

346.025
C 3529
1971
F. J. Y. G. S.
G. J. A.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

GRATUIDAD U ONEROSIDAD
DEL CONTRATO DE FIANZA

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

JOSE FABIO CASTILLO

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

JULIO DE 1971



U N I V E R S I D A D D E E L S A L V A D O R

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

"GRATUIDAD U ONEROSIDAD DEL CONTRATO DE FIANZA"

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

JOSE FABIO CASTILLO

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

JULIO 1 9 7 1

SAN SALVADOR

EL SALVADOR

CENTRO AMERICA

20076 H/14/m/cos/20076



U N I V E R S I D A D D E E L S A L V A D O R

RECTOR

Dr. Rafael Menjívar

SECRETARIO GENERAL

Dr. Miguel Angel Sáenz Varela

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz

SECRETARIO

Dr. Mauricio Alfredo Clará

JURADOS EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE

"CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL"

Presidente: Dr. José Napoleón Rodríguez Ruiz
1er. Vocal: Dr. Oscar Quinteros Orellana
2do. Vocal: Dr. Arístides Augusto Larín

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE

"MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES"

Presidente: Dr. Enrique Borgo Bustamante
1er. Vocal: Dr. Homero Sánchez
2do. Vocal: Dr. José Napoleón Rodríguez Ruiz

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE

"MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS"

Presidente: Dr. Carlos Ferrufino
1er. Vocal: Dr. José Guillermo Orellana Osorio
2do. Vocal: Dr. Roberto López Munguía

ASESOR DE TESIS

Dr. Gabriel Gallegos Valdes

TRIBUNAL QUE CALIFICO LA TESIS

Presidente: Dr. José Napoleón Rodríguez Ruiz
1er. Vocal: Dr. Guillermo Chacón Castillo
2do. Vocal: Dr. Mario Salazar Valiente

I N T R O D U C C I O N

Suele escribirse la Introducción a una tesis, hasta después que ésta se ha terminado, tal se hace, pues solo entonces se sabe que es lo que ha resultado de los estudios realizados sobre el tema escogido; sin embargo esta introducción se hará antes de escribir la tesis, brevemente voy a expli-car lo que pretendo demostrar; si después llego a una conclusión distinta, sepa dispensármelo el estudioso como una rectificación a una opinión, mas que ello una intuición, formada al escoger el punto a desarrollar.

Cuando el Departamento de Derecho Privado me señaló tres puntos sobre la materia Derecho Civil, no necesité de mucho para escoger un tema, tal era "GRATUIDAD U ONEROSIDAD DEL CONTRATO DE FIANZA". Se trataba de un punto que reunía dos características muy importantes para mí: la concreción, que me

Se trataba de un punto que reunía dos características muy importantes para mí: la concreción, que me obligaba a escribir sin divagaciones inútiles, como suele hacerse a menudo con el afán de llenar cuartillas, y, por otra parte, me daba lugar para exponer dos ideas que se encuentran un poco fuera de lo que siempre se opina sobre la figura jurídica de la fianza, tales ideas son: que la fianza no es por su esencia un contrato y que cuando se configura como contrato es siempre por su esencia gratuito, aun en el campo mercantil.

Esto es lo que pretendo demostrar, en una forma breve, concisa que permita al estudioso una consulta rápida sobre el tema, y, espero, un convencimiento sobre la veracidad de lo afirmado.

Naturaleza Jurídica de la Fianza; su división.

La mayoría de los autores cuando tratan el tema de la fianza la consideran como un acto jurídico bilateral, mas concretamente como un contrato, para ello no les faltan abundantes razones. Es sabido, hasta para el mas profano en asuntos jurídicos, como funciona prácticamente la fianza: una persona contrae o tiene ya una obligación para con otra, esta última desea una garantía de que esa obligación existente o por existir, va a ser efectivamente satisfecha, para ello se busca una tercera persona, ajena a la obligación que se pretende garantizar y esta se compromete con el acreedor en el sentido de que si el deudor no cumple con la obligación que tiene, esa tercera persona le entregará una cantidad de dinero.

Cuando en esta forma se configura la fianza no nos cabe la menor duda de que se trata de un contrato, en efecto hay una convención, un acuerdo de voluntades, entre el acreedor y el fiador, acuerdo de voluntades que produce el efecto jurídico de obligar

al fiador al pago de una cantidad de dinero en caso de que el deudor de la primera obligación no cumpla total o parcialmente con ella.

Dejemos, por de pronto, a un lado este caso frecuente de configuración de fianza y hagamos una discreción necesaria referente al tipo de obligaciones que se puede afianzar.

No existe limitación alguna con respecto a la obligación cuyo cumplimiento garantiza el fiador, puede tratarse de una obligación que encierre una conducta positiva o negativa, puede ser civil o natural, pura y simple, condicional o a plazo, puede tratarse de una obligación existente o de una futura, de una obligación proveniente de un contrato, quasi contrato, delito, quasi delito, falta, e incluso proveniente del respeto a la norma jurídica. Para el caso podríamos poner algunos ejemplos:

Juan, que tiene 17 años celebra un contrato de compra venta con Pedro en virtud del cual éste queda obligado a entregarle a aquél un collar de esmeraldas

y a cambio Juan quedará obligado a entregarle diez mil colones al cabo de un año. Benjamín se compromete con Pedro en el sentido de que si Juan no cancela esa obligación él pagará los diez mil colones. En este caso la obligación garantizada es natural, a plazo y proveniente de un contrato.

En el ejemplo anterior es conveniente dejar aclarado que para algunos la obligación garantizada sería civil, haría falta la declaratoria de nulidad para que se configurara como natural; no entraremos a tan interesante discusión, solamente diremos que para nosotros tal obligación se configura como natural desde el momento en que se perfecciona el contrato que la origina y que la parte obligada es un menor adulto no habilitado de edad,

Francisco causa lesiones dolosas a Enrique, en el juicio correspondiente resulta ejecutoriadamente condenado a pagar dos mil colones como consecuencia de la responsabilidad civil correspondiente. Roberto, fía a Enrique el cumplimiento de la obligación de

Francisco. En este segundo ejemplo la obligación garantizada es civil, pura y simple y proveniente de un delito.

Mario obtiene su licencia de conducir, para ello se hace necesario que una persona rinda fianza en el sentido de que Mario cumplirá con todas las normas jurídicas que regulan la conducción de vehículos y que en caso de que infringiendo esas normas cause daño reales o personales, el fiador responderá del valor de los daños hasta por una determinada cantidad en caso de que Mario no lo haga. En este caso se están garantizando obligaciones futuras y provenientes de la obligatoriedad de las normas jurídicas o en algunos casos de delito o cuasi delito.

Los ejemplos antes expuestos nos demuestran claramente lo indiferente que es el tipo de obligación que se garantiza, y es que, naturalmente, lo importante para la naturaleza jurídica de la fianza, no es la obligación garantizada sino la obligación que garantiza.

Retomemos ahora el hilo de nuestro estudio ya que de los ejemplos propuestos hay uno en el que la fianza se ha configurado sin celebrarse un contrato, para que éste exista, es absolutamente indispensable, de su esencia, que dos o más personas llegando a un acuerdo celebren el acto jurídico, una de las personas será el deudor y la otra el acreedor de la obligación proveniente, o ambas ocuparán el papel de acreedores y deudores recíprocos.- Sin embargo, en el tercero de los ejemplos arriba enunciados vemos aparecer celebrando el acto jurídico a una sola persona, al fiador, el acreedor existirá hasta el momento en que el fiado cause algún daño en virtud del cual quede obligado a una reparación. Si el acto jurídico, para perfeccionarse como tal, no necesitó de la concurrencia de dos personas, de un acuerdo de voluntades, podemos afirmar categóricamente que no se trata de un contrato.- Se argumentará en el sentido de que el acuerdo de voluntades existe en el momento en que el acreedor reclama al fiador, que se trata de un contrato en el que una de las par--

tes está indeterminada, nada de ello tiene validez, al momento de perfeccionarse la fianza solo intervino una voluntad, se trató en este caso de un acto jurídico unilateral, de una declaración unilateral de voluntad. Si la fianza puede perfeccionarse como un contrato o como una declaración de voluntad, su esencia jurídica no la debemos buscar en la participación de una o dos voluntades en su nacimiento, tal cosa es indiferente desde luego que puede ingresar al mundo del Derecho por una u otra vía.

Nuestro Código Civil a pesar de tratar la fianza en la parte referente a los contratos, no la define como tal, sino como una obligación accesoria, 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. Ha sido profusamente criticada esta definición, precisamente por no conceptuar como un contrato a la fianza, por el contrario creo que ese es su principal mérito o acierto, sin embargo no creo

tampoco que pueda definirse como una obligación accesoria, la fianza no es una obligación, de la fianza nace una obligación, la fianza es pues un acto jurídico del que nace la obligación de pagar una cantidad de dinero a uno o más acreedores en el caso de que uno o más deudores no cumplan para con él o ellos una o más obligaciones existentes o que puedan llegar a existir.

En efecto, la fianza es un acto jurídico, no se trata de hecho jurídico simple, sino que su realización se debe a la voluntad del hombre destinada a producir efectos jurídicos, más concretamente destinada a hacer nacer una obligación. Este acto jurídico puede ser unilateral o bilateral, según se constituya por una mera declaración unilateral de voluntad o a través de un contrato.

De ese acto jurídico surge siempre una obligación para el fiador, tal es, la de el pagar una cantidad de dinero al acreedor de otra persona en caso

de que esta no cumpla con su obligación.

Para finalizar el presente acápite pondremos un ejemplo claro de una fianza no contractual: Juan publica en el periódico un anuncio en el que hace constar que se constituye fiador de cualquier obligación que Pedro contraiga en el futuro.

La fianza ha quedado perfeccionada con la mera declaración unilateral de voluntad, no ha hecho falta la concurrencia de otra persona, no es por lo tanto contractual.

D i v i s i ó n .

El artículo 2087 del Código Civil Salvadoreño establece que la fianza puede ser convencional, legal o judicial. Agrega que la primera se constituye por contrato, la segunda es ordenada por la ley y la tercera por decreto de Juez.

La clasificación establecida en nuestro ordenamiento jurídico adolece del más grave defecto que

puede tener una clasificación: la de haber sido hecha tomando en cuenta dos criterios distintos, en el presente caso clasifica a la fianza como contractual de acuerdo a su forma de constitución y como legal o judicial de acuerdo al origen de la obligación de rendir fianza.

Dicho error acarrea serias consecuencias ya que una fianza pudiera ser ordenada por la ley o el Juez y ser constituída por contrato, lo que haría que un mismo acto de fianza se incluyera en dos especies distintas de la clasificación.

Es más, pudiera darse el caso de una fianza contractual ordenada por la ley y que por la renuencia del obligado se hiciera necesario un decreto judicial. Nos encontraríamos ahí con una fianza contractual, legal y judicial.

De ahí pues la necesidad de recurrir a un solo criterio para hacer una clasificación o división de

la fianza; el que nosotros vamos a emplear es el de la forma de constituirse o perfeccionarse la fianza y así diremos que hay dos tipos de fianza: la que se constituye como un acto jurídico bilateral, esto es un contrato celebrado entre fiador y acreedor, y la que se constituye por un acto jurídico unilateral, esto es una mera declaración unilateral de voluntad del fiador.

Criticarán algunos la clasificación expuesta en el párrafo anterior, argüirán en contra con el ejemplo en el que se demanda en juicio la ejecución de la obligación de hacer del obligado por un contrato de promesa de fianza, como resultado del proceso el Juez ordena al reo que rinda fianza a favor del actor, pero el reo no cumple y el Juez procede a rendirla en representación del reo rebelde.

Sin ánimo de entrar en una discusión diremos que la actuación del Juez es en representación del reo en virtud de las facultades que la ley le da para ello y

que lo que nos va a servir de base para incluir este caso en una u otra especie de la clasificación va a ser la forma en que el Juez constituya la fianza, si contractualmente o a través de una declaración unilateral de voluntad, establecido que en ambos casos actúa como representante legal del reo; aunque para los efectos de la clasificación poco importa admitir si la actuación del Juez es como representante legal o como mandatario, como erróneamente opinan algunos, lo importante es el tipo de acto jurídico que el Juez realiza representando al reo.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE ALGUNAS DE
SUS CARACTERISTICAS.

Hemos demostrado que la fianza no es siempre un contrato, sin embargo, este apartado lo vamos a dedicar únicamente a aquellos casos en que la fianza es precisamente un contrato, y al hablar de sus características lo haremos tratándola como a tal.

Unilateralidad. Los contratos son siempre actos jurí
dicos bilaterales, desde luego que para su perfeccion
amiento hace falta siempre la concurrencia de dos
voluntades por lo menos. Sin embargo cuando decimos
que un contrato es unilateral o bilateral no nos es-
tamos refiriendo al número de voluntades sino al de
obligados que resulten del contrato; unilateralidad
se emplea acá en un sentido distinto del que se ha
empleado antes; cuando decíamos que la fianza podía
constituirse a través de una declaración unilateral
de voluntad lo único que afirmábamos es que solo una
persona intervenía en su creación, ahora nos estamos
refiriendo al caso en que dos voluntades han interven
nido en su creación, es una declaración bilateral de
voluntad, es un acto jurídico bilateral, un contra-
to, pero al afirmar que como contrato es unilateral
lo que decimos es que de la esencia del contrato so
lamente surgen obligaciones para una de las partes;
definamos: unilaterales son aquellos contratos en
los que solamente uno de los concurrentes resulta

obligado, bilaterales son aquellos en los que ambas partes contratantes resultan obligadas, y finalmente bilaterales imperfectos cuando resultando obligada una de las partes puede eventualmente resultar obligada la otra.

Con respecto a esto podemos afirmar sin ninguna duda que la fianza es un contrato unilateral, en efecto de su perfeccionamiento aparecen obligaciones únicamente para el fiador, el acreedor cuyo crédito se garantiza no queda obligado a nada, es solamente para el fiador para quien nace una obligación de la constitución de la fianza, tal obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero al acreedor en caso de que el fiado no cumpla con la obligación que tiene para con ese mismo acreedor.

Es un contrato accesorio. Se dice frecuentemente que los contratos son principales o accesorios según si pueden existir por si solos o necesitan de la existencia de otros para poder subsistir. Tal

concepción es errónea en lo que respecta a los contratos accesorios, ya hemos visto que la obligación que garantiza una fianza puede provenir de cualquier de las fuentes de las obligaciones de tal manera que el contrato accesorio puede existir sin que haya otro contrato, para el caso pondremos algunos ejemplos: el fiador que garantiza al legatario el cumplimiento de la obligación que para con él tiene el heredero; el fiador que garantiza al ofendido el cumplimiento de las obligaciones que por la responsabilidad civil resultante del hecho delictuoso tiene el reo; una persona fía a otra el cumplimiento de la cuota alimenticia que su padre está obligado a pagar. En estos tres casos vemos la existencia del contrato de fianza sin que para ello haya hecho falta la existencia de un contrato. De lo expuesto podríamos concluir que es correcto lo afirmado en el artículo 1313 del Código Civil en el sentido de que el contrato es accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación prin-



principal, de manera que no pueda subsistir sin ella. Debemos tener, sin embargo, mucho cuidado al aceptar esta definición, ya que podríamos aceptar con facilidad la idea de que si bien no es cierto que sea necesaria la existencia de un contrato principal, si es indispensable la existencia de una obligación principal, tal conclusión sería a todas luces precipitada, por lo menos en cuanto se refiere al contrato de fianza, ya que éste puede existir perfectamente sin que exista todavía la obligación que garantiza, e incluso sin que esa obligación llegue a existir jamás. Tal caso sería el de afianzar una obligación futura como por ejemplo cuando una persona fía las obligaciones que otra pueda contraer haciendo uso de un crédito mercantil y eventualmente el fiado no hace uso del crédito solicitado.

Así pues la fianza es un contrato accesorio en el sentido de que su finalidad u objeto es asegurar el cumplimiento de otra obligación y de que si esa otra obligación desaparece, desaparece también la

obligación proveniente del contrato de fianza.

Solamente por vía de ilustración dejaremos consignado en este lugar que para algunos tratadistas la obligación proveniente de la fianza se encuentra sujeta a la condición suspensiva del incumplimiento del principal obligado.

Consensual. Los contratos se califican como consensuales cuando quedan perfectos desde el momento en que las partes llegan a un acuerdo, es decir cuando basta el consentimiento de las partes para que el contrato nazca a la vida jurídica; se dice que son solemnes cuando además del consentimiento de las partes se requiere de algún otro requisito especial para que el acto se considere perfecto, tales requisi-tos pueden consistir en la presencia de testigos, que se celebre por escritura pública o privada etc.; y finalmente se llama reales a aquellos contratos en los que la solemnidad consiste en la entrega de una cosa.

Dentro de estos tipos de contratos, decimos que la fianza es consensual dado que para su perfeccionamiento y constitución basta el consentimiento de las partes, no exige nuestra legislación ninguna solemnidad especial, salvo en casos excepcionales, que no son objeto de estudio de esta tesis.

Sin embargo creemos que Don Manuel Somarriva Undurraga hace una crítica atinada en su Tratado de las Cauciones cuando se pronuncia en el sentido de que un contrato como ese que tantas consecuencias negativas puede traer al fiador, deberá ser solemne. La solemnidad, añadimos nosotros, debería consistir en que el contrato conste por escrito.

Es paradójico que siendo la fianza un contrato meramente consensual, sea, no obstante, el contrato de promesa de fianza un contrato solemne.

Tal paradoja se da con respecto a todos los contratos consensuales, puesto que el artículo 1425 de

nuestro Código Civil, entre otros requisitos, exige que la promesa de celebrar un contrato para que produzca obligación es necesario que conste por escrito.

Cabe hacer notar acá que las partes que celebran el contrato de promesa de fianza, pueden, y suelen, ser distintas de las partes que celebran el consecuente contrato de fianza. En efecto, el contrato de promesa de fianza es celebrado generalmente entre el deudor de una obligación y el futuro fiador, y el contrato de fianza se celebra entre el fiador y el acreedor de la obligación garantizada.

El objeto de la fianza consiste siempre en el pago de una cantidad de dinero. El inciso final del artículo 2093 del Código Civil Salvadoreño establece que: "La obligación de pagar una cosa que no sea dinero en lugar de otra cosa o de una suma de dinero, no constituye fianza".

Esto quiere decir que si bien el objeto de la obligación afianzada puede consistir en cualquier tipo

de conducta, dar, hacer o no hacer, sin embargo, el objeto de la obligación de la fianza consiste siempre en una conducta positiva, mas específicamente en un dar y, concretamente, en dar dinero. Si el objeto de la obligación de la fianza consiste en dar dinero y otra conducta (dar otra cosa, hacer algo o dejar de hacer algo), tendríamos que aplicar analógicamente las reglas de la compra-venta y si la cantidad de dinero es igual o mayor que el contenido económico de la otra obligación se entenderá que el contrato celebrado es de fianza, pero si la cantidad de dinero es menor que el contenido económico de la otra obligación se trataría de un contrato innominado.

Esta regulación legal se aparta completamente de los principios clásicos del Derecho Romano, el objeto de la obligación de la fianza para los romanos, debía ser el mismo que el de la obligación garantizada.

A qué se debió cambio tan radical en ordenamientos jurídicos que en general siguen fielmente los

principios romanos?.

La razón es muy sencilla: si el objeto de la obligación principal y el de la fianza debían de ser idénticos, tendríamos que excluir una gran cantidad de obligaciones como susceptibles de ser afianzadas, tal sucedería para el caso con todas las obligaciones de hacer que requieren alguna cualidad del ejectante y, también con todas o casi todas las obligaciones de no hacer.

Pongamos un ejemplo de una y otra:

Juan encarga a Pedro, pintor famoso que le ejecute un óleo sobre el tema que prefiera. Esta obligación no podría afianzarse en el caso de que el objeto de la obligación accesoria tuviese que ser el mismo que el de la obligación principal ya que a Juan lo que le interesa es precisamente que Pedro y no otra persona le ejecute la obra.

Antonio vende a Federico un comercio, incluyéndose en el contrato de venta una cláusula conforme a

la que Antonio no podrá establecer un negocio del mismo tipo durante los siguientes diez años. Esta obligación tampoco podría ser afianzada desde luego que a Federico lo que le interesa es que Antonio no instale un negocio semejante atrayendo su antigua clientela, no tendría para él ninguna importancia que el fiador estuviera obligado a no poner un negocio en caso de que Antonio incumpliera.

Una y otra tesis nos parece que tienen inconvenientes, es indiscutible que la romanista limita ampliamente el campo de aplicación del contrato de fianza, pero tampoco encontramos ninguna razón, ni jurídica ni práctica, para que el objeto de la obligación del fiador tenga que ser necesariamente dar dinero. Nada se opone a que el objeto de la obligación del fiador pueda ser dar cosas fungibles distintas del dinero.

Pongamos un ejemplo para terminar el análisis sobre esta característica de la fianza. Alberto ven-

de a Salvador diez quintales de maíz y Héctor se compromete a que si Alberto no entrega el maíz lo va a entregar él. Para nuestra legislación la obligación de Héctor provendría de un contrato innominado. Tal consideración es a nuestro modo de ver un absurdo, lo que Héctor ha celebrado es un contrato de fianza y como tal debe ser tratado.

Es una obligación transmisible. Tal se desprende de lo establecido en el artículo 2102 de nuestro Código Civil, siendo como es una obligación de pagar dinero, la típica obligación divisible e impersonal, es lógico que los herederos del fiador le sucedan en esta obligación.

La obligación del fiador no puede ser mas gravosa que la obligación garantizada. Hemos visto cuando estudiábamos la accesoriidad del contrato de fianza

que en general la fianza no puede existir sin que exista previamente la obligación que garantiza, esta regla tiene sin embargo sus excepciones, tal como hemos apuntado en el caso de las obligaciones futuras; ahora bien sea que la obligación principal exista al momento de constituirse la fianza, sea que surja con posterioridad, la fianza queda en todo caso limitada por los términos de la obligación principal.

Cómo funciona esta limitación?. Analizaremos varios aspectos para responder a esa pregunta. Tales son el contenido económico, el plazo, el lugar y la condición.

Antes de proceder al análisis separado de los aspectos expresaremos una consideración general fundamental para la característica en comento del contrato de fianza, tal es que lo gravoso de una y otra obligación no debe verse en conjunto, sino que ninguno

no de los aspectos de la obligación accesoria puede ser más gravoso que el correlativo de la obligación principal.

CONTENIDO ECONÓMICO. Es sabido el contenido económico de las obligaciones, ninguna o casi ninguna de las posibles obligaciones que puede contraer un sujeto de derecho, deja de tener contenido económico, sin embargo la obligación principal puede consistir en un hacer o en un no hacer, ¿cómo determinar entonces que la fianza sea menos gravosa que la obligación principal cuando el objeto de la fianza es siempre dar dinero?, la respuesta es muy sencilla, se establece el equivalente en dinero de la obligación principal, la cantidad resultante es el límite cuantitativo de la obligación accesoria. Esta regla, de aplicación simple en la mayoría de los casos, presenta sin embargo una complicación cuando el valor económico de la obligación principal es distinto para el acreedor y para el deudor, cosa que puede suce

der por diversas circunstancias, entre las que mencionaremos la necesidad personal o industrial o el valor afectivo; en esa situación nos parece que el límite cuantitativo de la fianza estaría determinado por el contenido económico que la obligación principal tenga para el acreedor, la razón de ello es que la relación jurídica proveniente del contrato de fianza se entabla directamente entre el fiador y el acreedor, es a éste a quien el fiador garantiza el cumplimiento de una obligación y es el acreedor el punto de contacto entre ambas obligaciones.

Pongamos un ejemplo de lo últimamente afirmado: Pedro es dueño de un collar de brillantes que ha permanecido durante varias generaciones en su familia, para él la propiedad de la joya representa no solamente el valor económico de la misma sino que además el valor afectivo de haber sido usado por su madre, su abuela, y algunas otras de sus antepasadas; necesitando el collar de una limpieza lo lleva a un joyero a quien exige fianza con respecto a la devolución.

Por diversas circunstancias el deudor no cumple con la obligación, si no se hubiese fijado límite cuantitativo a la fianza, la cantidad a pagar será el contenido económico que la joya represente para Pedro.

Ahora bien, supongamos, para terminar con este aspecto que la cantidad que se afianza es mayor que el contenido económico que la obligación principal representa para el acreedor, entonces la cantidad afianzada automáticamente disminuye al límite que establece el contenido económico de la obligación principal.

Estas consideraciones se apartan de la letra de lo establecido en el inciso primero del artículo 2093 de nuestro Código Civil, ya que al decirse ahí que el fiador no puede obligarse a mas de lo que debe el deudor principal, nos da a entender que lo que se toma en cuenta es el valor que la cosa debida tiene para el deudor; no obstante el inciso tercero del

mismo artículo nos da la razón, ya que al decir que: "Afianzando un hecho ajeno, se afianza solo la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuelve", lo que nos está afirmando, es que el valor económico que se toma en cuenta es el relativo al acreedor.

PLAZO. Si la obligación principal solamente es exigible hasta que transcurra un determinado plazo, la accesoria solamente podrá ser exigible también hasta que transcurra por lo menos ese plazo. Lo anterior es una consecuencia natural y lógica de la estructura de la figura jurídica en estudio, ya que si la obligación del fiador fuese exigible antes que la del deudor principal, desaparecería la finalidad del contrato de fianza que es la de pagar una cantidad de dinero en caso de que el deudor principal no cumpla con la obligación, así pues es hasta que la obligación se vuelve exigible para el deudor

es que también puede ser exigible para el fiador. Ahora bien sí puede darse el caso de que el plazo para la exigibilidad de la obligación accesoria sea mayor que el de la principal.

Si la obligación principal está sujeta a un plazo resolutorio, la situación se invierte, el plazo resolutorio de la fianza no puede ser mayor que el de la obligación principal, resuelta ésta, de pleno derecho se resuelve su accesoria, que no puede subsistir en el tiempo mas allá que aquella de la que es garante.

LUGAR. Ni siquiera en esto puede la fianza exceder a la obligación principal, aunque el análisis da lugar a situaciones difíciles de resolver, la poca importancia práctica de ésto le resta interés al problema.

Si deudor principal y fiador tienen el mismo domicilio el lugar para el cumplimiento de las oblig

gaciones no muestra ninguna relevancia, el fiador podrá obligarse a cumplir en el mismo lugar que el deu
dor o en uno mas cercano o de mas fácil acceso, pero no podrá obligarse a cumplir en un lugar que, atendi
das esas circunstancias, le sea más gravoso.

La situación varía cuando es distinto el domici
lio del fiador y el del deudor principal, si éste es
tá obligado a cumplir en su propio domicilio, no podrá
obligarse al fiador a pagar en el domicilio del
deudor, ya que eso significaría para él salir de su
domicilio a otro lugar, gravamen que no tenía el deu
dor principal; y si el lugar señalado para el cumpli
miento es distinto de ambos domicilios, tocará al
juzgador como cuestión de hecho analizar si el lugar
implica mayor carga para uno u otro de los obligados.

El lugar señalado para el cumplimiento de la obligación
principal presenta especial importancia en
las transacciones mercantiles en las que el lugar de
cumplimiento de la obligación suele ser el puerto de

embarque o desembarque de mercancías que pueden estar separados por un océano, naturalmente que en estos casos para el fiador es posible que sea sumamente gravoso el lugar de cumplimiento de la obligación, sobre todo si se acepta la idea de que el contenido de la obligación accesoria puede ser entregar una cosa distinta de dinero, cuyo transporte, en ese caso, implicaría una carga económica fuerte para el fiador.

CONDICION. Cuando la obligación principal se encuentra sujeta a una condición suspensiva, la accesoria también lo está, admitir lo contrario sería permitir la existencia de la obligación nacida del contrato de fianza con la posibilidad de que nunca surgiera la obligación principal, al fiador le sería exigible la obligación cuando el deudor no la ha cumplido precisamente porque no tiene obligación.

Con respecto a la condición resolutoria no podemos sino hacer extensivo lo que hemos afirmado en

relación al plazo resolutorio.

Querrá todo lo expuesto concluir en que es absoluta la regla que dice: que la obligación del fiador no es nunca mas gravosa que la del deudor principal?. De ninguna manera, existe un caso en el que la situación se presenta a la inversa, tal es cuando la obligación afianzada es natural y la obligación accesoria civil lo que se encuentra permitido por el artículo 2089 de nuestro Código Civil, en tal situación es indiscutible que el cumplimiento del deudor principal no puede sino ser voluntario, ninguna acción protege efectivamente al acreedor contra el deudor, pero el cumplimiento del fiador si se encuentra garantizado por la acción civil correspondiente, si a esto llamamos eficacia y no gravamen, es que desconocemos el significado de las palabras.

Al analizar todos los aspectos en que la obligación accesoria puede ser mas gravosa que la obligación

gación principal, reiteradamente hemos afirmado que la obligación accesoria queda reducida a los términos de la principal, sin embargo muchas personas opinan que la consecuencia jurídica no es la reducción del gravamen para la obligación accesoria sino la nulidad de ella como resultado de la infracción a una prohibición, esta posición no nos parece correcta ya que la utilidad de la fianza está precisamente en la agilización de las transacciones y si la sanción fuere la nulidad el acreedor desconfiaría de la efectividad de la garantía y esto incidiría en un estancamiento de las transacciones contractuales.

CONSENTIMIENTO. Como en todo contrato es indispensable el consentimiento de las partes, en la fianza tal consentimiento debe ser expreso, no se podrá presumir en ningún caso, aunque no se necesitan palabras o fórmulas sacramentales para que se

entienda que ha concurrido.

Tal aseveración es importante ya que existen algunos contratos en los que el consentimiento puede presumirse, así sucede en el mandato con la aceptación tácita del mandatario o con la aquiescencia tácita del mandante.

La disposición legal que establece el consentimiento expreso para la fianza es el artículo 2097 del Código Civil que establece que: "La fianza no se presume,.....".-

CAPACIDAD. En el artículo 2100 del cuerpo legal tantas veces citado se dice que: "El obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal;.....". ¿qué capacidad exige la ley para el fiador?. La aplicación de las reglas generales se impone para este caso, capaz de ser fiador es el mayor de edad; absolutamente incapaces son los de--

mentos, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Ahora bien, cuando la fianza es otorgada por un menor adulto no habilitado de edad, la situación se presenta en la siguiente forma: el fiador queda obligado con respecto a su peculio profesional o industrial exactamente igual que si fuera un mayor de edad y con respecto a los demás bienes solamente con autorización de su representante legal o ratificación hecha por el mismo en escritura pública, siendo la obligación del menor subsidiaria, ya que la de su representante es directa, y encontrándose limitada al beneficio que el fiador hubiese obtenido de la celebración del contrato.

La capacidad del otro contratante no tiene mayor importancia desde luego que para él la celebración del acto jurídico no implica que contraiga obligación alguna.

GRATUIDAD U ONEROSIDAD.

Se impone previamente a la determinación de cual de las dos, si gratuidad u onerosidad, es la característica del contrato de fianza, dar una breve explicación sobre lo que es un contrato gratuito y lo que es un contrato oneroso.

Es creencia general que se llama contrato gratuito a aquel en el que una de las partes contra--tantes obtiene provecho o beneficio y oneroso el contrato en el que ambas partes obtienen provecho o beneficio, sin embargo el criterio para diferen--ciar si un contrato es gratuito u oneroso, no se basa exclusivamente en el beneficio o proyecho que a una o a ambas partes reporte sino que también en el correlativo gravamen sufrido, al respecto transcribiremos el artículo 1311 del Código Civil Salva

doreño en el que de inmediato notamos que nuestro ordenamiento jurídico toma en cuenta ambas circunstancias para determinar la diferencia entre uno y otro tipo de contrato.

Art. 1311 C. "El contrato es gratuito o de beneficencia cuando solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y onerosos, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro".

Establecido ya el criterio de diferencia legal y doctrinario entre la gratuidad y la onerosidad, vamos a analizar acá un aspecto que debió estar incluido dentro de las consideraciones generales sobre las características de la fianza, pero que deliberadamente hemos dejado para esta oportunidad por la íntima relación que tiene con el

tema que es objeto de este acápite, el aspecto a que nos referimos es: la causa en el contrato de fianza.

Evidente es para cualquiera la causa que el acreedor tiene para celebrar el contrato, tal es: obtener una garantía de que la obligación de la cual es acreedor le va a ser satisfecha y que en caso de no ser así el fiador estará en la obligación de pagarle una cantidad de dinero; pero la causa para el otro contratante, es decir para el fiador puede encontrarse en diversas circunstancias, algunas relativas a su provecho personal y algunas otras llegando a la mera liberalidad.

El fiador puede dar la fianza como una consideración para el deudor principal que sin esa garantía no obtendría su crédito, en tal caso la causa para el fiador es la mera liberalidad; ésto

es muy frecuente en nuestro medio en relación a los préstamos personales que conceden los bancos.

En otras ocasiones el fiador no actúa por un motivo tan desinteresado sino que accede a otorgar la fianza, garantizando al deudor, recibiendo a cambio algún tipo de ventaja económica que puede consistir en el pago de una cantidad de dinero, la cancelación de una obligación u otro beneficio, en tales situaciones la causa para que el fiador celebre el contrato se encuentra en el beneficio recibido; pero hay que tomar en cuenta quien sufre el gravamen de ese beneficio porque en caso de que ese gravamen lo sufriera el acreedor, el contrato celebrado no sería una fianza sino que un contrato innominado que reuniría características del contrato de seguro y del de fianza.

Con todos estos elementos podemos pasar ya

a determinar si el contrato de fianza es oneroso, es gratuito o es en ocasiones oneroso o en ocasiones gratuito. Para ello lo que haremos es determinar si una o las dos partes reciben beneficio o utilidad y si eso implica un correlativo gravamen para la otra parte.

En todos los contratos de fianza el acreedor obtiene un beneficio que como hemos dicho consiste en una mayor garantía o seguridad de no recibir perjuicio económico por el incumplimiento de la obligación, o que ese perjuicio económico va a ser menor; ese beneficio del acreedor implica un gravamen correlativo del fiador, ya que existe la posibilidad de que le corresponda a él pagar la cantidad de dinero afianzada.

Entremos ahora a analizar si el otro contratante recibe beneficios:

En algunos casos, según ha quedado apuntado, el fiador actúa por mera liberalidad, sin recibir provecho o beneficio alguno, evidentemente en esa situación el contrato es gratuito.

Veamos ahora los casos en los que el fiador recibe beneficio y distingamos tres situaciones, según si ese beneficio ha sido concedido por el acreedor o por el deudor principal o por una tercera persona.

En la primera situación es indiscutible que el contrato es oneroso, ya que hay beneficio o utilidad tanto para el fiador como para el acreedor y el beneficio del uno implica el correlativo gravamen del otro, pero si bien el contrato es oneroso, no se trata de una fianza, según lo analizamos al tratar la causa en este mismo apartado.

En la segunda situación el fiador obtiene un beneficio, que, como un ejemplo, puede consistir en una cantidad de dinero, pero esa utilidad no ha gravado al acreedor sino que al deudor principal que es totalmente ajeno a la celebración del acto jurídico, que no es parte del contrato; de tal suerte que aunque ambos contratantes obten--gan utilidad, la del fiador no implica gravamen para el acreedor, sino que para el deudor principal, por lo que el contrato es gratuito.

A la misma conclusión llegamos en la tercera situación en la que el gravamen correlativo al beneficio del fiador recae en una tercera persona.

Así pues en todas las posibles situaciones del contrato de fianza la conclusión es la misma, el contrato es gratuito, tal característica per-

BREVE SINTESIS FINAL.

La primera conclusión a que hemos arribado es la de que la fianza puede ser tanto un contrato como una declaración unilateral de voluntad, la importancia de esto no estriba en la mera especulación lógica con que se ha demostrado sino que conforme a las normas generales los actos jurídicos civiles se resuelven en la misma forma en que se han constituido, de tal manera que cuando la fianza es una declaración de voluntad bastaría que el fiador hiciera una declaración de voluntad retractándose, para que el acto jurídico quedase sin efecto, tal se desprende del inciso segundo del artículo 2090 de nuestro Código Civil que en cierto modo admite la fianza como una declaración unilateral de voluntad, aunque propiamente lo que admite es una proposición contractual sujeta a un perfec-

cionamiento a través de la existencia de la obli
gación principal.

Dejamos planteado el problema en cuanto a que la fianza como declaración de voluntad no debiera poderse revocar por la mera declaración del fia--
dor.

La segunda conclusión sería la de que cuando se afirma que un contrato es accesorio ello no significa que deba existir un contrato principal, no significa siquiera que deba existir una obliga
ción principal, sino que lo que significa única--
mente es que cuando ya existe la obligación prin--
cipal y por cualquier causa fenece, fenece tam---
bién la obligación accesorio y que en caso de
existir ambas, cualquier limitación a la obliga--
ción principal limita también la accesorio que no
puede estar más gravada que la principal excepto

I N D I C E

Página

I N T R O D U C C I O N -----	6
NATURALEZA JURIDICA DE LA FIANZA; SU DIVI- SION -----	8
D I V I S I O N -----	15
CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE ALGUNAS DE SUS CARACTERÍSTICAS -----	18
UNILATERALIDAD -----	19
ES UN CONTRATO ACCESORIO -----	20
CONSENSUAL -----	23
EL OBJETO DE LA FIANZA CONSISTE SIEMPRE EN EL PAGO DE UNA CANTIDAD DE DINERO -----	25
ES UNA OBLIGACION TRANSMISIBLE -----	29
LA OBLIGACION DEL FIADOR NO PUEDE SER MAS GRAVOSA QUE LA OBLIGACION GARANTIZADA -----	29
a) CONTENIDO ECONOMICO -----	31
b) PLAZO -----	34
c) LUGAR -----	35
d) CONDICION -----	37

CONSENTIMIENTO -----	39	34
CAPACIDAD -----	40	35
GRATUIDAD U ONEROSIDAD -----	42	36
BREVE SINTESIS FINAL -----	50	2

B I B L I O G R A F I A

CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR

CODIGO CIVIL DE FRANCIA

"TRATADO DE LAS CAUCIONES"

Manuel Somarriva

"CONTRATOS CIVILES

José Arias

"DERECHO CIVIL"

Georges Ripert - Jean Boulanger

"DERECHO CIVIL"

Ambrosio Colin y H. Capitant