez en el caso del art. 332 # 7 del Código Procesal Penal como del fiador. Para apoyar la anterior afirmación, hay que recordar que un acto jurídico unilateral es aquel en el que solo basta la voluntad de una sola persona para producir sus efectos³¹, por ejemplo: el testamento, la ratificación de un acto anulable, el reconocimiento de un hijo. Adaptándolo a la fianza judicial, el juez no admitirá como fiador a una persona que no posea la solvencia económica necesaria, por lo que para que se perfeccione debe entonces haber acuerdo de voluntades.

4. Los requisitos del fiador.

Los requisitos para ser fiador, incluyendo la capacidad, varían de legislación en legislación, y comenzando por la legislación española, el art. 1828 solicita que el fiador sea capaz de obligarse y que tenga bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. Al no detallar el tipo de capacidad, se debe entender que es la capacidad general para obligarse en cualquier contrato.

Otras legislaciones como el Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra en su Ley 527³² expresa que los religiosos profesos son incapacidades para ser fiadores en razón de carecer notoriamente de patrimonio por sus votos. Una cosa curiosa de esta misma ley es el hecho de prohibir a los fiadores de actuar como abogados en las causas que les afecten en razón de la garantía.

Otra característica del Fuero Nuevo es la Ley 61³³ que permite a cualquiera de los cónyuges prestar afianzamiento tanto a favor de cualquiera de ellos o de terceras personas ¿Qué razón habría para mencionar de forma expresa la posibilidad de afianzar de los cónyuges? Según Oliver Sola, esto tiene como trasfondo histórico la decisión del Senadoconsulto Veleyano que en el año 46

³¹ Cfr. A, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, M. SOMARRIVA U. Y A. VODANOVIC H., *Curso de Derecho Civil. Fuente de las Obligaciones*, IV, 9.

³² Ley 527. Incapacidades. Religiosos profesos que, por razón de sus votos, carezcan notoriamente de patrimonio.

Los fiadores no pueden actuar como Abogados en las causas que les afecten por razón de la garantía.

³³ Ley 61. Afianzamiento. Cualquiera de los cónyuges puede afianzar, obligarse de otro modo o dar garantía real, tanto en favor del otro como de terceras personas.

Estas garantías, prestadas en favor de terceros por uno solo de los cónyuges, afectarán exclusivamente a los bienes privativos de éste. Si se prestaren por los dos cónyuges, afectarán tanto a los bienes privativos como a los bienes comunes.

D.C. prohibió a las mujeres prestar dinero o interceder por otro ya que era una actividad de hombres³⁴. Explica esta misma autora que si hacía esto la mujer, no quedaba obligada, ni tan siquiera naturalmente porque, en razón de su sexo, se les consideraba “susceptibles de ser engañadas con extrema facilidad”³⁵ y más importante, el patrimonio familiar se vería puesto en peligro debido a la inexperiencia en los negocios.

El Código Civil argentino en su art. 2011³⁶ establece como regla general que toda persona puede ser fiador, siempre y cuando tenga la capacidad para contratar empréstitos³⁷, pero enumera quienes no lo pueden ser. Dicha lista es más larga e incluye, entre otros, a los menores emancipados, los tutores, los curadores y los administradores de sociedades si no tuviesen poderes especiales.

El Código Civil chileno en el art. 2342³⁸ restringe la posibilidad de ser fiadores a los que se encuentren bajo la patria potestad y los esposos que se encuentren bajo la sociedad conyugal. Además, se agrega el art. 2350³⁹ que establece una serie de requisitos que incluyen además de la capacidad, el tener suficientes bienes y estar domiciliado en la jurisdicción de la Corte de Apelaciones.

Finalmente, el Código Civil salvadoreño regula los requisitos del fiador en el art. 2100⁴⁰ y señala tres en total:

³⁴ Cfr. M.C. OLIVER SOLA. «La Fianza. Estudio Comparativo en Derecho Romano, en el Código Civil Español y en el Fuero Nuevo de Navarra», 102.

³⁵ Cfr. M.C. OLIVER SOLA. «La Fianza. Estudio Comparativo en Derecho Romano, en el Código Civil Español y en el Fuero Nuevo de Navarra», 119.

³⁶ Art. 2.011. Todos los que tienen capacidad para contratar empréstitos, la tienen para obligarse como fiadores, sin diferencia de casos, con excepción de los siguientes:

1° Los menores emancipados, aunque obtengan licencia judicial y aunque la fianza no exceda de \$500;

2° Los administradores de bienes de corporaciones en nombre de las personas jurídicas que representaren;

3° Los tutores, curadores y todo representante necesario en nombre de sus representados, aunque sean autorizados por el juez;

4° Los administradores de sociedades si no tuviesen poderes especiales;

5° Los mandatarios en nombre de sus constituyentes, si no tuviesen poderes especiales;

6° Los que tengan órdenes sagradas cualquiera que sea su jerarquía, a no ser por sus iglesias, por otros clérigos, o por personas desvalidas.

³⁷ Lorenzetti critica que en el Código Civil argentino no existe disposición que regule de forma expresa la capacidad que se ocupa para realizar un mutuo (Cfr. R. L. LORENZETTI, *Tratado de los Contratos*, II, 496-497).

³⁸ Art. 2342. Las personas que se hallen bajo potestad patria o bajo tutela o curaduría, sólo podrán obligarse como fiadores en conformidad a lo prevenido en los títulos De la patria potestad y De la administración de los tutores y curadores. Si el marido o la mujer, casados en régimen de sociedad conyugal quisieren obligarse como fiadores, se observarán las reglas dadas en el título De la sociedad conyugal.

³⁹ Art. 2350. El obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal; que tenga bienes más que suficientes para hacerla efectiva, y que esté domiciliado o elija domicilio dentro de la jurisdicción de la respectiva Corte de Apelaciones.

⁴⁰ Art. 2100.- El obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal; que tenga bienes más que suficientes para hacerla efectiva, y que esté domiciliado en la República.

- Capacidad para obligarse como tal
- Tener bienes más que suficientes para hacerla efectiva
- Domiciliado en la República

Al contrastar los requisitos con el Código Civil español, se entiende que la capacidad es la misma para obligarse en un contrato (relacionado con los arts. 1316 inciso final, 1317 y 1318 Código Civil salvadoreño). Tanto en el Código Civil español como en el chileno y el salvadoreño se exige que el fiador tenga bienes suficientes para cumplir con la garantía. El último requisito establece que se encuentre domiciliado en la República, que a diferencia del Código Civil chileno, tiene un margen más amplio porque no lo circunscribe a la jurisdicción de la Corte de Apelaciones.

5. Las defensas y acciones del fiador.

El último subtema que trata este ensayo tiene que ver con las defensas que tiene el fiador contra el acreedor y la acciones contra el deudor principal. Según Oliver Sola⁴¹, en la época de Justiniano se concedía al acreedor una serie de beneficios, siendo estos: a) beneficio de excusión, b) beneficio de división y c) beneficio de cesión de acciones. Dichos beneficios se han mantenido a pesar de haber sufrido ciertas modificaciones e incluso han aumentado su número dependiendo de la legislación a analizar.

El Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra tiene un beneficio para el fiador que no está regulado en legislaciones como la de El Salvador, Chile y España. Este beneficio es llamado “la moratoria” que se encuentra definida en la Ley 529: Cuando el acreedor proceda contra el fiador alegando que el deudor se halla en ignorado paradero, el fiador dispondrá de una moratoria legal de treinta días para averiguar dónde se halla el deudor principal.

La excusión significa el “embargo y liquidación de los bienes del deudor para con el producto intentar satisfacer el acreedor su derecho”⁴². En la legislación salvadoreña se encuentra definido en el art. 2107 que explica que el fiador puede exigir que antes de que se le persiga a él, se persigan los bienes del deudor principal para satisfacer las deudas. En este mismo sentido se expresa el Código Civil chileno (art. 2357), el Código Civil español (art. 1830⁴³), el

⁴¹ Vide: M.C. OLIVER SOLA. «La Fianza. Estudio Comparativo en Derecho Romano, en el Código Civil Español y en el Fuero Nuevo de Navarra», 101.

⁴² Cfr. F.J. SÁNCHEZ CALERO, B. MORENO QUESADA, J. OSSORIO MORALES Y OTROS, *Curso de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos*, 558.

⁴³ Art. 1830. El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor.

Código Civil argentino (art. 2012⁴⁴) y el Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 525 inciso 2⁴⁵).

El beneficio de excusión tiene que cumplir ciertos requisitos para que opere, los cuales varían según la legislación. El Código Civil argentino tiene el mayor número de requisitos regulados por el art. 2013⁴⁶, seguidos por el Código Civil salvadoreño (art. 2108⁴⁷) y chileno (art. 2358) que tienen los mismos, el Código Civil español establece solamente cuatro (art. 1831⁴⁸) y finalmente el Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra en su Ley 525 inciso 2 pide que haya pacto en contrario para la aplicación de este beneficio. Un punto interesante a tomar en cuenta es que la renuncia al beneficio de excusión es una causal que se encuentra en todas las legislaciones al igual que la solidaridad (salvo el Fuero Nuevo), por lo demás, los requisitos varían como lo puede apreciar el lector.

El beneficio de división consiste en que “el acreedor debe dividir la deuda entre todos los cofiadores que sean solventes en el momento de la sentencia”⁴⁹ y se encuentra regulado por el Código Civil salvadoreño (art. 2117⁵⁰), el

⁴⁴ Art. 2.012. El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin previa excusión de todos los bienes del deudor.

⁴⁵ a) De excusión. Salvo pacto en contrario, el fiador puede oponerse a la reclamación del acreedor que no ha agotado previamente la solvencia del deudor principal.

⁴⁶ Art. 2.013. No le es necesaria al acreedor la previa excusión en los casos siguientes:

- 1° Cuando el fiador renunció expresamente a este beneficio;
- 2° Cuando la fianza fuese solidaria;
- 3° Cuando se obligó como principal pagador;
- 4° Si como heredero sucedió al principal deudor;
- 5° Si el deudor hubiese quebrado, o se hallare ausente de su domicilio al cumplirse la obligación;
- 6° Cuando el deudor no puede ser demandado judicialmente dentro de la República;
- 7° Si la obligación afianzada fuere puramente natural;
- 8° Si la fianza fuere judicial;
- 9° Si la deuda fuere a la hacienda Nacional o Provincial.

⁴⁷ Art. 2108.- Para gozar del beneficio de excusión son necesarias las condiciones siguientes:

- 1ª Que no se haya renunciado expresamente;
- 2ª Que el fiador no se haya obligado como codeudor solidario;
- 3ª Que la obligación principal produzca acción;
- 4ª Que la fianza no haya sido ordenada por el Juez;
- 5ª Que se oponga el beneficio luego que sea requerido el fiador; salvo que el deudor al tiempo del requerimiento no tenga bienes y después los adquiera;
- 6ª Que se señalen al acreedor los bienes del deudor principal.

⁴⁸ Art. 1.831. La excusión no tiene lugar:

- 1°. Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella.
- 2°. Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor.
- 3°. En el caso de quiebra o concurso del deudor.
- 4°. Cuando éste no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino.

⁴⁹ Cfr. M.C. OLIVER SOLA. «La Fianza. Estudio Comparativo en Derecho Romano, en el Código Civil Español y en el Fuero Nuevo de Navarra», 101.

⁵⁰ Art. 2117.- Si hubiere dos o más fiadores de una misma deuda, que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir a ninguno sino la cuota que le quepa.

Código Civil chileno (art. 2367), el Código Civil argentino (art. 2024⁵¹), el Código Civil español (art. 1837)⁵² y el Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 525 inciso final⁵³). Todas las legislaciones mencionadas, salvo la última, presentan los mismos requisitos: a) deben haber dos o más fiadores de un mismo deudor, b) deben ser fiadores de la misma deuda y c) que no sean fiadores solidarios. Este último requisito es lógico puesto que las obligaciones solidarias permiten al acreedor exigir el pago total de la obligación a cualquiera de los deudores (art. 1382 inciso 2 Código Civil salvadoreño) y además la misma legislación dispone que no sea posible utilizar el beneficio de división entre los deudores solidarios (art. 1385).

¿Qué sucede si el fiador termina pagando la deuda? En este caso se utiliza el beneficio de cesión de acciones conocida como acción de regreso y se encuentra regulada en el art. 2120 del Código Civil salvadoreño e incluye no solo la deuda principal, sino que los intereses y gastos. Otras legislaciones también lo regulan, por ejemplo: el Código Civil chileno establece lo mismo en el art. 2370, por su parte el Código Civil argentino lo regula en los arts. 2029 y 2030⁵⁴, el Código Civil español en los arts. 1838 y 1839⁵⁵ y finalmente

La insolvencia de un fiador no gravará a los otros.

No se mirará como insolvente aquel cuyo subfiador no lo está.

El fiador que inequívocamente haya limitado su responsabilidad a una suma o cuota determinada, no será responsable sino hasta concurrencia de dicha suma o cuota.

⁵¹ Art. 2.024. Si hubiese dos o más fiadores de una misma deuda, que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir a ninguno de ellos sino la cuota que le corresponda. Todo lo dispuesto en el Título XII, Sección primera, Parte primera de este Libro, es aplicable a los fiadores simplemente mancomunados.

⁵² Art. 1.837. Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad.

El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal.

⁵³ c) De división. Si fueren varios los fiadores y no se hubiese pactado lo contrario, tendrá el acreedor que dividir entre ellos la reclamación, pero cada uno de ellos es también fiador de los otros.

⁵⁴ Art. 2.029. El fiador que pagase la deuda afianzada, aunque se hubiese obligado contra la voluntad del deudor, queda subrogado en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías anteriores y posteriores a la fianza del acreedor contra el deudor, sin necesidad de cesión alguna. Esta disposición comprende los privilegios de la hacienda pública, tanto Nacional como Provincial.

Art. 2.030. El fiador subrogado en los derechos del acreedor, puede exigir todo lo que hubiese pagado por el capital, intereses y costas, y los intereses legales desde el día del pago; como también la indemnización de todo perjuicio que le hubiese sobrevenido por motivo de la fianza.

⁵⁵ Art. 1.838. El fiador que paga por el deudor, debe ser indemnizado por éste.

La indemnización comprende:

1º. La cantidad total de la deuda.

2º. Los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor.

3º. Los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago.

el Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra en la Ley 525 inciso 3⁵⁶.

6. Conclusión.

La fianza es una figura jurídica muy versátil que sirve al acreedor para garantizarse mejor de que el deudor cumplirá con su obligación y en caso de no hacerlo, se le permite atacar patrimonialmente tanto a este como al fiador. Las obligaciones garantizadas pueden ser de cualquier tipo, desde las puras hasta las condicionales e incluso indeterminadas.

En la mayoría de las definiciones estudiadas se acepta que la fianza es una garantía personal, y que excepcionalmente es una garantía patrimonial como lo señalan las definiciones del Derecho anglosajón y Cabanellas.

La primera característica de la fianza es ser un contrato accesorio y que implica que está supeditado a la obligación principal, incluyendo las excepciones reales como las nulidades, cosa juzgada, formas de extinción de la obligación, etc.

Es un contrato consensual porque no le son exigidas solemnidades determinadas, pero si se le estudia desde la óptica de la prueba, es necesario hacerla por escrito si sobrepasa la cantidad de €200. Es un contrato unilateral porque solo genera obligaciones para el fiador y excepcionalmente es bilateral cuando es oneroso (clasificación reconocida por el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda La República en Materia Federal).

Las clases de fianza son la convencional, la legal y la judicial. Respecto de estas últimas existe una disputa si son actos jurídicos unilaterales o bilaterales. La primera postura es apoyada por Lorenzetti y la segunda por Somarriva y Alessandri. En este conflicto, el autor se adhiere a los últimos visto que el acto jurídico unilateral surte efectos por la sola voluntad de la persona, pero no es el caso ya que el juez, en el caso de la fianza legal, tendría que aceptar a la persona que se ofrece como fiador, lo cual lo convierte en un acuerdo de voluntades.

Los requisitos para ser fiador varían, siendo los más simples los que exigen solamente tener la capacidad general para contratar empréstitos (Código Civil argentino), otros exigen la capacidad general para contratar y tener bienes suficientes para hacer frente a la obligación como en el Código Civil español y

4º. Los daños y perjuicios, cuando procedan.

La disposición de este artículo tiene lugar aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor.

Art. 1.839. El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.

Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado.

⁵⁶ b) De regreso. El fiador que hubiere liberado al deudor principal tendrá contra éste la acción de regreso.

salvadoreño, además este último exige estar domiciliado en la República que a diferencia del chileno la restringe a la jurisdicción de la Corte de Apelaciones. Sin embargo, tanto el Código Civil chileno como el Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra incluyen que ciertas personas no pueden ser fiadores por el estado que tienen, por ejemplo: los que están bajo la patria potestad, los cónyuges que están bajo la sociedad conyugal y los religiosos profesos que carecen de bienes.

Una cosa curiosa que explica Oliver Sola es el hecho de que el Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra admite la posibilidad de afianzar de los cónyuges porque antiguamente se le prohibía a la mujer realizar esta actividad puesto que por su sexo eran “susceptibles de ser engañadas con extrema facilidad”.

El fiador posee ciertos beneficios o acciones tanto en contra del acreedor como del deudor principal, siendo estos: a) beneficio de excusión, b) beneficio de división y c) beneficio de cesión de acciones.

El beneficio de excusión consiste en perseguir primeramente los bienes del deudor y, en caso de no pagar completamente la deuda, perseguir los bienes del fiador. Esta figura es regulada por las diversas legislaciones estudiadas (El Salvador, Chile, España, Navarra y Argentina) pero discrepan en los requisitos para poderse aplicar, salvo en la renuncia al beneficio de excusión y la solidaridad (el Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra no contempla esa posibilidad).

El beneficio de división implica dividir la deuda en partes iguales entre los fiadores y el acreedor solo puede exigir de cada uno de estos la parte que le corresponde. En general, las legislaciones contemplan esta figura y tienen tres requisitos comunes: a) deben haber dos o más fiadores de un mismo deudor, b) deben ser fiadores de la misma deuda y c) que no sean fiadores solidarios.

El Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra tiene otra excepción contra el acreedor llamada “moratoria” que consiste darle un plazo de 30 días al fiador para que localice al deudor en caso de encontrarse en un paradero desconocido.

Finalmente, si el fiador termina pagando la deuda, puede repetirse contra el deudor principal por la cantidad principal, los accesorios y otros gastos. Esto se encuentra generalmente admitido por las legislaciones, llamándosele “beneficio de cesión de acciones o acción de regreso”.

Bibliografía

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., SOMARRIVA U., M., Y VODANOVIC H., A., *Curso de Derecho Civil. Fuente de las Obligaciones*, IV, A. Vodanovic H. ed. CABANELLAS, G., *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, IV, Buenos Aires 2003.
- CAMPBELL BLACK, H., *Black's Law Dictionary. A Law Dictionary Containing Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern and including the principal terms of international, constitutional, ecclesiastical and commercial law, and medical jurisprudence, with a collection of legal maxims, numerous selected titles from the roman, modern civil, scotch, french, spanish, and mexican law, and other foreing systems, and a table of abbreviations*, St. Paul, Minnesota 1910.
- COLLIN, P.H., *Dictionary of Law*, Londres 2004.
- CONGRESO DE LA NACIÓN, *Código Civil*, 29 de Septiembre de 1869.
- CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda La República en Materia Federal*, 7 de Enero de 1926, Diario Oficial de la Federación (1928).
- ESCRICHE, J., *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. París 1851.
- LORENZETTI, R. L., *Tratado de los Contratos. Cesión de derechos, Factoring, Mandato, Comisión, Corretaje, Locación de cosas, Transferencia de uso, Leasing, Contratos de obra y servicio, Servicios profesionales, Construcción de obras materiales*, III, Santa Fe 1999.
- MANASEVICH, R.A., *Las Obligaciones*. I.
- MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA, *Real Decreto de 24 de julio de 1889*, 24 de Julio de 1889, Gaceta de Madrid (1889).
- OLIVER SOLA, M. C., «La Fianza. Estudio Comparativo en Derecho Romano, en el Código Civil Español y en el Fuero Nuevo de Navarra» en *Boletín de la Facultad de Derecho* 19 (2002) 95-134.
- ÓRGANO EJECUTIVO, *Código Civil*, 23 de agosto de 1859, Gaceta Oficial No. 85, tomo 8 (1860).
- ORTIZ SÁNCHEZ, M. Y PÉREZ PINO, V., *Léxico Jurídico Para Estudiantes*, Madrid 2004.
- OSSORIO, M., *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires 1994.
- OXFORD UNIVERSITY PRESS, *A Dictionary of Law*, E.A. Martín ed., 2003.

- R. BOSSINI, F. Y GLEESON M., *Diccionario Bilingüe de Terminología Jurídica Inglés-Español / Español-Inglés*, Madrid 1998.
- RIBÓ DURÁN, L., *Diccionario de Derecho*, Barcelona 1995.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J., MORENO QUESADA, B., OSSORIO MORALES, J. Y OTROS, *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos*, Valencia 2008.
- THOMSON GALE, *West's Encyclopedia of American Law*, V, J. Lehman y S. Phelps ed., Detroit-San Diego-San Francisco-Maine-London-Munich 2005.
- HOBOKEN, W., *Webster's New World Law Dictionary*, S.E. Wild ed., New Jersey 2006.