

T  
346.025  
V433f  
1971  
F. J. y CS

077476  
~~045347~~  
E-3

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Y CIENCIAS SOCIALES

# "LA FIANZA MERCANTIL"

TESIS DOCTORAL  
PRESENTADA POR

MAURICIO ERNESTO VELASCO ZELAYA

---

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE  
DOCTOR EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

OCTUBRE 1971



SAN SALVADOR,

EL SALVADOR,

CENTRO AMERICA.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

Dr. Rafael Menjivar

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

"MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS"

Presidente: Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz  
1er. Vocal: Dr. Armando Interiano  
2o. Vocal: Dr. José Antonio Morales Erlich

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE

"MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES"

Presidente: Dr. José Napoleón Rodríguez Ruiz  
1er. Vocal: Dr. Rodrigo Raymundo Pineda  
2o. Vocal: Dr. Mauricio Ungo Bustamante

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE

"CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL"

Presidente: Lic. Santiago Ruiz  
1er. Vocal: Dr. José Gerardo Liévano Chorro  
2o. Vocal: Dr. Aristides Augusto Larín

ASESOR DE TESIS

Dr. Mauro Alfredo Bernal Silva

TRIBUNAL QUE CALIFICO LA TESIS

Presidente: Dr. Jorge Eduardo Tenorio  
1er. Vocal: Dr. Enrique Eduardo Campos  
2o. Vocal: Dr. Francisco José Barrientos

DEDICO ESTE ESFUERZO:

A la memoria de mi padre RODRIGO EUGENIO VELASCO (Q.D.D.G.);  
y quien no obstante encontrarse de espaldas a la vida vive  
de frente a los recuerdos...

A mi madre MARIA Z. v. DE VELASCO, paradigma de honorabili-  
dad y rectitud.

A mi esposa NORA PRUNERA DE VELASCO, solícita y abnegada, -  
faro de luz en los momentos de vacilación.

A mi hermana ALICIA VELASCO DE RIVAS, diamante de amor fra-  
terno.

A mis tías ELVIRA Z. DE FERRUFINO Y ANA VELASCO, con infini  
to agradecimiento.

A mis familiares y amigos queridos.

" L A F I A N Z A M E R C A N T I L "

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

MAURICIO ERNESTO VELASCO ZELAYA

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

### A- G e n e r a l i d a d e s

El Derecho como obra humana social de forma normativa encaminada a la realización de valores no permanece es tático; por el contrario evoluciona constantemente de conformidad a la ley de la historia. Y dentro de ese orden, el cambio se evidencia más rápido y profundo en el Derecho Mercantil que en las demás ramas; indiscuti blemente es factor para ello la complejidad de los fenómenos económicos hoy día, esto es, de las relaciones industriales, comerciales, crediticias y bancarias. -- Con justeza se ha dicho que "los marcos clásicos calca dos sobre las formas rígidas heredadas del Derecho Ci- vil, saltan hechos pedazos, ante el dinámico crecimienu to de la realidad económico-mercantil". 1/

Hasta principios del año que corre se encontraba vigen te en el país un Código de Comercio promulgado al ini- cio de este siglo y cuya inspiración era la denominada "Doctrina Clásica", precisamente en boga en el momento en que fue elaborado. Consciente el legislador salvado reño de la evolución del Derecho, elaboró un nuevo Có- digo de Comercio, pero esta vez inspirado en la llama- da "Teoría Moderna" que no es más que la doctrina del acto en masa realizado por empresa, estructurándose -- "alrededor del concepto de empresa mercantil como cosa universal única, con carácter de permanencia y unidad de destino de sus elementos, todos los cuales, sean co

---

1/ Lara Velado. Conferencia pronunciada en la Asociación de Abogados de El Salvador.

sas materiales o intangibles, se utilizan para una sola actividad, la de ofrecer al público bienes o servicios con móvil de lucro". 1/

En el derogado cuerpo de leyes la institución objeto de este trabajo, -fianza mercantil-, no se regulaba en forma expresa, aún cuando sí era dada, por empresas o instituciones bancarias. Por el contrario en el vigente Código de Comercio en el Título XIV Capítulo II, se legisla sobre el particular.

El nuevo Código fue promulgado por Decreto Legislativo No. 671, de fecha 8 de mayo de 1970 y publicado en el Diario Oficial No. 140, Tomo 228, correspondiente al 31 de julio del mismo año, disponiéndose en el Título final en el primer párrafo del inciso 1o. del Art. Único, que entraría en vigencia el primero de enero de mil novecientos setenta y uno; sin embargo por Decreto Legislativo No. 194, de fecha 18 de diciembre del año retropróximo y publicado en el D. O. No. 235, Tomo 229, de fecha 23 de diciembre del expresado año, se sustituyó el aludido párrafo del Inc. y Art. mencionado, en el sentido de que el Código entraría en vigencia hasta el 1o. de abril del presente año (1971), como en efecto ocurrió. La razón que trajo a cuenta la Asamblea Legislativa para conceder dicha prórroga fue la siguiente: "Que el mencionado Código contiene una serie de innovaciones en materia mercantil, para cuyo cumplimiento se hace necesaria la emisión de ciertas disposiciones secundarias para hacerlo funcional; que

---

1/ Lara Velado, Conferencia pronunciada en la Asociación de Abogados de El Salvador.

tales disposiciones no ha sido posible hasta la fecha regularlas en forma adecuada, por lo que es indispensable prorrogar la vigencia del citado Decreto, a fin de dar tiempo suficiente para la preparación y demás trámites de los proyectos que harán posible su funcionalidad".

#### B- La Fianza en el Derecho Romano

Antes de ingresar al análisis doctrinal y formalista del instituto referido estimamos congruente pasar una ojeada histórica sobre tan importante contrato. Para lograr dicho propósito recurriremos a lo manifestado por los tratadistas de Derecho Romano Eugéne Petit 1/ y J. Arias Ramos 2/ ambos conspicuos expositores de tal asignatura que, sin duda, no cesa de constituir - el fundamento de toda educación jurídica verdaderamente digna de este nombre.

En Roma se designaba con el nombre de "adpromissor", al que se comprometía de un modo accesorio con el prometiente principal, garantizando al acreedor contra - el riesgo de la insolvencia del deudor. La garantía - que de ello resultaba era una garantía personal, por oposición a la garantía real que, como sabemos, consiste en la afectación de una cosa al pago de una deuda.

Al principio los romanos prefirieron la garantía per-

---

1/ Tratado Elemental de Derecho Romano.  
Editorial Araujo; Págs. 327 - 328

2/ Derecho Romano. Tomo II - III. Sexta Edición.  
Editorial Revista de Derecho Privado; Págs. 701-702



sonal, pues el pago devenía con más rapidez llegado el vencimiento, y se realizaba por "satisfatio", o sea, - por el compromiso de varios "adpromissores". Esta preferencia se explica por el estado de la sociedad romana durante los primeros siglos. Al lado de un cierto número de familias enriquecidas por el goce abusivo del "ager publicus", la mayoría de la población se componía de labradores y pastores, a menudo arruinados por la guerra. Cuando recurrían al préstamo, los instrumentos de trabajo y el pequeño campo del deudor no ofrecían al acreedor una seguridad real suficiente, y por lo tanto hallaban una garantía más eficaz en la intervención de los amigos o de los parientes del prestatario, quienes se comprometían como "adpromissores". De ahí el empleo tan frecuente del procedimiento de la fianza.

Es de reconocer que a fines de la República, el empleo de la fianza cedió importancia a la hipoteca; pero como los romanos no le daban a ésta el efecto de publicidad de hoy día, quedaba como un instrumento imperfecto y la fianza siempre continuó poniéndose en práctica.

La fianza pues, en el Derecho Romano presentó diversas modalidades:

- 1- Adpromissio, fianza contituida por medio de un contrato verbal accesorio. Presentaba a su vez tres subvariedades: dos antiguas, la "sponsio" y la "fidepromissio", y otra más reciente, "fideiussio", - única subsistente en el Derecho justiniano.
- 2- El constitutum de deuda ajena.

### 3- El mandato cualificado.

La "sponsio" y la "fidepromissio" consistían en una estipulación que a continuación de la celebrada entre acreedor y deudor, celebraban dicho acreedor y el fiador (adpromissor), prometiendo éste pagar lo mismo que acababa de prometer el deudor principal. Después de haber preguntado el acreedor al deudor: ¿Spondes centum?, y de haber éste contestado: "Spondeo", el acreedor, dirigiéndose al fiador, volvía a preguntar: ¿Idem dari - Spondes?, respondiendo el fiador: "Spondeo".

La forma más arcaica de "adpromissio" era precisamente ésta en que se empleaba el verbo spondeo. Se utilizaba exclusivamente por los cives. La otra forma (fidepromissio) podía ser utilizada con los peregrinos y en ella se empleaba el verbo "fidepromitto". Con sólo dicha diferencia, su régimen fue el mismo, presentando estas características: a) solamente podía garantizar obligaciones provenientes de una stipulatio; b) la obligación del "sponsor" y del "fidepromissor" se extinguía con la muerte de éstos no pasando a sus herederos; c) extinguíase también con arreglo a lo dispuesto en la "lex Furia", - por el transcurso de dos años desde que la garantía se prestó, si los "sponsors" o "fidepromissores" eran de Italia; d) por disposición de la misma ley, el acreedor se vió obligado, en caso de ser varios los fiadores, a fraccionar, repartiéndola entre ellos, su reclamación; e) sin duda por ésto, otra ley (lex Cicereia) impuso - al acreedor el deber de declarar el importe total de la deuda y el número de "Sponsors" y "fidepromissores"; y, f) el "sponsor" que pagó disponía de una "actio depensi"

ejecutiva contra el deudor que no le reintegrase lo pagado en un plazo de seis meses, acción concedida por una "lex Publilia", pudiendo también dirigirse contra los demás fiadores, si los había, a los cuales se consideraba como sus socios en virtud de una "lex Appuleia".

Ni la "sponsio" ni la "fidepromissio" subsistieron en el Derecho justiniano. En época posterior aparece otra modalidad de fianza, que es la que perdura en el "Corpus iuris": la "fideiussio". La forma de contraerla era también la "stipulatio". El fiador preguntado por el acreedor de su consentimiento o adhesión, -iussum-, para soportar sobre su fides la prestación del deudor: "Id fi de tua esse iubes? Fideiubeo.

La "fideiussio" servía para garantizar toda clase de obligaciones aunque no proviniera de un contrato verbal, e incluso aunque fueran obligaciones naturales. El fiador se obligaba lo mismo que el deudor principal y de ordinario en la misma medida; bien podía garantizar la totalidad de la obligación principal, obligándose "in leveiorem causa", pero nunca "in duriolem", es decir, en una obligación más gravosa que la del deudor. Esta es siempre la principal y su nulidad implica la de la obligación del "fideiussor", no viceversa. Podía también el "fideiussor" comprometerse de modo expreso a pagar esclusivamente aquella parte de la deuda que el acreedor no consiguiera cobrar del deudor; es la llamada "fideiussio indemnitalis".

La acción contra el fiador es en la "fideiussio", perpetua y transmisibile.

Hasta el Derecho justiniano, el acreedor podía dirigirse indistintamente para hacer efectivo su crédito al deudor principal o al fiador, Justiniano introdujo el "beneficium excusionis", en virtud del cual el "fideiussor" rechazaba la demanda, si antes el acreedor no había actuado infructuosamente contra el deudor principal.

Cuando los fiadores eran varios, existía también en un principio, la misma posibilidad de pedir indistintamente a cualquiera la totalidad de la obligación. Pero una "epistula Hadriani" ordenó la división de la reclamación entre los fiadores solventes en el momento de la *litis contestatio* (*beneficium divisionis*).

El "fideiussor" que había pagado disponía de medios judiciales, -acciones de regreso-, para dirigirse contra el deudor principal y los demás fiadores a fin de reclamar la totalidad de lo pagado o la parte correspondiente a cada uno.

La fianza por sí no determinaba el nacimiento de una acción especial a favor del fideiussor en tal caso, como aquella "actio depensi" o la otra proveniente de la -- "lex Appuleia" que tenían los antiguos sponsors. El derecho a recobrase de lo pagado dependía de la relación que le ligase con el deudor o con sus compañeros de fianza. Así, ejercitaría contra el deudor la "actio mandati contraria", que todo mandatario tiene contra el mandante para procurarse el reembolso de gastos, si salió fiador porque se lo encargó aquél, o la "actio negotiorum gestorum contraria", si espontáneamente se constituyó -fiador con la idea de evitar un perjuicio, o la "actio pro socio", si entre deudor y fideiussor, -o, en su ca-

so, entre el fiador y los demás-, existía un contrato de sociedad.

Dado el carácter no formal y de buena fe de los aludidos negocios y acciones, no es fácil imaginarse un caso de constitución de fianza que no pueda fundamentarse en alguna de las hipótesis señaladas; pero además, el fideiussor podía obtener del acreedor que le cediese las acciones que él tenía contra el deudor principal y los cofiadores, cesión que la labor doctrinal de los jurisconsultos de la época imperial convirtió realmente en forzosa, al declarar que cometía dolo el acreedor que no cedía las acciones que ya no necesitaba. Acciones que la misma doctrina jurisprudencial no consideraba extinguidas por el pago hecho por el fiador, - pues razonaba que tal pago debía mirarse como el precio de una compra que de tales acciones hacía el -- fideiussor. Incluso se llegó a admitir que el fideiussor pudiese dirigirse contra el deudor sin haber pagado previamente, cuando dicho deudor llevare a cabo actos que revelasen propósito de disipar su patrimonio.

Por otra parte, cuando en el pacto pretorio de "constitutum" el que prometía pagar la deuda en un día determinado no era el propio deudor, tal convenio se presentaba como una modalidad de la fianza. Aparte de las diferencias de carácter formal con la "fideiussio", en el "constitutum" podía prometerse un objeto distinto - al de la obligación preexistente, y el carácter de accesoriedad de la obligación contraída por el promitente quedaba borrado en el constitutum, porque dicha - obligación no desaparecía "ipso jure" por la extinción

de la primitiva garantizada. En el Derecho prejustinianeo, la acción naciente del "constitutum" duraba solamente un año.

Finalmente, el mandato de crédito, llamado por los comentaristas "mandatum qualificatum", era una forma de garantizar obligaciones que nació para hacer posible - la fianza entre ausentes, impracticable si había de -- utilizarse el contrato verbal como en la "sponsio", la "fidepromissio" y la "fideiussio".

El fiador oficiaba aquí como mandante, ordenando a una persona (el acreedor) que preste a otra (el deudor) una cantidad (ut pecuniam credas, ut pecuniam oeneres), sa liendo así responsable frente al primero, si el segundo no devolvía la suma recibida, en virtud de la regla según la cual el mandatario podía pedir al mandante - que le resarciera de los daños y perjuicios que la eje cución del mandato le ocasionó. Igual resultado se pro ducía si el fiador, como mandante, por ejemplo, ordena ba a su acreedor, como mandatario, que concediere al - deudor una moratoria.

La aplicación de la norma del mandato a esta modalidad de fianza hacía que se diferenciara bastante de la "fi deiussio" en la época clásica. Pero se inició después un proceso de asimilación del mandato de crédito a la fianza, favorecido por la relajación de las formalida des de la "stipulatio" que servía para constituirla. - Así, mientras primitivamente el acreedor podía utilizar de modo indistinto, o la acción que nacía del mutuo con tra el deudor principal a quien le había hecho el prés-

tamo, o la acción que surgía del mandato contra el mandante fiador. Justiniano concedió también al mandante, en tales casos, el "beneficium excusionis", obligando al acreedor a dirigirse primero contra el deudor mutuario. Asimismo, el principio de la división de la reclamación, cuando había varios fiadores.

De lo expuesto se infiere cómo se encontraba regulada la fianza en el Derecho Romano, esto es, conforme a la exposición de los aludidos Eugéne Petit y J.Arias Ramos.

La fianza, pues, tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de una obligación ajena. Resulta obvio su formalización ya que para un acreedor representa mayor seguridad tener dos patrimonios a su alcance que uno solo.

Nuestro derecho común sigue los lineamientos del Derecho Romano en lo que se refiere a la noción general de este instituto, a su naturaleza y caracteres, efectos entre acreedor y fiador, entre éste y deudor, etc. etc. En cambio la fianza mercantil, como veremos, tiene sus peculiaridades y características, las cuales intentaremos subrayar en las páginas subsiguientes.

Concluimos así la semblanza general e histórica de la institución objeto del presente trabajo. En consecuencia, nos proponemos internarnos en el estudio particular de la misma, aclarando que dicho examen lo realizaremos en concordancia con lo que al efecto preceptúa el derecho común.

## II - NATURALEZA Y CARACTERES DE LA FIANZA MERCANTIL

Habiendo visto por una parte el carácter eminentemente evolutivo del Derecho Mercantil y por otra la esencia de la fianza en el Derecho Romano, analizaremos en este apartado su naturaleza y caracteres a la luz de la "Teoría Moderna" que, como expresamos, informa a nuestro recién promulgado cuerpo de leyes.

### A- Naturaleza Jurídica de la Fianza

La fianza es 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. - Art. 2086 C.

Aún cuando el artículo no lo dice, la fianza es un contrato que se celebra entre el acreedor y el fiador, no requiriendo el consentimiento del deudor. El Art. 2095 C establece que se puede afianzar sin orden y aún sin noticia y contra la voluntad del principal deudor.

Toda fianza es un contrato y jamás una persona puede ser constreñida por la ley o el Juez a afianzar una obligación ajena. Cuando el Art. 2087 C. manifiesta que la fianza puede ser convencional, legal o judicial, contempla la institución desde el punto de vista del deudor, ya que ciertos deudores están obligados a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con una fianza. Los usufructuarios, tutores y curadores, deben prestar caución de conservación y restitución de las cosas que reciben en usufructo o en administración (Arts. 778 y 394 C.).



Estas fianzas son forzadas de parte del deudor, pero - el fiador debe convenir voluntariamente en afianzar el cumplimiento de la obligación ajena. Igual observación debe hacerse respecto a los casos en que un deudor se obliga para con el acreedor a afianzar el cumplimiento de su deuda.

La fianza es un contrato que vale por sí mismo y no se encuentra subordinado a ningún otro contrato. Distinto ocurre con la obligación que nace de la fianza, ya que por definición es una obligación accesoria a la existencia y validez de la principal. La obligación accesoria del fiador no puede existir sin la obligación principal del deudor. Cuando se extingue la obligación del fiador por desaparecer la del deudor, deja de tener efectos el contrato de fianza. Más en cuanto a las condiciones de validez dicho contrato no está condicionado a los del contrato principal de donde nace la obligación del deudor.

El Código Civil alemán presenta una definición del contrato de fianza: "Por el contrato de fianza el fiador se obliga hacia el acreedor de otro a responder del cumplimiento de la deuda de éste". 1/

La anterior acepción considerámosla ajustada a nuestro sentir sobre la naturaleza de tal contrato.

Según el Art. 1309 C.: "Contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para

---

1/ Arturo Valencia Zea. Derecho Civil  
Tomo IV. Contratos. Pag. 429

con otra u otras o recíprocamente a dar, hacer o no ha  
cer alguna cosa". A este precepto doctrinalmente se le  
formulan críticas, sin embargo es lo cierto que la fian  
za es un contrato pues implica una manifestación bilate  
ral de voluntades coincidentes. Por otra parte el Art.  
1539 del C. de Com. expresamente comienza diciendo: -  
"Es mercantil el contrato de fianza que se constituye...  
etc. etc."

Antes de continuar justo es decir que algunos juristas  
y estudiosos estiman que la fianza simplemente consti  
tuye una declaración unilateral de voluntad, ya que en  
su celebración sólo aparece el fiador; éste se obliga  
a cumplir la prestación dado el evento de que el deudor  
principal no lo haga, por consiguiente, agregan, si pa  
ra perfeccionarse como tal no se necesitó de la concu  
rrencia de dos personas, -del acuerdo de voluntades-, -  
lógico y jurídico es concluir que no se trata de un con  
trato.

El doctor José Fabio Castillo comparte tal criterio y  
en su Tesis Doctoral previa a la opción del título 1/  
con el objeto de evidenciar la posición de mérito indi  
ca el ejemplo siguiente: "Mario obtiene su licencia -  
de conducir, para ello se hace necesario que una perso  
na 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 nor  
mas cause daños reales o personales, el fiador respon  
derá del valor de los daños hasta por una determinada

---

1/ José Fabio Castillo. Tesis Doctoral.  
Gratuidad u Onerosidad del Contrato de Fianza.  
Julio de 1971. Págs. 11 y 12.

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 cuasidelito". Más adelante enfatiza: "En el ejemplo enunciado 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".

Los autores subrayan que en los otros contratos de garantía, prenda e hipoteca, la seguridad adicional de pago que recibe el acreedor tiene directamente un fundamento objetivo, puesto que hay una afectación de bienes especiales y determinados, destinados a ese fin. Esos bienes siendo muebles algunas veces pasan a poder del acreedor, (caso de la prenda), otras quedan en poder del deudor (caso de la hipoteca). La fianza, en cambio, es una garantía personal ya que descansa en la confianza que representa la persona del fiador. Huelga decir que también en ésta, la garantía resulta de la solvencia patrimonial del fiador, en razón del principio de que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes (Art. 2212 C.); pero como muy bien expresa Joaquín Rodríguez Rodríguez en su obra "Derecho Mercantil" 1/ hay aquí "una responsabili

---

1/ Joaquín Rodríguez Rodríguez. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S. A., 1960. Págs. 271 y 272.

dad difusa, sobre todo el patrimonio, y no sobre partes concretas del mismo".

Tanto en nuestro país como en el Derecho mexicano la fianza fue una operación típicamente civil, esto es, que no había referencia a ella ni en el Código de Comercio ni en la legislación especial. En México fue hasta el año de 1943 en que se vino a cambiar tal situación - al establecerse que las operaciones que practicasen las empresas afianzadoras se considerarían mercantiles para ambas partes, pero exigiéndose una autorización para la realización de dicha práctica 1/ En el país fue a partir de la promulgación del vigente Código que expresamente quedó clarificada la situación de mérito. En la actualidad pues, tenemos dos ordenamientos jurídicos para el contrato de fianza: el civil (Título XXXVI), y mercantil (Capítulo II, Título XIV).

El Art. 1539 del C. de Com. preceptúa que el contrato - en examen únicamente lo pueden constituir empresas que se dediquen a esta clase de giros, asimismo las instituciones bancarias. Esto se comprende por la doctrina que inspira al actual cuerpo legal, -Doctrina Moderna-, conocida con el nombre de teoría del "acto en masa realizado por empresa". Lo anterior lleva invívito el concepto de onerosidad, ya que las empresas de seguros y fianzas como los bancos que son las que se dedican a esta clase de operaciones, no podrían dedicarse profesionalmente a otorgar fianzas gratuitas, pues ello estaría en contradicción con el concepto mismo de empresa.

---

1/ Joaquín Rodríguez Rodríguez. Obra citada. Pág. 272.

## B- Caracteres de la Fianza

### 1- Unilateral

El Art. 1310 C. manifiesta que el contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna. La fianza es por naturaleza un contrato unilateral. De los dos contratantes, -acreedor y fiador-, sólo uno de ellos se obliga: el fiador; el acreedor a nada se obliga.

Frente a las relaciones entre fiador y acreedor es de la esencia de la fianza que ésta sea unilateral, es decir, a título gratuito. Si el acreedor se obliga a una remuneración para el fiador en razón del servicio, el contrato degeneraría en otro de naturaleza diferente, generalmente en el de seguro. No sucede lo mismo ante las relaciones entre deudor y fiador, ante las cuales la fianza puede ser gratuita u onerosa, pues el primero puede convenir una remuneración para el segundo por el servicio que le presta. Tal ocurre en la fianza mercantil.

La obligación del fiador consiste en pagar la deuda en caso de que no lo haga el deudor principal, o la indemnización de perjuicios, en su defecto. Dicho carácter se evidencia en la fianza civil o mercantil.

### 2- S o l e m n e

El Art. 1314 C. expresa que el contrato es solemne, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto. Por su parte el Art. 1541 del C. -

de Com. indica que la fianza mercantil se hará constar en póliza y con los requisitos que se exigen en el mismo precepto. Oportunamente nos referiremos a éstos.

En el campo civil la fianza no es solemne como en el campo mercantil, por el contrario, es eminentemente consensual, es decir que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades. Sin embargo nada se opone para que de común acuerdo las partes puedan otorgar la fianza en forma solemne, ya sea por medio de escritura pública o bien en un documento privado autenticado. En cuanto a la prueba de la obligación se estará a lo dispuesto en el Art. 1580 C. el cual ordena que "deben constar por escrito los actos o contratos que contiene la entrega o promesa de una cosa - que valga más de doscientos colones". Es lo que en doctrina se conoce con el nombre de solemnidades "ad probationem".

### 3- A c c e s o r i o

El Art. 1313 C. manifiesta que el contrato es accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella. La obligación del fiador es - accesoria a la obligación del deudor, lo que indica que la obligación del fiador está subordinada a la - existencia y validez de la obligación principal; y de este carácter accesorio de la obligación del fiador - se deducen importantes consecuencias. La obligación - del fiador sólo nace en la medida en que exista una

obligación principal. Este principio no se opone al afianzamiento de deudas futuras. "Podrá afianzarse - una obligación futura, -dice el Art. 2090 Inc. 2o. C-; en este caso podrá el fiador retractarse mientras la obligación principal no exista, quedando con todo, - responsable al acreedor y a terceros de buena fe, como el mandante en el caso del Art. 1931 C."

Por otra parte este carácter se infiere de la propia acepción del contrato de fianza, ya que su contenido es que el fiador pague la obligación del deudor, si éste no lo hace. Art. 2086 C.

La obligación accesoria del fiador puede garantizar el cumplimiento de una obligación condicional o sometida a plazo. Art. 2090 C. En este caso también será condicional o a plazo la obligación accesoria y si - se cumple la condición de que da nacimiento la obligación principal, nace entonces la obligación del - fiador, pero si el evento estaba destinado a extinguir la, se extingue la fianza. De otro lado el contenido de la obligación del fiador no puede ser superior al de la obligación principal. Art. 2093 C.

En el campo mercantil el fiador responde solidariamente por el fiado, Art. 1540 del C. de Com. En cambio en lo civil la responsabilidad es subsidiaria y excepcionalmente solidaria. En efecto, el Art. 2086C. expresa que la fianza es 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; y lo cual es consecuencia de

su carácter de accesorio.

#### 4- O n e r o s o

Joaquín Rodríguez Rodríguez en la obra mencionada - 1/, manifiesta que este carácter "no es de la esencia de la fianza, pero sí es de mercantilidad, porque siendo éste acto de empresa, mal podría ser gratuito". En lo civil la fianza es típicamente gratuita y excepcionalmente onerosa. Al respecto el Art. 2092 C. literalmente dice: "El fiador puede estipular con el deudor una remuneración pecuniaria por - el servicio que le presta". La diferencia es obvia.

#### 5- D e G a r a n t í a

Para el mencionado tratadista Rodríguez Rodríguez la fianza tiene este carácter. Empero el respeto que - nos merece tan ilustre expositor no estamos de acuerdo con él. En efecto, el Art. 1313 C. expresa que el contrato es accesorio "cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella". En tal virtud, pues, manifestar por un lado que la fianza es - accesorio, y por otro, que es una garantía, no viene a constituir más que una duplicidad innecesaria.

#### C- Elementos del Contrato

1- Elementos Personales; 2- Elementos Reales; 3- Solemnidades.

---

1/ Joaquín Rodríguez Rodríguez.  
Obra citada. Página 274.



## 1- Elementos Personales

El contrato de fianza relaciona a tres personas: el fiador, que es quien asume la obligación de pagar, - en defecto del deudor o fiado, y el acreedor, que es quien recibe la garantía de cumplimiento de la obligación que con él tiene el deudor.

Como consecuencia del pago que de la obligación del deudor hace el fiador finalmente resulta relacionado éste con aquél, pudiendo exigirle lo que por él ha - pagado.

La fianza mercantil se exige que se constituya por - empresa o por instituciones bancarias, es decir, que sólo puede ser fiador mercantil una firma empresarial o una institución de crédito. Puede ser fiador una - empresa individual o un comerciante social, ya que - conforme al Art. 2 del C. de Com.: "Son comerciantes: a) las personas naturales titulares de una empresa - mercantil, que se llaman comerciantes individuales; y, b) las sociedades que se llaman comerciantes sociales".

Acreedor, puede serlo cualquier persona natural o ju rídica que lo sea en la obligación afianzada.

El fiado o deudor, puede ser una persona jurídica o natural, comerciante o no comerciante.

## 2- Elementos Reales

Lo son: a) la obligación garantizada; y, b) la obli gación que asume el fiador.

a) La Obligación Garantizada

Pueden garantizarse toda clase de obligaciones in dependientemente del contenido de la prestación a que se refieran: obligaciones de dar, de hacer, de no hacer. Usualmente la obligación es de dar, - pero también puede ser simple o a plazo, pura o - condicional, civil o natural.

El Art. 2090 C. establece que puede afianzarse no sólo una obligación pura y simple, sino condicional y a plazo; y el Art. 2089 C. preceptúa que la obligación a que accede la fianza puede ser civil o natural. Obligación civil es aquélla que da derecho para exigir su cumplimiento, y natural la - que no da derecho para exigir su cumplimiento, pe ro que, cumplida, autoriza para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ella. Ejemplos de és tas son: 1o.) las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, - sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos no habilitados de - edad; 2o.) las obligaciones civiles extinguidas - por la prescripción; 3o.) las que proceden de actos a que falten las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; como la de pagar un legado impuesto por un testamento que no se ha otorgado en la forma debida; y, 4o.) las - que no han sido reconocidas en juicio por falta - de prueba. Art. 1341 C.

Por su parte el Art. 1343 C. regula que valdrán -

las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales constituidas por terceros para seguridad de una obligación natural comprendida en alguna de las cuatro clases de obligaciones expresadas con anterioridad, con tal que al tiempo de constituir las hayan tenido conocimiento de la circunstancia que invalidaba la obligación principal.

La fianza, repetimos, conforme al Art. 2087 C. puede ser convencional, legal o judicial. La primera es constituida por contrato, la segunda es ordenada por la ley, la tercera por decreto de Juez. Ahora bien, a la obligación del deudor de prestar fiador judicialmente tenemos, entre otros, los casos siguientes: a) Art. 18 Pr. Todo demandante puede ser obligado, a petición del demandado, hecha al contestar la demanda, a dar fianza de pagar las costas, daños y perjuicios en que pueda ser condenado; b) Art. 42 Pr. Cuando se demanda con derecho de dominio una cosa mueble el Juez del lugar en que el reo se halla con ella, tendrá la jurisdicción competente para conocer aunque el reo sea morador de otra parte; excepto el caso de dar fianza de estar a derecho ante su Juez respectivo; c) Art. 600 Pr. Cuando la sentencia en el juicio ejecutivo es favorable al ejecutante se puede cumplimentar dando éste fianza bastante de responder de las resultas de la apelación en caso de revocarse la sentencia por el superior; y, d) El Art. 623 Pr. Todo depositario judicial está obligado a rendir fianza a petición de parte.

En el Código de Instrucción Criminal encontramos la denominada fianza de la Haz, o sea el prometimiento solemne que una persona capaz de obligarse, hace de la seguridad del reo sujetándose a presentarlo en juicio, siempre que se lo mande la autoridad competente. Esta clase de fianza, como las puntualizadas en el párrafo anterior, en la práctica son otorgadas por personas naturales; sin embargo nada empece para que dichas fianzas tomen el carácter de mercantiles dado el evento de que las mismas sean dadas por empresas de seguros o instituciones bancarias, particularmente la de la fianza de la Haz. Es lógico que estas fianzas mercantiles representarían mayor solvencia ante la mirada de los Tribunales que las otorgadas por personas naturales.

b) La Obligación que Asume el Fiador

El fiador se compromete a pagar una cantidad de dinero en sustitución de la que debe pagar el fiado o de la obligación de dar cosa determinada, de hacer o no hacer que el mismo tuviera. El Art. 2093 C. establece que el fiador se puede obligar a pagar una suma de dinero en lugar de otra cosa de valor igual o mayor. La obligación de pagar una cosa que no sea dinero en lugar de otra cosa o de una suma de dinero, no constituye fianza.

3- Elemento Solemne

El Art. 1541 del C. de Com. consagra este elemento al preceptuar: "La Fianza Mercantil se hará constar en póliza que contendrá:

- I Lugar y fecha de su expedición.
- II Nombre o denominación de la persona, natural o jurídica, a cuyo favor se otorgue.
- III Nombre y demás datos que identifiquen al fiado.
- IV Mención de las obligaciones garantizadas y valor y circunstancias de la garantía.
- V Nombre y domicilio de la institución fiadora.
- VI La firma autógrafa del representante de la institución fiadora.

Por su parte el Art. 1542 del mismo Código establece que "a falta de póliza la fianza se probará por la confesión de la institución fiadora o por cualquier otro medio si existe un principio de prueba - por escrito". Otro medio de prueba sería, por ejemplo, la declaración de testigos.

La póliza es un documento mercantil emitido por una de las partes signatarias de un contrato también mercantil y entregado a la otra parte, como prueba de la existencia del mismo contrato; contiene todas las cláusulas del contrato a que se refiere y va firmada únicamente por la parte emisora, estando destinada a servir a la parte a quien se entrega de testimonio - del respectivo contrato; la parte emisora de la póliza conserva en su poder la solicitud firmada por la otra que también contiene las cláusulas del contrato y que, por lo tanto, puede desempeñar el mismo papel que la póliza en lo que se refiere a la parte que la tiene en su poder. El sistema de póliza se usa en - varios contratos mercantiles, especialmente en el - contrato de seguros y en algunos contratos de ahorro.

La póliza es generalmente indispensable como prueba del contrato de que se trata, en la misma forma que cualquier títulovalor, pero carece de la literalidad de estos documentos porque a la hora de hacerla efectiva hay que comprobar distintas circunstancias 1/

En el contrato de fianza la póliza no viene a ser - más que una formalidad derivada del mismo contrato - que comprueba.

Los numerales que contiene el citado Art. 1541 del C. de Com. son de fácil comprensión e inteligencia, en cuya virtud omitimos su exégesis y nos circunscribiremos a relacionar un modelo de póliza bancaria:

"El suscrito Jorge Agustín Calderón, mayor de edad, contador, de este domicilio, actuando como apoderado del Presidente del BANCO HIPOTECARIO DE EL SALVADOR, Institución de Crédito de esta plaza, que en lo sucesivo se denominará - "el Banco" por el presente documento OTORGA: - que el Banco se constituye fiador de la COOPERATIVA ALGODONERA SALVADOREÑA LIMITADA, a favor de la COMPAÑIA DE ALUMBRADO ELECTRICO DE SAN SALVADOR, de esta plaza, hasta por la suma de NUEVE MIL OCHOCIENTOS COLONES, para garantizar el pago de la energía eléctrica que dicha compañía le suministre a la Cooperativa Algodonera Salvadoreña Limitada, en el período inactivo comprendido del primero de mayo al treinta

---

1/ Introducción al Estudio del Derecho Mercantil  
Roberto Lara Velado. Editorial Universitaria  
de El Salvador, página 244.

y uno de octubre del corriente año, en las instalaciones de su propiedad, denominadas Beneficio Entre-Ríos, Zacatecoluca; Beneficio El Papalón, San Miguel; y Beneficio Soyapango, Soyapango. La presente fianza estará en vigor por el término de un año, -- contado a partir de este día, el monto de la garantía se hará efectivo total o parcialmente en las oficinas centrales del -- Banco, en la ciudad de San Salvador, mediante presentación del reclamo correspondiente por parte de los beneficiarios. Para los efectos legales de esta fianza, el Banco señala como domicilio especial el de esta ciudad y renuncia al beneficio de excusión de bienes. San Salvador, ocho de julio de mil novecientos setenta y uno""

En la práctica se acostumbra legalizar la firma del otorgante ante los oficios de un Notario.

Desde el año 1962 circuló entre profesionales y estudiantes de Derecho la Exposición de Motivos y un Proyecto de Código de Comercio elaborado por un grupo de Juristas que al efecto nombró el Ministro de Justicia. Ese Proyecto, salvo pequeñas modificaciones, es el vigente Código.

En el aludido Proyecto la Fianza Mercantil se regulaba en el Capítulo II del Título XIV, del Art. 1547 al 1558.

Dicho Capítulo al aprobarse el Código únicamente ex-

perimentó una modificación y una adición, así:

- a) El numeral IV del Art. 1549 del Proyecto expresaba: "La mención de las obligaciones garantizadas y el MONTO y circunstancias de la garantía"; en el Código se cambió el vocablo monto por el de VALOR. Art. 1540, numeral IV; y,
- b) El numeral V del Código no aparecía en el Proyecto, el cual literalmente dice: "Nombre y domicilio de la institución fiadora".



### III - EFFECTOS DE LA FIANZA MERCANTIL

Los efectos de la fianza en esta materia los enfocaremos desde un doble punto de vista:

#### A- Efectos de la Fianza entre Acreedor y Fiador

Es indudable que la obligación del fiador se contrae - frente al acreedor, y consiste en el compromiso de pagar la obligación garantizada una vez que ésta sea exigible, por ser pura y simple, por haberse cumplido el plazo, o por haberse cumplido la condición.

La obligación del fiador comprende generalmente el pago de la deuda íntegra, tanto en lo principal como en los accesorios, sin embargo el fiador puede obligarse a menos.

La obligación del fiador es de carácter solidaria; al respecto el Art. 1540 del C. de Com. literalmente manifiesta: "En la fianza mercantil, el fiador responde - solidariamente por el fiado, sin gozar del beneficio de excusión de bienes".

Dos circunstancias especiales con relación a la fianza civil se evidencian en la norma transcrita: a) que en lo mercantil el fiador responde solidariamente por el fiado; y, b) que el fiador no goza del beneficio de excusión de bienes.

1- ¿Qué significa que el fiador responde solidariamente por el fiado?. "Obligación solidaria es aquélla en que, existiendo pluralidad de sujetos y tratándose de una cosa divisible, cada acreedor puede exigir el

total cumplimiento de ella y cada deudor está obligado al pago de la totalidad de la deuda. 1/ En lo mercantil, pues, fiador y fiado o deudor indefectiblemente responden solidariamente, ya que en forma expresa lo consigna la disposición citada. En cambio en lo civil la regla es que el fiador responde subsidiariamente; y sólo en caso de pacto expreso surge la solidaridad. Dicho en otro giro: en la fianza civil el acreedor se encuentra en la facultad de perseguir primero al deudor y en segundo término al fiador; por el contrario en la fianza mercantil el acreedor o beneficiario se puede dirigir indistintamente contra el deudor o fiado, o contra ambos a la vez, exigiéndoles la totalidad de la obligación.

De lo dicho se infiere la subsidiaridad de la fianza en el ámbito civil, desprendida justamente de lo preceptuado en el Art. 2086 C.; "La fianza es 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"; y corroborado esto por los beneficios de que es titular el fiador en el contrato de fianza civil: Excusión (Art. 2107 C.) y Requerimiento (Art. 2106 C.). Más adelante nos referiremos a tales beneficios.

2- "Sin gozar del beneficio de excusión de bienes", - continúa preceptuando el citado Art. 1540 del C. de

---

1/ Enrique Horacio Prieto Ravest.  
Teoría General de las Obligaciones  
Editorial Jurídica de Chile. Pág. 68

Com. ¿En qué consiste el beneficio de excusión de bienes?.

La naturaleza misma de la fianza justifica este beneficio. Es obvio que el fiador no ignora que se expone a pagar por el deudor, pero el sólo hecho de que se obliga prueba que se forja la ilusión de que el deudor ejecutará cumplidamente la prestación debida.

Su buena voluntad merece una protección: que no se le persiga en sus bienes sino en defecto del deudor. El Art. 2107 C. dispone: "El fiador reconvenido goza del beneficio de excusión, en virtud del cual podrá exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal, y - en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda".

La disposición pone de manifiesto que el beneficio de excusión es facultativo para el fiador: "Podrá exigir que se persiga primero al deudor o abstenerse de hacerlo".

Sin embargo de lo anterior, el acreedor está obligado a practicar la excusión, como requisito previo - indispensable para proceder contra el fiador, en - los siguientes casos: a) deberá el acreedor practicar la excusión cuando se haya estipulado expresa-mente; y, b) el acreedor es obligado a la excusión cuando el fiador, expresa e inequívocamente "no se hubiere obligado a pagar sino lo que el acreedor no pudiese obtener del deudor" (Art. 2115 Inc. 2o. C.).

Los requisitos que hacen procedente el beneficio de excusión son tres: a) que el fiador no esté privado del beneficio; b) que lo oponga en tiempo oportuno; y, c) que señale al acreedor bienes del deudor para perseguir el cumplimiento de la obligación.

a) Primer Requisito:

Dicho beneficio es de la naturaleza de la fianza, pudiendo el fiador no gozar de él sin que por ello resulte ineficaz el contrato. El Art. 2108 No. 1 C. preceptúa que "no goza del beneficio de excusión el fiador que lo ha renunciado expresamente"; y el Art. 2110 C. deja claro que "por la renuncia del fiador principal no se entenderá que renuncie el subfiador". Por su lado el Art. 2108 No. 2 C., estatuye que para disponer de tal beneficio es menester "que el fiador no se haya obligado como codeudor solidario". Asimismo dicho Art. en los numerales 3o. y 4o. expresa que no gozan de ese beneficio el fiador de una obligación natural; es preciso "que la obligación principal produzca acción"; por otra parte no dispone de dicho beneficio el fiador en la fianza judicial ya que para gozar de esa ventaja es preciso "que la fianza no haya sido ordenada por el Juez".

b) Segundo Requisito:

El Art. 2108 No. 5 C. previene que para gozar del citado beneficio es necesario "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 adquiriera".

c) Tercer Requisito:

No puede el fiador limitarse a exigir al acreedor que se dirija contra el deudor principal, - es preciso que señale los bienes del deudor en - que debe perseguir primeramente la deuda. El Art. 2108 No. 6 C., expresamente indica dicha circunstancia.

Por su lado el Art. 2109 C. regula los bienes que no sirven para la excusión: 1o.) "Los existentes fuera del territorio del Estado"; 2o.) "Los embargados o litigiosos, o los créditos de dudoso o difícil cobro"; 3o.) "Aquéllos cuyo dominio está sujeto a una condición resolutoria"; y, 4o.) "Los hipotecados a favor de deudas preferentes, en la parte que pareciere necesaria para el pago completo de ésta".

El beneficio de excusión procede de una vez. Así lo indica el Art. 2113 C.: "El beneficio de excusión no puede oponerse sino una sola vez"; empero la regla experimenta excepción en las obligaciones solidarias; el Art. 2112 C. manifiesta: "Cuando varios deudores principales se han obligado solidariamente y uno de ellos ha dado fianza, el fiador reconvenido tendrá derecho para que se excutan no sólo los bienes de este deudor, sino de sus codeudores". El fiador de uno de los deudores solidarios es considerado como fiador de todos. ¿Cuáles son los efectos de la excusión? Don Alvaro Pérez Vives los resume -

de la siguiente manera. 1/

"El primer efecto del beneficio en estudio es la suspensión del procedimiento contra el fiador: el juicio correspondiente se termina, al declararse - que el fiador goza de dicho beneficio; por este as pecto hay alguna similitud entre el beneficio de ex cusión y la excepción de petición antes de tiempo. El acreedor debe, a partir de este momento, perse- guir los bienes del deudor principal que el fiador ha denunciado, pues de no hacerlo la responsabili- dad subsidiaria de éste quedará limitada a la dife- rencia entre el valor de los bienes que hubiere se ñalado y el monto del crédito, si aquéllos fueran inferiores a éste. Y si la excusión fuere obligato- ria para el acreedor, su negligencia hace al fiador irresponsable de la insolvencia del deudor, cuando tu- vo medios suficientes para hacerse pagar. Es el se- gundo de los efectos de la excusión. Finalmente, si la persecución de los bienes del deudor, señalados por el fiador tiene éxito, éste queda libre y su - obligación subsidiaria se extingue al desaparecer la obligación principal. Más si los bienes señala- dos para la excusión no alcanzaren a cubrir la tota- lidad del crédito, no por ello debe abstenerse el acreedor de practicarla, quedándole sólo una acción contra el fiador por la parte insoluta o por la di- ferencia entre el valor de los bienes excutidos y -

---

1/ Alvaro Pérez Vives. Teoría General de las Obligaciones. Volumen IV. Parte Tercera. De las Garantías Civiles. Editorial Temis. Bogotá. Págs. 532 y 533.

el monto del crédito, como se dijo".

"Obvio es que si el pago parcial resulta de un acuerdo entre el acreedor y el deudor principal, sin la anuencia del fiador, por ejemplo, para adjudicarle al primero en determinada cuantía bienes del segundo, ya no es posible al acreedor perseguir por el saldo al fiador que no suscribió tal pacto".

Tales efectos en forma doctrinal indicados por el tratadista colombiano, se encuentran en nuestro Derecho en los Arts. 2113 y 2114 C. que a la letra rezan así: Art. 2113 C. "El beneficio de excusión no puede oponerse sino una sola vez".

"Si la excusión de los bienes designados una vez por el fiador no produjere efecto o no bastare, no podrá señalar otros; salvo que hayan sido posteriormente adquiridos por el deudor principal".

Art. 2114 C. "Si los bienes excutidos no produjeran más que un pago parcial de la deuda, será sin embargo el acreedor obligado a aceptarlo y no podrá reconvenir al fiador sino por la parte insoluta".

De otro lado, el beneficio de excusión entendido como facultad procesal en provecho del fiador, constituye una excepción dilatoria. El Art. 129 Pr. fija con exactitud y claridad el significado de tales excepciones. Son excepciones dilatorias, -dice-, - "las que difieren o suspenden el curso" (del juicio); y en doctrina como "la facultad procesal de denun-

ciar la falta de presupuestos procesales con el objeto de impedir el desarrollo del proceso. 1/ En el mismo capítulo de las excepciones el legislador establece que en los juicios ordinarios las excepciones dilatorias deben decidirse en juicio sumario antes de procederse adelante (Art. 132 Pr.) Asimismo se norma que en los juicios extraordinarios las excepciones dilatorias que se opongan, no suspenderán el curso de la demanda y se sustanciarán y resolverán con la causa principal, sin que se pueda formar por razón de ellas, artículo especial en el juicio. Sin embargo no tiene lugar lo anterior en las excepciones sobre citación de evicción, EXCUSION, incompetencia de jurisdicción, etc. etc., en cuyos casos el Juez las resolverá en juicio sumario antes - de procederse adelante. (Art. 134).

Los preceptos referidos son los que conforman en nuestra legislación civil el beneficio de excusión. En otras palabras: dicho beneficio está constituido por todas y cada una de las normas en mención.

Pues bien, esas prerrogativas que en el derecho común goza el fiador no existen en el campo mercantil, por así preceptuarlo en forma expresa el Art. 1540 del C. de Com. Para concluir nos preguntamos: ¿Qué razón habrá tenido el legislador para apartarse del derecho común en cuanto el fiador responda solida-riamente con el fiado, y no goce del beneficio de -

---

1/ Eduardo J. Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera Edición (póstuma). Roque Depalma Editor. Buenos Aires 1958. Pág. 112.



excusión de bienes?

A nuestro criterio la respuesta se funda en el carácter de la fianza mercantil: eminentemente ONEROSA; lo que significa que a las empresas o instituciones bancarias les reporta pingüe lucro, cosa que no ocurre en la fianza civil, merced a su carácter de gratuidad. Este aserto queda plenamente corroborado en virtud de lo dispuesto en el Art. - 946 del C. de Com. al preceptuar: "LAS OBLIGACIONES MERCANTILES SON ONEROSAS".

¿En qué momento puede el acreedor o beneficiario exigir el cumplimiento de su obligación?.

Los Arts. 1544 y 1545 del C. de Com. reglamentan los "Efectos de la Mora".

Indiscutiblemente que para desarrollar las normas aludidas es necesario esbozar lo que en el derecho común se conoce con el denominador de "Teoría de la Mora". Para tal efecto seguiremos las indicaciones del doctor Oscar Adolfo Miranda en las copias de clase intituladas "Del Efecto de los Contratos y de las Obligaciones". 1/

La mora cobra relevancia para hacer efectivo el de recho secundario o por equivalencia que la ley con fiere al acreedor, que se concreta en la indemniza ción de daños y perjuicios por no haberse cumplido la obligación. Tal indemnización se debe desde que

---

1/ Oscar Adolfo Miranda. Apuntes sobre la Teoría de las Obligaciones. Segunda Parte. 1962  
Págs. 53 a 58.

el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención. (Art. 1428 C.).

Por mora debemos entender, -agrega Miranda-, dilación, retardo o tardanza en el cumplimiento de la obligación, ya sea del deudor o del acreedor o de ambos.

En el Código Civil expresamente se regula la mora del deudor en el Art. 1422 y la mora del acreedor en distintas normas. Arts. 1419, 1421, 1550 y 1630.

Según el Art. 1365 C. y sig., cumplido el plazo o la condición se hace exigible la obligación. El mencionado precepto en su inciso 2o. dice: "Las obligaciones que no tienen término o plazo fijado por las partes son exigibles a los diez días después de contraídas o de cumplida la condición de que dependen, si sólo producen acción ordinaria, etc...". En esa virtud, pues, una vez que es exigible la obligación y el deudor no la cumple está retardado, pero no se encuentra en mora, ya que para ello se precisa de una reconvención o interpelación.

Por reconvención o interpelación se entiende el aviso que el acreedor hace al deudor de que el retardo en el cumplimiento de la obligación le causa perjuicio. En tal sentido, se dice, que el retardo no es mora, pero sí la antesala de ella. El retardo es más amplio; la mora es el retardo específico, cuando existe manifestación del acreedor de que el incumplimiento de la obligación siendo exigible le causa per

juicio.

La mora sólo se aplica a las obligaciones positivas, es decir, de dar o de hacer; en cuanto a las negativas o de no hacer, lo que existe es contravención o infracción del contrato. Arts. 1426 y 1428 C.

La interpelación puede ser contractual y extracontractual o judicial. La primera a su vez, reviste - el carácter de interpelación contractual expresa según el No. 1o. del Art. 1422 C. cuando se determina el término para el cumplimiento de la obligación. - Vrg. Juan se obliga a pagar el día 30 de octubre de 1971; e interpelación contractual tácita (o de plazo tácito) cuando la cosa no ha podido ser dada o - ejecutada dentro de cierto plazo de tiempo, y que - se encuentra en el No. 2 del Art. 1422 C.; en ésta se atiende a la naturaleza de la prestación o al lugar donde ella debe cumplirse Vrg. Juan se obliga a pagar X cantidad en New York, por tanto se sobreentiende que el acreedor le dará un plazo estimable - para trasladarse a dicha ciudad; o bien Pedro se - obliga a vender su cosecha a "Y" persona; en este - caso hay que esperar el tiempo de la recolección...

La interpelación se hace por medio de la demanda no notificada al deudor, no siendo necesario que esté en tablada la litis, es decir, que exista contestación. Más si bien la demanda es la regla general, no es - obstáculo para que con la interpelación se efectúe por una simple solicitud o diligencia previa, a través de un Tribunal de justicia. Tal sucede con las

reconvenciones que señala el Art. 1765 C. para poner al arrendatario en mora.

Vista la exposición doctrinal que precede, se impone comentar, por su orden, los citados Arts. 1544 y - 1545 del C. de Com.

"Art. 1544. Las instituciones fiadoras incurrirán en mora diés días después de que, por escrito, el beneficiario les haya solicitado el pago de la fianza.

Será nulo el pacto que fije un plazo diverso - al que señala este artículo, o una tasa diversa de la legal a los intereses moratorios".

Lo que se evidencia a primera vista es que la norma en examen no está en armonía con lo que establece - el Art. 1540 del C. de Com., es decir, la responsabilidad SOLIDARIA del fiador con el deudor principal o fiado. En el Art. de mérito se dispone de que para que exista mora del fiador, es necesario el - requerimiento por escrito del beneficiario o acreedor a éste. La solidaridad entre fiador y deudor - principal ciertamente subsiste, pero tiene conse- - cuencias de orden práctico que merecen una crítica.

La disposición en comento obvio que es eminentemente beneficiosa para las empresas o instituciones bancarias.

Ahondando la crítica diremos que se desprende de dicha norma que hay una mora para el deudor principal y otra distinta para la institución fiadora, con -

las consiguientes dificultades prácticas cuando el acreedor o beneficiario exija el pago de la obligación al fiador y al fiado, conjuntamente, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 1385 C.

En consecuencia, pues, se tendría que por una parte habría mora del deudor principal al llegar el plazo fijado para el cumplimiento de la obligación, tal como lo preceptúa el Art. 1422 C., y no habría mora para la institución fiadora si antes no se hubiere efectuado el requerimiento por escrito de que habla la norma en estudio, ello no obstante de que la obligación por su naturaleza es solidaria.

El inciso 2o. tiene carácter de orden público y como tal es un derecho irrenunciable por parte de la institución fiadora. El plazo es inamovible no pudiendo derogarse por pacto expreso en contrario; finalmente la tasa legal en lo mercantil se reglamenta de acuerdo a lo señalado en el Art. 960 Inc. 2o. del mismo Código: "El interés legal en materia mercantil será fijado periódicamente por la Secretaría de Economía".

"Art. 1545. Si el acreedor concede una prórroga o espera a su deuda, deberá comunicarlo a la institución fiadora dentro de los cinco días hábiles siguientes. En cualquier momento la institución fiadora podrá cubrir el adeudo y exigir su reembolso al deudor, sin que éste pueda invocar frente a ella la espera concedida por el acreedor.

La falta de aviso oportuno de la primera prórroga, o el otorgamiento de una ulterior sin el consentimiento de la institución fiadora, extinguen la fianza".

Este artículo confirma lo manifestado en la crítica del anterior: constituye un beneficio para las empresas o instituciones bancarias.

Si el acreedor concede una prórroga o espera al deudor principal se encuentra en el deber de comunicárselo a la institución fiadora dentro de los cinco días hábiles siguientes, pudiendo ésta cubrir el adeudo y exigir su reembolso al deudor, quien carece de defensa para enervar dicha acción. La norma en examen no expresa en qué forma debe el beneficiario ejecutar la comunicación a la institución fiadora. Empero por analogía interpretamos que dicha comunicación debe hacerse por escrito.

El precepto de mérito representa, sin discusión, un beneficio para las empresas o instituciones fiadoras; ello se evidencia merced a la sanción que el legislador señala para el caso de que el acreedor no avise a la empresa fiadora la prórroga concedida, o el otorgamiento de una ulterior; tal sanción consiste, nada menos, que en la EXTINCIÓN de la fianza.

En tal virtud, pues, en lo mercantil la fianza se extingue, en todo o parte por los mismos medios que las otras obligaciones, según las reglas generales, (convención de las partes, solución o pago efectivo, novación, remisión, compensación, confusión, etc.);

además por consecuencia de los casos especiales a que se refieren los Arts. 2131, 2132 y 2133 C.; y particularmente por la falta de aviso oportuno de la primera prórroga, o el otorgamiento de una ulterior sin el consentimiento de la institución fiadora, a que se refiere el Art. 1545 del C. de Com. y cuya glosa hemos verificado.

¿Cuál es el fundamento jurídico de esta extinción de la fianza en lo mercantil?.

Estimamos que la respuesta se finca en aras del valor SEGURIDAD; y es que las instituciones fiadoras no pueden ni deben permanecer al capricho del beneficiario o acreedor, esto es, en lo relativo a prórrogas de buena o mala fe concedidas. Si existe un plazo, tipo de interés, etc. etc., hay que darle entero cumplimiento a tales cláusulas. Contrariamente dichas instituciones tendrían sobre su cabeza, permanentemente suspendida, la anecdótica espada del cortesano Damocles.

#### B- Efectos de la Fianza entre Deudor y Fiador.

Previamente a la glosa de las relaciones entre el fiador o deudor y el fiador mercantil, creemos necesario insistir que los Contratos de Garantía todos tienen su antecedente en el respectivo civil, de ahí, precisamente, que en forma imperiosa tenemos que subrayar y vincular los preceptos de la materia últimamente aludida.

El fiador que paga no cumple una obligación propia, en que tenga un personal interés; por consiguiente, debe

ser reembolsado. Con este objeto dispone de una acción personal contra el deudor; además la ley le subroga en los derechos del acreedor.

En principio, el fiador no puede accionar contra el deudor, sea ejercitando su acción personal o la acción subrogatoria, sino cuando ha pagado. Sin embargo, en casos excepcionales, la ley acuerda al fiador un recurso anticipado, justamente para evitarse el trance de tener que pagar.

Por este motivo, los efectos de la fianza entre deudor y fiador deben considerarse en dos momentos: antes y después de verificado el pago.

#### 1- Efectos anteriores al pago.

En primer término tenemos el recurso denominado "Beneficio de Requerimiento" que consiste en que aunque el fiador no sea reconvenido, podrá requerir al acreedor, desde que sea exigible la deuda, para que proceda contra el deudor principal y si el acreedor después de este requerimiento lo retardare, no será responsable el fiador por la insolvencia del deudor principal sobrevinida durante el retardo. Dicho beneficio se encuentra consagrado en el Art. 2106 C.

La disposición citada reza así: "Aunque el fiador no sea reconvenido, podrá requerir al acreedor, desde que sea exigible la deuda, para que proceda contra el deudor principal; y si el acreedor después de este requerimiento lo retardare, no será responsable el fiador por la insolvencia del deudor prin-



cipal, sobrevenida durante el retardo".

En lo civil la ley pone también en manos del fiador otros recursos a fin de que pueda exonerarse de pagar una deuda ajena; dichos recursos están indicados por el Art. 2119 C.; y son:

"El fiador tendrá derecho para que el deudor principal le obtenga el relevo o le caucione las resultas de la fianza, o consigne medios de pago, en los casos siguientes:

- a) Cuando el deudor principal disipa o aventura temerariamente sus bienes.
- b) Cuando el deudor principal se obligó a obtenerle el relevo de la fianza dentro de cierto plazo, y se ha vencido este plazo.
- c) Cuando se ha cumplido el plazo o vencido la condición que hace inmediatamente exigible la obligación principal en todo o parte.
- d) Si hubieren transcurrido diez años desde el otorgamiento de la fianza, a menos que la obligación principal se haya contraído por un tiempo determinado más largo, o sea de aquéllas que no están sujetas a extinguirse en tiempo determinado, como las de los tutores y curadores, la del usufructuario, la de la renta vitalicia, la de los empleados en la recaudación o administración de rentas públicas.
- e) Si hay temor fundado de que el deudor principal se fugue, no dejando bienes raíces suficientes para el pago de la deuda.

Los derechos aquí concedidos al fiador no se extienden al que afianzó contra la voluntad del deudor".

Tanto el relevo de la fianza como los demás beneficios a que se refiere la norma transcrita, requieren la cooperación del acreedor, es decir, que en ningún caso el deudor ante sí puede exonerar al fiador, ya que la fianza se celebra entre fiador y acreedor.

## 2- Efectos Posteriores al Pago

Cuando el fiador ha pagado la deuda ajena la ley pone a su disposición importantes derechos a fin de evitar que se empobrezca indebidamente a expensas del deudor que ha obtenido un enriquecimiento. Estos derechos los puede ejercer el fiador a su elección y según le convenga mejor a sus intereses, son: a) la acción de reembolso; b) la acción de subrogación; y, c) la acción de mandato.

La acción de reembolso está comprendida en el Art. 2120 C.: "El fiador tendrá acción contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado por él como intereses y gastos, aunque la fianza haya sido ignorada por el deudor".

"Tendrá también derecho a indemnización de perjuicios, según las reglas generales".

"Pero no podrá pedir reembolso de gastos inconsiderados, ni de los que haya sufrido antes de notificar al deudor principal la demanda intentada contra dicho fiador".

La característica esencial de esta acción consiste que nace directamente en cabeza del fiador; y su fundamento se encuentra, ante todo, en el principio que prohíbe a una persona enriquecerse indebidamente a expensas de otro. No es acción que se transmita al fiador, como acaece con la de subrogación. 1/

La acción subrogatoria, (Art. 1480 No. 3 C.) se efectúa por ministerio de la ley y aún contra la voluntad del acreedor, en favor del que paga una deuda ajena a que se hallaba obligado solidaria o subsidiariamente. Esta acción es diferente de la de reembolso, pues ésta es acción que nace directamente en cabeza del fiador, en su calidad de empobrecido, contra el deudor que se ha enriquecido; y la subrogación en cambio, no es acción propia del fiador, sino exactamente la misma acción que tenía el acreedor contra el deudor, la cual, en virtud de la subrogación, se transmite con sus mismas calidades y vicios al fiador. 2/

Finalmente la acción de mandato se regula en el Art. 2121 C.: "Cuando la fianza se ha otorgado por encargo de un tercero, el fiador que ha pagado tendrá acción contra el mandante; sin perjuicio de la que le compete contra el principal deudor". La posición de un mandatario fiador que tiene que pagar la deuda ajena es privilegiada, ya que tiene tres acciones para ejercer, según su conveniencia: a) la nacida -

---

1/ y 2/ Arturo Valencia Zea. Derecho Civil.  
Tomo IV. Contratos. Editorial Temis 1961  
Pág. 459.

del mandato contra el mandante; b) la de reembolso; y, c) la de subrogación.

Estudiemos enseguida las cauciones del fiador en lo mercantil. El Art. 1543 del C. de Com., expresa:

"Art. 1543. La institución fiadora, después de celebrado el contrato, sólo podrá exigir que el fiado o el contrafiador le caucionen el pago, en los casos siguientes:

- I Si se han proporcionado datos falsos sobre la solvencia del fiado o del contrafiador.
- II Si se constituyó contragarantía real y el valor de los bienes disminuyere de tal manera que fueren insuficientes para cubrir el importe de la obligación garantizada.
- III Si la obligación afianzada se hace exigible, o se demanda judicialmente su pago.
- IV Si transcurren cinco años y la obligación no tiene señalado plazo de vencimiento, o éste no se deriva de su naturaleza misma.

Para los efectos del presente artículo, la institución fiadora podrá embargar precautoriamente bienes de sus deudores. El embargo se mantendrá hasta que la institución fiadora quede relevada de su obligación o se constituya contragarantía suficiente".

Al usar el legislador en el inciso primero el adverbio SOLO, tácitamente se infiere que la enumeración a que enseguida aludirá es TAXATIVA, esto es, que no admite otra clase de asimilación. Dicho en otro giro: únicamente los casos que se puntualizan en el precepto son los que éste comprende y regula, no

pudiendo agregarse otros en vía de analogía.

"Sólo podrá exigir que el fiado o el contrafiador - le caucionen el pago", manifiesta el inciso. En secuela se hace imprescindible señalar quién es contrafiador. En nuestro sentir CONTRAFIADOR es quién garantiza o cauciona el pago que el deudor principal debe hacer al fiador, si éste cancela la obligación.

El numeral primero del artículo en estudio es claro, por lo tanto omitimos comentario.

El numeral segundo es un caso análogo al anterior; nada más que en aquél falta la solvencia del fiado o contrafiador, y en éste el valor de los bienes - disminuye, de tal suerte que son insuficientes para para cubrir el importe de la respectiva obligación.

El numeral tercero tiene íntima vinculación con el ídem del Art. 2119 C. Esta disposición expresa que el fiador tendrá derecho para que el deudor principal le obtenga el relevo o le caucione las resultas de la fianza, o consigne medios de pago: "Cuando - se ha vencido el plazo o cumplido la condición que hace inmediatamente exigible la obligación principal en todo o parte". Pues bien, esta última frase no aparece en el numeral en comento del C. de Com., sin embargo de conformidad al aforismo jurídico de que "Donde no distingue el legislador, no le es dable al intérprete hacerlo", se debe entender que - también en lo mercantil la exigibilidad puede ser - parcial o total. Añade el numeral: "O se demanda -

judicialmente su pago". Es natural que no se puede demandar judicialmente el pago de una obligación, si ésta no es exigible.

El numeral cuarto tiene similitud, asimismo, con el ídem del referido Art. 2119 C. La diferencia entre uno y otro estriba en los plazos; mientras el mercantil habla de cinco años, el civil exige un lapso de diez, esto es, desde el otorgamiento de la fianza.

La razón de ser más corto el plazo en lo mercantil que en lo civil se finca, a nuestro criterio, en la exigencia de rapidez del primero en virtud de su naturaleza eminentemente evolutiva.

"Para los efectos del presente artículo, la institución fiadora podrá embargar precautoriamente bienes de sus deudores", comienza el último inciso. Para lograr este propósito la institución fiadora tendrá que utilizar como medio procesal el Art. 142 Pr., - es decir, el secuestro preventivo de bienes, como acto previo a la demanda.

"El embargo se mantendrá hasta que la institución fiadora quede relevada de su obligación o se constituya contragarantía suficiente", finaliza diciendo el precepto-. En esta parte se contempla el derecho del fiador a que lo releven de la fianza, o bien - que se constituya contragarantía suficiente, vale decir un derecho alternativo del fiador. Por otro lado la frase "in fine" de esta norma está modificando los efectos de las anotaciones preventivas contenidas en el Art. 719 del Código Civil, ya que viene a constituir un agregado a aquéllas disposiciones

IV - MODALIDADES DE LA FIANZA MERCANTIL:  
REAFIANZAMIENTO, COAFIANZAMIENTO  
Y CONTRAFIANZA

Las modalidades objeto del presente capítulo se encuentran comprendidas entre los Arts. 1546 al 1550 del C. de Com. Los Arts. 1546, 1547 y 1548 regulan el reafianzamiento; el 1549 el coafianzamiento; y por último el 1550 fija el plazo de prescripción extintiva para las acciones derivadas de la fianza: contrafianza y reafianzamiento.

Antes de entrar a la exégesis de los preceptos en examen, preciso es subrayar la acepción de las modalidades aludidas.

Hay reafianzamiento cuando una empresa fiadora se obliga a pagar a otra de la misma especie, la cantidad que ésta deba en virtud de un contrato de fianza determinado; la reafianzadora viene a ser una especie de "fiadora de la fiadora", con la diferencia de que no responde frente al beneficiario sino frente a la reafianzada.

Hay coafianzamiento cuando varias empresas fiadoras afianzan a un mismo deudor, frente a un mismo acreedor; en este caso, las empresas coafianzadoras no gozan del beneficio de división, salvo pacto expreso en contrario.

Hay contrafianza, cuando la empresa fiadora exige a su vez una garantía al fiado, de que éste le reembolsará lo pagado en virtud de la fianza, llegado el caso. Por lo tanto, la empresa fiadora responde por las obligaciones del fiado, frente al acreedor; y el contrafiador responde de las mismas obligaciones frente a la empresa fiadora, en caso de que éste haya tenido que pagar la fianza.

El tratadista Joaquín Rodríguez Rodríguez 1/ formula conceptos sobre reafianzamiento, cofianzamiento y contrafianza. Reafianzamiento, dice, es la fianza que se otorga a la afianzadora para el caso de que pague; cofianzamiento es el otorgamiento de fianza entre dos o más instituciones - autorizadas; y contrafianza es la garantía que recibe el - afianzador, de que le serán restituidas las cantidades pagadas.

Como puede verse tanto las definiciones primeras como las últimas difieren en el aspecto formal, ya que, en el fondo, arriban a la misma significación. Con tales antecedentes nos permitimos analizar los preceptos de nuestro C. de Com. que se refieren a las modalidades mencionadas.

"Art. 1546 - Por el contrato de reafianzamiento, una institución fiadora se obliga a pagar a otra, en la proporción que se estipule, las cantidades que ésta deba cubrir al beneficiario de determinada fianza.

Art. 1547 - La institución reafianzadora está obligada a proveer de fondos a la reafianzada tan pronto como ésta le comunique que ha sido requerida de pago por el beneficiario de la fianza y que va a -- proceder a realizarlo.

La falta de provisión oportuna hará responsable a la institución reafianzadora de los daños y perjuicios que ocasione a la reafianzada.

Art. 1548 - La institución reafianzadora que pague a la fiadora se subrogará en los derechos de ésta con-

1/ Joaquín Rodríguez Rodríguez  
Obra citada. Pág. 278



tra los fiados y contrafiadores.

Art. 1549 - En el coafianzamiento, las instituciones coafianzadoras no gozarán del beneficio de división, salvo pacto expreso en contrario.

Art. 1550 - Las acciones del beneficiario contra la institución fiadora y las de ésta contra los - contrafiadores y reafianzadores, prescribirán en tres años.""

El Art. 1546 del C. de Com. define el reafianzamiento. Antes de proseguir estimo oportuno transcribir un contrato de reafianzamiento a fin de comprender cómo se presentan en la práctica los roles de "reafianzadora", "reafianza-da" y "beneficiario".

""El Banco Salvadoreño de El Salvador, institución de crédito domiciliada en este país por medio del presente documento otorga: que se obliga a pagar al Banco Hipotecario de El Salvador, institución de crédito de esta plaza, que en lo sucesivo llamaremos "El Banco", cualquier cantidad que dicho Banco pague como consecuencia de la fianza hipotecaria que ha otorgado en esta fecha la "Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, (ANDA) por la suma de UN MIL NOVECIENTOS CINCO COLONES NOVENTA CENTAVOS destinada a garantizar el fiel cumplimiento del contrato número diecinueve mil novecientos setenta y uno, cotización número ochocientos setenta y uno de fecha dos de junio - del corriente año, correspondiente al contrato de desmontaje, transporte y montaje de un tanque me-

tálico de quinientos metros cuadrados de capacidad, instalado en Colonia Santa Rosa de Mejicanos, de propiedad de la referida Administración. Se reintegrará al Banco las cantidades que pague, a más tardar quince días después de la fecha en que éste haya hecho el pago en cumplimiento de la fianza relacionada y se le reconozca sobre las cantidades pagadas el interés del diez por ciento anual, calculado desde la fecha de dicho pago. Asimismo se pagará al Banco el dos por ciento de comisión por cada año o fracción de año en que esté vigente la fianza relacionada. En garantía de la fianza relacionada se da en prenda al Banco siete Cédulas Hipotecarias así: dos por valor de UN MIL COLONES y cinco por valor de CINCO COLONES cada una, al siete y medio por ciento de interés anual, a diez años de plazo y por los títulos por su orden Nos. 6, 7, 29, 30, 31, 32 y 33, serie C-10-111 emitidos el seis de febrero de mil novecientos sesenta y ocho y con vencimiento el cinco de febrero de mil novecientos setenta y ocho, cédulas que se entregan al Banco en esta misma fecha, en tal calidad. Es convenido que esta obligación no será cancelada por el Banco hasta que se devuelva el documento de fianza antes relacionado debidamente cancelado o que se le entregue el finiquito correspondiente. También es convenido que mientras no se presente la cancelación o el finiquito mencionados, se continuará pagando al Banco la comisión estipulada. Para los efectos legales de la presente obligación el Banco Salvadoreño se somete a lo dispues

to a la ley del Banco Hipotecario, señalando como domicilio especial el de esta ciudad; y en caso de acción judicial se renuncia al derecho de apelar - del decreto de embargo, sentencia de remate y demás resoluciones apelables del juicio ejecutivo e incidentes, renunciando al beneficio de excusión de bienes y ser depositario de los bienes que se embarguen la persona que indique el Banco, relevando a quien se nombre de la obligación de rendir - fianza, siendo de cargo del Banco Salvadoreño, las costas procesales, aunque conforme a las reglas generales no fuere condenado a ellas. En fe de lo - expuesto ratifico el contenido del presente documento en San Salvador, a las diez horas y treinta minutos del día catorce de septiembre de mil novecientos setenta y uno.""

En el ejemplo relacionado, el Banco Salvadoreño es la institución reafianzadora; el Banco Hipotecario, la reafianzada; y la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, el acreedor o beneficiario. En otras palabras: el Banco Salvadoreño es la institución "fiadora de la fiadora" (Banco Hipotecario); pero con la diferencia de que no responde frente al acreedor (ANDA), sino frente a la reafianzada (Banco Hipotecario).

Este artículo tiene íntima armonía con el Art. 2086 C. - Inc. 2o. cuando preceptúa: "La fianza puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador" es la figura jurídica que en el campo del derecho común - se conoce con el calificativo de "fianza de fianza".

El artículo 1547 del C. de Com. contempla el caso de que se produzca la figura en estudio. La empresa reafianzadora debe proporcionar a la reafianzada, los fondos necesarios para cubrir la obligación de que se trata, tan pronto como la última sea requerida de pago, bajo pena de responder de los daños y perjuicios que le cause; y el Art. - 1548 regula que la institución reafianzadora que paga a la fiadora se subroga en los derechos de ésta contra los fiados y contrafiadores.

El Art. últimamente citado, -1548 C. de Com.-, habla de subrogación. Por tanto congruente se torna externar unas palabras sobre tan delicado instituto.

El Código Civil define en el Art. 1478 la subrogación. - "Es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga". Se critica esta definición por dos razones: a) por no dar un concepto claro de la subrogación; y, b) por la impropiedad del lenguaje de parte del legislador cuando manifiesta que la subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga..., pues el pago con subrogación, es un acto entre vivos, y la transmisión opera en la sucesión por causa de muerte, porque en la traslación de los derechos, cuando se efectúa por actos entre vivos tenemos que hablar de transferencia; en cambio cuando hablamos de transmisión significa que ha operado la sucesión por causa de muerte.

Por otra parte se argumenta impropiedad del lenguaje de parte del legislador al hablar de transmisión de los derechos al tercero que paga, desde el momento que el pago con subrogación es un acto entre vivos y no un acto "mor-

tis causa". Sin embargo dicha impropiedad tiene su atenuante: la ley quiso remachar el concepto, reafirmar la idea de que el tercero que paga, reemplaza al acreedor primitivo en la misma forma que los herederos reemplazan al causante. En tal virtud los autores dando un concepto realista de lo que acontece en la subrogación, suponen al acreedor en una armadura de hierro y con esta institución sale de ésta y se introduce en ella el tercero, que se subroga. Otros también gráficamente dicen que en la subrogación las cosas pasan como si el tercero que paga se pusiere la máscara del acreedor que recibe el pago, de tal manera que en la subrogación llega a indentificarse la persona del tercero que paga con la persona del acreedor que recibe el pago. 1/

Pues bien, ésto es lo que acontece en el caso de reafianzamiento, esto es, cuando la institución reafianzadora (Banco Salvadoreño en el ejemplo referido) pagó a la fiadora (Banco Hipotecario). Aquél se subroga en los derechos de éste contra el fiado (ANDA) o contra los contrafiadores, caso de existir.

Ejemplo de contrafianza sería, para el caso, si el Banco Hipotecario exigiese una garantía al deudor principal y éste pidiera a la "Compañía General de Seguros, S. A." a efecto de que le diera una garantía a la institución fiadora (Banco de Comercio); dicha garantía podría ser una hipoteca, una prenda, bonos, etc. etc.

Al pagar la institución reafianzadora a la fiadora, ¿en

1/ Manuel Somarriva Undurraga. Curso de Derecho Civil. Editorial Universitaria  
Página 51.

cuáles derechos se subroga aquélla respecto de los fiados y contrafiadores?. Simple y llanamente en la acción de reembolso y de daños y perjuicios, caso de haberlos.

El Art. 1549 se refiere al coafianzamiento. Esto tiene lugar, como expresamos arriba, cuando varias empresas fiadoras afianzan al deudor principal, frente a un mismo acreedor y las cuales NO GOZAN del beneficio de división, salvo pacto expreso en contrario; se aparta, pues, el legislador mercantil del derecho común pues en éste cuando una deuda ha sido afianzada por varios fiadores simples cada fiador tiene derecho a pagar una cuota y no el total. - - Aquí ocurre lo contrario: únicamente que se consigne expresamente, las cofiadoras gozarán de dicho beneficio.

El beneficio de división se encuentra consagrado en el Art. 2117 del Código Civil, dice: "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".

"La insolvencia de un fiador no gravará a los otros". "No se mirará como insolvente aquél 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".

La división de la deuda entre los cofiadores opera de pleno derecho, Mientras el beneficio de excusión es una excepción dilatoria, el beneficio de división es una excepción perentoria.

Para gozar los fiadores de este beneficio se requieren - las siguientes condiciones: 1o.) que los fiadores "no - se hayan obligado solidariamente al pago". (Art. 2117 C); y, 2o.) que los fiadores lo sean de un mismo deudor y de una misma deuda, excepto que se hayan rendido separadamente las fianzas por el todo. (Art. 2118 C.).

La división de la deuda entre los fiadores se hace por - partes iguales o viriles.

El fiador que se obliga tiene que tener en cuenta que si es constreñido a pagar, podrá repetir contra el deudor, - con arreglo al Art. 1480 No. 3 C., subrogándose en los de rechos del acreedor.

En suma, pues, en lo mercantil en el cofianzamiento las instituciones cofianzadoras no gozan del indicado benefi- cio, salvo pacto expreso en contrario. ¿Cuál es el funda- mento jurídico de esta disposición?

A nuestro criterio la explicación radica en el Art. 1540 del C. de Com., o sea que el fiador responde SOLIDARIAMEN- TE con el fiado; y si en lo mercantil la responsabilidad siempre es solidaria, mal podría decirse que las institu- ciones cofianzadoras gozaran del beneficio repetido.

Finalmente el Art. 1550 del C. de Com. estatuye la pres- cripción extintiva para las acciones del beneficiario con- tra la institución fiadora y las de ésta contra los con- trafiadores y reafianzadores. Dicho en otro giro: la nor- ma que nos ocupa reglamenta las prescripciones siguientes: 1o.) acción del beneficiario con la institución fiadora; 2o.) acción de ésta con los contrafiadores o contrafiador;

y, 3o.) acción entre la empresa fiadora y la institución reafianzadora.

Oportuno es subrayar que la prescripción puede ser adquisitiva y extintiva: la primera es un modo de adquirir - originario y la segunda eminentemente liberatoria, reconociéndose en ambas la virtud curativa del tiempo. El artículo en comento omite regular la prescripción de las acciones de la institución fiadora, la empresa reafianzadora, y los contrafiadores contra el deudor principal o fiado. Por lo tanto hay que acudir a lo dispuesto en el Capítulo III del C. de Com. que regula los plazos de la prescripción mercantil; y el Art. 995 No. 3 expresa que prescriben en dos años las acciones derivadas de los contratos de garantía.

De conformidad a lo anterior surge una falta de armonía entre el Art. de que se trata, -1550-, y el mencionado, -995 No. 3-; o sea que por un lado se expresa que las acciones del beneficiario contra la institución fiadora y las de ésta contra los contrafiadores y reafianzadores prescriben en TRES AÑOS, y por el otro se dispone de que prescriben las acciones de la institución fiadora contra el deudor y las de los contrafiadores y reafianzadores - contra el mismo deudor en DOS AÑOS, lo que en buen romance constituye no sólo una impropiedad, sino total ausencia de concordancia jurídica.

La única explicación que se nos ocurre pudo haber tenido el legislador para darle diferente tratamiento a las acciones de prescripción entre la institución fiadora y deudor, y la de los contrafiadores y reafianzadores con el -



mismo deudor, es por virtud del carácter oneroso de la -  
fianza mercantil. Con todo, estimamos que se trata de un  
vacío urgente de solución.

V - CLASES DE FIANZA :  
AVAL, FIANZA HIPOTECARIA, FIANZA DE FIDELIDAD  
Y OTRAS CLASES DE FIANZA

Iniciamos este capítulo estudiando una garantía típica ya que está sometida a un tratamiento jurídico de caracteres muy peculiares; se conoce con el nombre de Aval y constituye una obligación nueva que se incorpora a un título creado.

A- AVAL

El tratadista Emilio Langle y Rubio define el aval como "una singular garantía (cambiaria) del pago de la letra que, después de haber sido ésta creada, préstase por escrito, en la propia cambial, en forma ilimitada o limitada". 1/

Por su parte Joaquín Rodríguez Rodríguez define el aval como "la garantía total o parcial del pago de la letra, otorgada independientemente de la obligación garantizada". 2/

Joaquín Garriguez manifiesta que "el aval es un acto escrito en el que un tercero se obliga dentro de la letra al pago de ella, sea en término general y sin restricción, sea en forma limitada a tiempo, caso cantidad o persona determinada". 3/

---

1/ Emilio Langle y Rubio, Manual de Derecho Mercantil. Tomo II. Bosch, Casa Editorial Urgel, 51 bis Barcelona. Pág. 303.

2/ Joaquín Rodríguez Rodríguez. Obra citada. Pág. 321.

3/ Joaquín Garriguez. Curso de Derecho Mercantil (2 Tomos) Silverio Aguirre Torre, Impresor. Madrid, 1959. Pág. 770

El avalista asume pues una obligación equivalente a la que tiene contraída la persona por él avalada, consistente en pagar la letra a su vencimiento. Dicha obligación es directa, personal, solidaria y de efecto rigurosamente cambiario. Asimismo es de carácter autónomo en su esencia y accesorio en su aspecto formal. Por tanto, muy diferente de la que pesa sobre un simple fiador.

El aval desempeña una función de garantía ya que añade a la letra la firma de un deudor cambiario más, y con ello aumenta la certidumbre que en su día será pagada. Algunos autores sostienen que el aval es una institución hija de la desconfianza porque cuando una firma necesita de la garantía ajena descubre su propia debilidad.

¿Cuál es la naturaleza jurídica del aval?. Sobre este punto ha reinado gran desacuerdo entre los tratadistas, existiendo diferentes concepciones teóricas. Las principales son:

Doctrina Francesa. Esta doctrina no supo ahondar la esencia del aval y en un principio le asignó caracteres similares a los de la fianza. Consideraba la obligación del avalista como accesorio de la obligación del avalado, es decir, como dependiente de ésta. Implantado en Francia el ordenamiento jurídico uniforme de Ginebra (1935) este cambio transformó el panorama doctrinal; también es así como los tratadistas franceses contemporáneos hablan ya del aval como de una garantía sometida a los principios y normas especiales

del derecho cambiario; y afirman su validez, aunque la obligación del avalado sea nula por cualquier causa, - excepto si la nulidad proviene de un vicio de forma. - El nuevo Derecho francés sólo conserva de las viejas - reglas, la referente a la posibilidad de que el aval - puede darse por acto separado.

Doctrina Germánica. Esta escuela apenas se cuidó de - elaborar una doctrina especial acerca del aval. Atribuíale carácter accesorio y reconocía al avalista todas las excepciones propias del deudor principal, aún las personales; sin embargo no faltaron tratadistas - que redujeran esa accesoriedad al respecto formal solamente. A partir de 1933 la situación varió; se prefirió la denominación de "garantía cambiaria" a la de aval y se exigió que constara en la letra o en su suplemento, estimándose obligación cambiaria independiente.

Doctrina Italiana. Esta doctrina siempre ha sido más amplia y progresiva que la francesa, en este punto; el Código de 1882 era más avanzado, al sentar los principios de que el avalista quedaba obligado cambiariamente incluso no siendo válida la obligación del avalado y de que, al pagar la letra aquel garante, se subrogaba en los derechos del poseedor del título, contra el avalado y contra los obligados anteriores. La mayor - parte de obras italianas próximas a nuestro tiempo presentan el aval como obligación directa y propia, que - es independiente de cualquiera otra proveniente del título o que constituye una garantía objetiva (no subjetiva, como la fianza). Expositores brillantes fueron -

Bonelli, Vivante y Navarrini, especialmente este último que logró el supremo acierto de centrar con exactitud el problema y de resolverlo del modo más ajustado a la índole de las instituciones cambiarias. El pensamiento de Navarrini provenía de algunos juristas alemanes y podríamos sintetizarlo de la siguiente manera: - aunque el aval crea una relación de garantía, difiere hondamente de la fianza, por ser una garantía cambiaria, y ello da lugar a que la obligación del avalista sea autónoma en su esencia y accesoria en su aspecto formal. La tesis de dicho tratadista ha quedado refrendada por una victoria casi universal, porque en ella se ha inspirado el convenio de Ginebra.

Doctrina Española. Esta doctrina en principio sostuvo que el aval era una fianza especial y que por consiguiente ostentaba carácter accesorio. No obstante varios tratadistas reaccionaron contra esta tesis: Echávarri, Pérez Requeijo, Huguet y Durán Ventosa, en las cuales ya se hablaba de la autonomía de la obligación del avalista. Gay de Montellá agregó que el aval es una garantía objetiva. El profesor Calvo Alfageme siguiendo la doctrina del italiano Navarrini expresó que el avalista asume directamente una obligación independiente y autónoma, de igual rango y contenido que la del avalado. Empero Garrigues se opuso radicalmente a esta doctrina, sosteniendo que la obligación del avalista es accesoria de la principal, sin distinguos entre los aspectos material y formal. También sugirió que la palabra "independientemente" que usa el C. de Com. no se refiere a las obligaciones, sino a las per

sonas. Y tampoco veía diferencia entre el aval y la fianza basada en que el primero engendre una obligación solidaria, alegando que la fianza no es siempre subsidiaria, sino que puede ser asimismo solidaria. Finalmente se ha sostenido que siendo el aval una garantía cambiaria, forzoso resulta atribuirle los caracteres peculiares que la moderna técnica jurídica imprime a las instituciones de tal naturaleza. En ellas son básicos el principio formalista y el de la independencia de las firmas y obligaciones, valiendo el título por su regularidad externa. Cada obligación vale por sí misma. Basta con la firma formalmente válida del avalista para que esté vinculado, con obligación abstracta y autónoma, referente al pago de la letra.

Las concepciones doctrinales acerca de la naturaleza del aval tienen escaso campo de aplicación en el Derecho Mercantil salvadoreño, por cuanto los artículos del Código de Comercio son claros sobre el particular, como subrayamos más adelante.

El aval se encuentra reglamentado en el Capítulo VI Sección "A" del vigente Código. Dicho capítulo corresponde a la Letra de Cambio, por consiguiente expresamos unas palabras, -a grandes rasgos-, sobre tan importante títulovalor.

La Letra de Cambio apareció en la Edad Media, en los pequeños estados italianos. Era ya de circulación común en el siglo XII y se llamaba "littera cambiabile", -siendo una verdadera carta dirigida por una persona a otra pidiéndole que pagara una suma de dinero a una -

suma de dinero a una tercera; el documento se fue sim  
plificando hasta llegar a su redacción actual que con  
serva la forma de una carta. Primitivamente interve-  
nían cuatro personas: la que entregaba el dinero al  
banquero; el banquero que expedía la letra (girador);  
el banquero corresponsal que debería pagar (girado) y  
la persona que tenía derecho a recibir el pago (bene-  
ficiario). En sus principios se expedía para hacer un  
pago de una plaza a otra; después se utilizó en los -  
casos en que la misma persona que entregaba el dinero  
quería recogerlo en plaza diversa y entonces se redu-  
jo a tres el número de personas que normalmente inter  
venían en una Letra de Cambio. Como en ocasiones se -  
utilizaba para pagar a un tercero, se generalizó el -  
empleo de la cláusula a la orden, o sea que la letra  
se expedía a favor del tomador o beneficiario el cual  
tenía derecho a ordenar que el pago se hiciera a otra  
persona.

La Letra de Cambio es un títulovalor que contiene una  
orden incondicional de pago dada por una persona que -  
se llama librador o girador contra otra persona que se  
denomina librado o girado, a favor de una tercera que  
se llama beneficiario o tenedor.

La Letra de Cambio es una orden incondicional de pago  
que no admite la modalidad de la condición, de lo con  
trario se tiene por no escrita.

En la Letra de Cambio intervienen tres personas: lo.)  
librador es el que emite la letra y su obligación na-  
ce por el acto de emitirla; responde por el valor que

la letra contiene; él es el obligado principal mientras la letra no ha sido aceptada; 2o.) librado o girado es la persona a cuyo cargo se emite la letra; no interviene en el acto de emitirla, teóricamente; y supone con el librador una provisión de fondos. El librado se obliga por el acto de aceptación que es potestativo; si la acepta se obliga, de lo contrario el girador o librador es el obligado a pagarla. Si el librado acepta la letra se convierte automáticamente en el obligado principal; y, 3o.) beneficiario o tenedor es el que recibe la letra, es el interesado en la emisión, es el primer tenedor legítimo de la letra y continúa siéndolo mientras no la transfiera. La Letra de Cambio se emite siempre a la orden, no se emite nominativamente.

Supongamos que A y B son comerciantes, o aún sin serlo tienen relaciones mercantiles. Llega alguien a cobrarle a B una cuenta y éste teniendo relaciones con A le da a ese acreedor una Letra de Cambio contra A, si éste le acepta se convierte en el obligado principal. Esa es la función lógica de la letra que es una forma de crédito.

En el país se usa para documentar ciertas obligaciones de tipo mercantil en la compra de bienes muebles, es lo que se denomina aceptaciones negociables. El comprador acepta las letras, la casa comercial libró las letras a su propio favor y al aceptarlas el comprador, se convierte en el obligado principal.

Vista pues, en forma panorámica la regulación doctri-



nal de la Letra de Cambio, analizaremos exegéticamente el Aval conforme a lo que sobre él estatuye nuestro Código de Comercio.

El Art. 725 del C. de Com. da un concepto de aval: - "Mediante el aval se garantiza, en todo o en parte, - el pago de la Letra de Cambio". Aún cuando no lo diga expresamente se deduce que el aval debe ser dado por escrito.

El inciso 2o. del mencionado Art., reglamenta quién - puede ser avalista: "Puede prestar esta garantía, - quien no ha intervenido en la letra o cualquier firmante de ella". Intervienen en él dos personas: a) el que da el aval denominándose "avalista" que se - constituye codeudor solidario; y, b) la persona a favor de quien se da dicho aval y que se llama "avalado".

El Art. 726 señala la forma de constituir el aval: - "El aval se pondrá en la letra o en hoja que se adhiera, cuando no sea posible lo primero. Se expresará - con la fórmula "por aval" u otra equivalente, y debe llevar la firma del avalista. La sola firma puesta en la letra, cuando no se le pueda atribuir otro significado, valdrá como aval".

Admite la ley un sistema aformal en lo que se refiere a la fórmula por la que debe hacerse constar el aval, y así se dice que se expresará con la fórmula "por - aval" u otra equivalente. Una equivalente sería Vrg. "para buen fin", "como fiador", "por fianza", "como -

garantía". 1/

El Art. 727 establece el valor del aval: "A falta de mención de cantidad, el aval garantiza el importe total de la deuda"; y el Art. 728 precisa quién puede ser avalado: "El aval debe indicar la persona avalada. A falta de tal indicación, garantiza las obligaciones del aceptante y, si no lo hubiere, las del librador".

Los Arts. 729 y 731 establecen las relaciones entre el avalista y el tenedor o beneficiario. El primero de tales Arts. manifiesta: "El avalista queda obligado solidariamente con aquél cuya firma ha garantizado, y su obligación es válida aún cuando la obligación garantizada sea nula. El aval carece de validez únicamente cuando la ineficacia provenga de vicio formal de la Letra de Cambio"; y el segundo, -Art. 731-, puntualiza: "La acción contra el avalista estará sujeta a las mismas modalidades a que lo esté la acción contra el avalado".

Finalmente el Art. 730 regula las vinculaciones entre avalista y avalado; y entre aquél y los coobligados. - "El avalista que paga la letra tiene acción cambiaria contra el avalado y contra los que están obligados para con éste en virtud de la letra".

El aval, pues, "consiste en una fianza solidaria dada por la persona que lo constituye y que se llama avalista, a favor de alguno de los obligados por título

---

1/ Joaquín Garrigues. Obra citada. Pág. 773.

que se llama avalado".<sup>1/</sup> Puede darse a favor de cualquiera de los signatarios: librador, aceptante o endosante. Si el avalista no indica a favor de quien - rinde el aval se presume que es dado a favor del aceptante, si lo hay; y de no haberlo, a favor del librador.

Hay aval completo cuando se pone una razón que indica tal circunstancia, es decir, a favor de qué persona - se da; y aval en blanco cuando simplemente se firma - al reverso del título.

Existe un problema de orden práctico: cuando el aval en blanco está puesto con posterioridad al primer endoso y consiguientemente no se puede determinar si se trata de otro endosante o de un avalista. ¿Cómo se resuelve el problema?. Se resuelve manifestándose que - todos los signatarios de un títulovalor, -en este caso la Letra de Cambio-, responden solidariamente, cualquiera que fuere su calidad.

Por lo expuesto surge la interrogante de si la fianza y el aval constituyen una misma especie de garantía, o, por el contrario, tienen sus diferencias. A lo anterior contestamos que no son institutos iguales, particularmente por la estructura del aval. En efecto, advertimos las siguientes diferencias:

1- La fianza supone un sólo vínculo obligatorio con - dos deudores (deudor principal y fiador); el aval implica dos vínculos obligatorios (librador con beneficiario, y avalista con el mismo beneficiario).

<sup>1/</sup> Lara Velado. Obra citada. Pág. 200.

2- La fianza tiene un carácter eminentemente accesorio; el aval, un carácter simplemente accesorio. - De ésto se derivan dos consecuencias: a) el fiador se libera si se extingue la obligación principal, el avalista no; y, b) la obligación del avalista es válida aún cuando la obligación principal sea nula; y,

3- La fianza mercantil se otorga mediante póliza, conforme al Art. 1541; el aval, se pone en la letra o en hoja que se adhiera, cuando no sea posible lo primero. Art. 726.

¿Qué diferencias afloran en cuanto al aval entre el vigente Código de Comercio y el Código derogado?.

Realmente no existen diferencias sustanciales o de fondo, únicamente de redacción; la única diferencia notable es la del actual Art. 729, si así puede llamarse, cuando dice: "El avalista queda obligado solidariamente con aquél cuya firma ha garantizado, y su obligación es válida cuando la obligación garantizada sea nula".

Tal disposición a nuestro juicio, resulta redundante y quizás por tal motivo no aparecía razón expresa de dicha solidaridad o responsabilidad solidaria en el derogado Código, ya que en todo el derecho cambiario la solidaridad siempre existe. En cualquier títulovalor aquélla (la solidaridad) siempre se da: el que tiene acción de reclamo la puede efectuar a cualquiera de los endosantes de un títulovalor.

¿En qué títulosvalores tiene operancia el aval?

El aval fue concebido inicialmente en la doctrina clásica como la garantía cambiaria, exclusiva y específica de la Letra de Cambio; y también se admitía tal fianza "suigeneris" para los vales y pagarés a la orden. En el C. de Com. vigente expresamente se admite el aval en el Conocimiento de Embarque, en el Art. 910; en el Certificado de Depósito y Bono de Prenda, en los Arts. 873 a 875; en el Cheque, en el Art. 803; y en el Pagaré, en el Art. 792. No se hace mención de tal garantía en el Certificado Fiduciario de Participación.

En consecuencia podríamos afirmar: esta clase de garantía, aval, puede existir en los títulosvalores de crédito y en los Títulos llamados Representativos, o sea en el Certificado de Depósito y Bono de Prenda, y no existe en los llamados títulosvalores de Participación, que son dos: las Acciones y demás Títulos de Participación en las Sociedades de Capitales y los Certificados Fiduciarios de Participación.

Para aclarar estos conceptos podemos hacer una revisión de la clasificación de los títulosvalores en atención a la naturaleza de los derechos que incorporan.

Por la naturaleza de los derechos que incorpora el título, pueden ser de tres clases diversas:

1- Títulosvalores de Participación. Dijimos que eran las acciones de las sociedades de capitales, Bonos de Funda

dor, Bonos de Trabajador, Certificados de Goce y Certificado Fiduciario de Participación. Se llaman así porque esta clase de títulos dan derecho de participación en determinado negocio mercantil;

2- Títulos valores de Crédito; éstos dan derecho a recibir un pago en metálico; son esencialmente tres: Letra de Cambio, Cheque y Pagaré; y,

3- Los llamados Títulosvalores Representativos, o sea que representan derecho de dominio o prenda sobre determinados bienes; ellos son Certificados de Depósito y Bonos de Prenda; Conocimiento de Embarque. Son títulos que representan la propiedad de determinados bienes.

Los Títulos de Crédito dijimos que daban derecho a un pago en metálico, se hacen efectivos mediante el pago de una cantidad determinada, habíamos dicho que son tres; Letra de Cambio, Cheque y Pagaré; el derecho que incorporan es el de cobrar una cantidad de dinero, en la época allí determinada. Anteriormente la expresión Título de Crédito se asimilaba el vocablo títulovalor; así se decía Título de Crédito con contenido de participación; en la actualidad debemos distinguir lo que es Título de Crédito y lo que es Instrumento de Crédito. Así, algunos Títulos de Crédito son instrumentos de crédito, éste sirve para diferir obligaciones, para conceder un crédito y son instrumentos de crédito, la Letra de Cambio y el Pagaré. Estas obligaciones se pagan dentro de un plazo determinado; en cambio el Cheque, que es únicamente Título de Crédito, no es instru

mento de crédito, sino instrumento de pago. Debe pagarse siempre en la fecha en que se ha librado; en cambio en el instrumento de crédito hay un compromiso de pagar una cantidad determinada; por el contrario, el cheque siempre se paga a la vista.

#### B- Fianza Hipotecaria

Esta clase de fianza se encuentra reglamentada en nuestro Código Civil. Al respecto el Art. 2178 Inc. 2o. C. expresa que la fianza se llama hipotecaria cuando el fiador se obliga con hipoteca. Por su parte el Art. 2094 Inc. 2o. C. estatuye: "Podrá el fiador obligarse de un modo más eficaz, por ejemplo, con una hipoteca, aunque la obligación principal no la tenga". De acuerdo a este ordenamiento el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, no sólo respecto a la cuantía sino al tiempo, al lugar, a la condición o al modo del pago, o a la pena impuesta por la inejecución del contrato a que acceda la fianza; pero puede obligarse en términos menos gravosos.

¿En qué casos esta clase de fianza se reputará mercantil?. Cuando se constituya por empresas que, dentro de su giro ordinario, practique dicha operación, es decir, instituciones bancarias y compañías aseguradoras. En otras palabras: es mercantil la fianza hipotecaria en virtud del sujeto que la presta y no por las obligaciones que garantiza.

¿Qué solemnidad requiere dicha fianza?. ¿Se debe formalizar en póliza o en escritura pública?.

Hemos visto que de conformidad al Art. 1541 del C. de

Com. la fianza se debe hacer constar en póliza con los requisitos que se indican en la misma disposición. Ahora bien, el Art. 2159 C. manifiesta que la hipoteca deberá otorgarse por escritura pública; y el Art. 2160 C. preceptúa que aquélla se debe además inscribir en el Registro de Hipotecas; sin este requisito, no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde que se presente el registro respectivo. Ante esta discrepancia concluimos que la fianza mercantil hipotecaria se debe otorgar por escritura pública, con los requisitos que señala el Art. 1541 del C. de Com., en lo que respecta a la fianza; pero al final con los lineamientos de una Escritura de Hipoteca, expresándose que para mejor garantía se constituye primera, segunda hipoteca, según fuere el caso, a favor de determinado acreedor, sobre el inmueble que forzosamente se tiene que describir.

El Art. 1541 del C. de Com., pues, en nuestro sentir, queda modificado por las disposiciones del derecho común referidas; de ahí, precisamente, el criterio de mérito.

Finalmente, en la Ley de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de tránsito, el Art. 33 concede la excarcelación del indiciado, si éste asegura debidamente la cantidad que en forma provisional fija el Juez como indemnización de daños y perjuicios mediante la consignación de la cantidad o del otorgamiento de fianza hipotecaria o de fianza personal si el fiador fuere un Banco o una Compañía de Seguros.

En buen romance, pues, la fianza personal a que se refiere la disposición citada es eminentemente mercantil, ya que se exige que sea fiador un banco o una compañía



aseguradora, pudiendo asimismo ser mercantil la fianza hipotecaria caso de ser dada por una de las repetidas instituciones.

C- Fianza de Fidelidad

Sabido es que en la Administración Pública hay numerosos empleados que manejan fondos o valores con ocasión de sus funciones, por lo que legalmente se les exige - que rindan caución o fianza. El organismo encargado de exigir y tramitar tales afianzamientos es la "Corte de Cuentas de la República", en la sección llamada de - "Servicios Diversos".

Las personas que se encuentran en la obligación referida pueden hacerlo de acuerdo a las siguientes formas:

- 1- Depósito en dinero efectivo;
- 2- Depósito de Cédulas del Banco Hipotecario de El Salvador o documentos de la Deuda Pública Interna, debidamente reconocidas;
- 3- Depósito de Bonos de empréstitos Internos o Externos, garantizados directa o subsidiariamente por el Estado; y,
- 4- Póliza de Seguro de Fidelidad.

De las formas expresadas la que más se acostumbra es la última, esto es, Póliza de Seguro de Fidelidad. - Conforme a la Ley de Fianzas este Seguro solamente se acepta cuando es otorgado por aseguradores de reconocida solvencia y responsabilidad, a juicio del Ministerio de Hacienda, Tribunal de Cuentas y Auditoría - (hoy Corte de Cuentas), debiendo celebrarse previamente

te un contrato entre el Asegurador o Aseguradores y el Gobierno, donde consten las bases a que deberá su jetarse esta clase de caución.

Las primas que hay que pagar son costeadas el 50% por el Gobierno y el otro 50% por el empleado asegurado, pagos trimestrales durante un año. El importe máximo de la fianza por empleado es de ₡ 50,000.00.

Actualmente el Gobierno por medio del Fiscal General de Hacienda tiene suscrito un contrato de Póliza de Fianza Colectiva con la firma "Seguros e Inversiones, S. A.", a efecto de que preste dicho servicio a los Funcionarios y Empleados Públicos. Este contrato, lógico que es en beneficio de los aludidos Funcionarios y Empleados, por consiguiente si alguien no desea hacer uso de él, nada impide que otorgue fianza personal o hipotecaria.

La fianza de Fidelidad se otorga en documento privado. Con excepción de ésta todas las otras cauciones deben formularse por medio de escritura pública y conforme al modelo aprobado por el Presidente del Tribunal Superior de Cuentas, Conviene, pues, al Notario tener siempre presente el modelo al formular una escritura de tal naturaleza.

Considerando de interés el contrato suscrito entre - "Seguros e Inversiones, S. A." y el Gobierno, por medio del Fiscal General de Hacienda, he aquí su transcripción:

"" Los suscritos, Luis Figueroa Gutiérrez, mayor de

edad, Contador y de este domicilio, actuando en concepto de Gerente General de "SEGUROS E INVERSIONES, SOCIEDAD ANONIMA", debidamente autorizado, y Francisco Enrique Nuila Villalta, mayor de edad, abogado, y de este domicilio, en concepto de Fiscal General de Hacienda, actuando en nombre y representación del Estado y Gobierno de El Salvador, debidamente autorizado por Acuerdo Ejecutivo número -cuarenta de fecha quince de enero de mil novecientos sesenta y nueve, emitido en el Ramo de Hacienda, convienen en celebrar el siguiente contrato:

CLAUSULA PRIMERA - SEGUROS E INVERSIONES, S.A. extenderá a favor del Gobierno de la República, para prestar el servicio de Fianzas de Fidelidad para los Empleados Públicos, una Póliza Colectiva, que de acuerdo con lo convenido, debe estar redactada en los términos siguientes:

"POLIZA No. FF-11560 VENGE: 1o. DE FEBRERO DE 1974

"SEGUROS E INVERSIONES, S.A."

San Salvador, El Salvador, C.A.

RAMO DE FIANZAS

POLIZA DE FIANZA COLECTIVA

SEGUROS E INVERSIONES, S. A., del domicilio de San Salvador, El Salvador, Centro América, designada en adelante como "LA FIADORA", de acuerdo con las Condiciones Generales estipuladas en

la presente Póliza, conviene en indemnizar al GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, quien en lo sucesivo se designará como "EL GOBIERNO", por cualquier pérdida o pérdidas de dinero u otros bienes propiedad del Estado, de las instituciones y empresas oficiales autónomas o de los cuales fuesen legalmente responsables, que resulten como consecuencia de:

- 1- Actos fraudulentos, deshonestos o negligentes de los funcionarios y empleados públicos o de Instituciones y Empresas Oficiales Autónomas, quienes en adelante se designarán como "LOS EMPLEADOS", en el desempeño de los cargos para los cuales están afianzados por esta Póliza, aún cuando tales actos los cometiere el Empleado en connivencia con terceras personas, quedando limitada la respnsabilidad de la Fiadora por cada empleado, a la suma que se indique en las Cédulas correspondientes.
- 2- Errores u omisiones cometidos por los Empleados mencionados, por sí o en connivencia con terceras personas, en cálculos de impuestos, tasas o contribuciones y liquidaciones a favor del Estado o de las Instituciones y Empresas Oficiales Autónomas, al recibir cantidades de dinero por impuestos u otros conceptos; en los cálculos, autorizaciones o cancelaciones de órdenes de pago; o al entregar o recibir especies que sean propiedad -

del Estado o de las Instituciones y Empresas Oficiales Autónomas; sin exceder por dada empleado, del límite de responsabilidad indicado en la respectiva Cédula.

La presente Póliza estará en vigor por el término de cinco años contados a partir del 10. de febrero de 1969, a las doce horas del día, pudiendo ser cancelada por cualquiera de las partes mediante aviso escrito con noventa días de anticipación, lo cual deberá ser comunicado a la Corte de Cuentas de la República para los fines pertinentes.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, la Fiadora emite la presente Póliza por duplicado en la ciudad de San Salvador, a los veinte días del mes de enero de mil novecientos sesenta y nueve.

DR. PRUDENCIO LLACH  
Presidente

LUIS FIGUEROA G.  
Gerente General

FRANCISCO ENRIQUE NUILA VILLALTA  
FISCAL GENERAL DE HACIENDA

#### D- Otras Clases de Fianza

La Doctrina recoge numerosas y diversas fianzas, en cuya virtud nos limitamos a consignarlas, esto es, en vía de ejemplo.

A renglón seguido nos referiremos a las fianzas que, de acuerdo a nuestro criterio, tienen operancia en la legislación sustantiva y procesal salvadoreña. Desde

luego que algunas de ellas varían respecto a nuestras - normas, pero el fondo doctrinal es el mismo.

Las principales fianzas son: Fianza de las resultas - del juicio; Carcelerea; De Agentes de Cambio y Bolsa; De Agentes Mediadores; De Alquileros; De Arraigo; De - Bienes Pertenecientes a un Tercero; De Cargamento; De Casas de Préstamo; De Citas; De Corredores de Comercio; De Cruz; De Derecho; De Efectos de Valores; De Estar a Derecho; De indemnidad; De la Haz; De los Notarios; De Saneamiento; De Seguridad de la Vida; Del Fiscal; Del Usufructuario; Depositaria; De la Tutela; Hereditaria; Hipotecaria; Judicial; Legal; Mercantil; Personal; Pignoraticia; Subsidiaria; Unilateral, etc. etc. 1/

En el país tenemos las siguientes:

1- Fianza a las resultas del juicio: garantía que se constituye y responsabilidad que se contrae para satisfacer y cumplir en el caso de no pagar el reo lo juzgado y sentenciado. El Art. 18 Pr. es una especie de esta fianza cuando manifiesta: "Todo demandante puede ser obligado, a petición del demandado, hecha al contestar la demanda, a dar fianza de pagar las costas, daños y perjuicios en que pueda ser condenado".

2- Fianza de Estar a Derecho o Fianza de Derecho, seguridad, satisfacción pecuniaria de otra índole que el demandado en juicios civiles o el reo en los procesos criminales da ante el Juez como garantía de -

---

1/ Guillermo Cabanellas. Diccionario de Derecho Usual. Tomo II. Ediciones ARAYU. Buenos Aires.

comparecer cuando corresponda y no emplear dolo en el litigio: esta fianza se regula en el Art. 42 Pr. al preceptuar: "Cuando se demande con derecho de dominio una cosa mueble, el Juez del lugar en que el reo se ha lle con ella, tendrá la jurisdicción competente para - conocer, aunque el reo sea morador de otra parte; excepto el caso de dar fianza de estar a derecho ante - su Juez respectivo".

3- Fianza de la Haz: cualquiera de las que, por razón de una causa, se constituyen en juicio ante el Juez y el Secretario, o ante éste por orden de aquél. Por tanto, lo mismo puede aplicarse esta denominación a la fianza a las resultas del juicio que a la de estar a derecho. Oportunamente aludimos a esta especie de fianza y la que se encuentra normada en el título VII del Código de Instrucción Criminal. Arts. 84 a 98.

4- Fianza del Usufructuario: antes de entrar en el goce de los bienes que constituyen el usufructo, está obligado el usufructuario a formar inventario y a prestar fianza que responda del cumplimiento de sus obligaciones. Por lo general están exentos de afianzar el vendedor o donante que se hubieren reservado el usufructo de lo vendido o donado; los padres que usufructúen bienes filiales y el cónyuge supérstite por la cuota hereditaria legal que le corresponde. Asimismo, cualquiera sea el título del usufructo, el usufructuario puede ser dispensado de la fianza cuando con ello no se cause perjuicio a nadie, hipótesis poco admisible. En la legislación nacional encontramos que el Art. - 778 C. expresa: "El usufructuario no podrá tener la cosa fructuaria sin haber prestado caución suficiente

de conservación y restitución, y sin previo inventario solemne a su costa, como el de los curadores de bienes".

- 5- Fianza Depositaria: la garantía que ha de prestar el propio interesado, o un tercero por él, para responder de ciertos bienes que tiene, en calidad de depósito a disposición de un Juez o Tribunal; bien estén afectos al pago de una deuda propia o ajena, o bien hayan de ser restituidos a un acreedor con mejor derecho, cuando se hayan recibido en pago de un crédito. Esta fianza la encontramos en nuestra legislación procesal civil cuando el Art. 623 indica: "Todo depositario judicial está obligado a rendir fianza a petición de parte".
- 6- Fianza en la Tutela: antes de serle deferido el cargo, el tutor prestará fianza para asegurar el buen resultado de su gestión. Usualmente están exentos de afianzar, los ascendientes, el tutor testamentario relevado de tal obligación por el padre o madre del menor, y el tutor nombrado por un extraño que deje manda de importancia para el menor, pero sólo en cuanto al importe de lo así legado. Esta especie de fianza la encontramos en el Art. 394 del Código Civil que puntualiza: "Para discernir la guarda será necesario que preceda el otorgamiento de la caución a que el guardador esté obligado".
- 7- Fianza Pignoraticia: por naturaleza, toda prenda es una fianza real; sin embargo al hablar de fianza pignoraticia se entiende, en primer término, -



la obligación de responder y, en segundo lugar, - que se ha asegurado con entrega o depósito de un bien muebles, y no por simple crédito (fianza personal) ni por la hipoteca de un inmueble (fianza hipotecaria). Esta especie de fianza la encontramos en nuestra legislación civil en el Art. 2139 cuando manifiesta: "Se puede dar en prenda un crédito entregando el título; pero será necesario que el acreedor lo notifique al deudor del crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague - en otras manos".

No hacemos especial mención de las fianzas judiciales y Legales pues alargaría estérilmente el trabajo que nos ocupa, ya que dichas fianzas se encuentran a gran abundamiento en nuestra legislación.

Sobre la Fianza Hipotecaria aludimos en páginas anteriores, y sobre la Mercantil ella es, justamente, el objeto del presente estudio.

Para concluir insistimos en lo expresado en el Capítulo II: las fianzas referidas perfectamente pueden ser otorgadas por empresas o instituciones bancarias y en esa virtud adquieren el carácter de mercantiles. Obvio que las fianzas de esta naturaleza representan para el interesado o interesados mayor garantía que las dadas por la más garante persona natural.

## VI - C O N C L U S I O N E S

Habiendo casi llegado a la meta propuesta confesamos que un doble sentimiento nos invade: de satisfacción y de duda... Lo primero por cuanto rematar una labor de la naturalaleza presente, da seguridad de ánimo; y lo segundo, pues en verdad deseáramos no simplemente cumplir con un requisito estatutario, - a lo mejor lo estamos haciendo!-, sino dejar algo que sin pretensión de literario, cientifico o novedoso, cuando menos tuviera el aliciente de ser útil. En esa virtud, pues, este capítulo se constriñe a ser una quintaesencia de nuestros personales puntos de vista, sobre aquéllo que durante el tránsito de la ruta hemos juzgado de mayor relieve e importancia.

Dichas anotaciones las resumimos así:

- a) ¿Es la fianza un contrato, o simplemente una declaración unilateral de voluntad?

Con el objeto de contestar la interrogante se impone subrayar el concepto de Acto Jurídico. Defínese éste como la manifestación de voluntad realizada con la intención de producir efectos jurídicos.

El acto puede ser la manifestación de una sola voluntad o el resultado de un acuerdo de voluntad; en este último caso se denomina convención.

Convención es, por tanto, una declaración bilateral de voluntad tendiente a producir determinadas consecuencias de derecho. Sin embargo, nuestra atención debe orientarse hacia una clase o tipo de convención: la

que tiene por objeto crear obligaciones. A esta convención generadora de obligaciones se le denomina tradicionalmente contrato. El contrato es, pues, la convención destinada a producir obligaciones.

Doctrinalmente contrato y convención son conceptos claramente diferenciados. La convención es el género y el contrato la especie. Ante la ley positiva, en cambio, las expresiones son sinónimas, como claramente se advierte en el Art. 1309 C. En efecto dicho precepto dice: "Contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan etc. etc..."

Se afirma que la fianza no es contrato porque al momento de celebrarse únicamente aparece una sola persona, el fiador. Conforme a este criterio tampoco sería contrato la hipoteca que se puede otorgar en la misma escritura pública del contrato que garantiza, o bien en otra distinta, sin necesidad de que el acreedor aparezca aceptándola.

Asimismo, tampoco sería contrato de prenda, ya que no es necesario para su celebración la concurrencia del acreedor. Siguiendo la tesis que nos ocupa la fianza en ningún caso es contrato en lo mercantil, (y no solamente cuando está indeterminado el acreedor. Vrg. caso de las firmas afianzadoras que profesionalmente se dedican a caucionar motoristas para el evento de que produzcan daños reales o personales a un tercero), pues el Art. 1541 No. VI del C. de Com. manifiesta: "En la póliza sólo debe aparecer la firma autógrafa del representante de la institución fiadora".

Ahora bien, si la fianza fuere una simple declaración unilateral de voluntad ésta podría dejarse sin efecto con la sola manifestación de voluntad del que constituyó dicha garantía, es decir, del fiador, de conformidad al aforismo de que "nada hay natural como el que - las cosas se deshacen por los mismos pasos que se dieron para su formación". El criterio de que la fianza es un contrato se encuentra incuestionablemente avalado por el Art. 1539 del C. de Com. cuando preceptúa: "Es mercantil el CONTRATO de fianza que se constituye por empresas, etc. etc."

Estimamos que el equívoco se origina en confundir lo - que es una declaración unilateral de voluntad con lo - que es contrato unilateral. En verdad, lo que acontece es que en la fianza la declaración de voluntad que formula el fiador produce para él efectos jurídicos expresos, en tanto que para los otros, -acreedor y deudor-, dichos efectos devienen en forma tácita. Al respecto - el Art. 1320 Inc. 2o. C. subraya: "Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato".

En consecuencia, pues, y no obstante el respeto que nos merece la tesis contraria, - la fianza es simple declaración unilateral de voluntad-, consideramos que ésta tanto en lo civil como en lo mercantil, es un típico contrato unilateral.

- b) El Art. 1540 del C. de Com. expresa: "En la fianza mercantil, el fiador responde solidariamente por el fiado, sin gozar del beneficio de excusión de bienes".

Este beneficio, como sabemos, consiste en que el fiador reconvenido puede exigirle al acreedor o beneficiario que antes de proceder contra él persiga la deuda - en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda. En el derecho común la responsabilidad es subsidiaria lo que significa que para gozar de dicho beneficio es necesario que no se haya renunciado expresamente; en cambio en lo mercantil jamás el fiador puede oponer como excepción dilatoria tal beneficio, pues responde solidariamente; y cuando se responde de esta suerte el acreedor puede dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que tenga operancia el tantas veces mencionado beneficio. Art. 1385 C.

Por lo tanto consideramos totalmente innecesario o redundante preceptuar que en la fianza mercantil, el fiador responde solidariamente por el fiado e incontinenti consignar que no goza del beneficio de excusión de bienes. En suma, pues, la disposición sería clara con sólo haber dicho "En la fianza mercantil, el fiador responderá solidariamente por el fiado".

c) El Art. 1544 del C. de Com. regula los efectos de la mora. Esta disposición incuestionablemente representa un beneficio para las instituciones aseguradoras o bancarias. No obstante que la solidaridad subsiste, es lo cierto que dicho precepto no está en armonía con el Art. 1540 del C. de Com. ya que si el acreedor desea hacer uso de su derecho en forma conjunta contra la

institución fiadora o el deudor principal, o bien exigir el cumplimiento de la obligación sólo a aquélla, - se verá en el caso de que llegado el vencimiento únicamente habrá mora para éste y no para la empresa fiadora, desde luego que se exige que para que el fiador incurra en la misma, es necesario que transcurran diez - días después de que, por escrito, el beneficiario le - haya solicitado el pago de la fianza.

Además de la obvia incomodidad práctica, el referido - tratamiento es injusto, esto es, tanto para el deudor como para el acreedor o beneficiario. Para el primero pues se presume que para ser afianzado necesariamente tuvo que desembolsar emolumentos a la institución aseguradora o bancaria, y para el segundo, por cuanto tiene que esperar un término que ni siquiera en lo civil existe, restándole, por tanto, eficacia o seguridad a la fianza mercantil. De otra parte se corre el riesgo de que las instituciones fiadoras recurran a tácticas de mala fe con el propósito de diferir el requerimiento en mención, siendo ésto un problema de prueba. En tal virtud , pues, nos pronunciamos porque debería desaparecer ese diferente tratamiento de la mora para - el deudor y para el fiador.

d) El Art. 1545 del C. de Com. que también regula los - efectos de la mora presenta el caso de que si el acreedor o beneficiario decide conceder una prórroga o espera a su deuda debe comunicárselo a la institución - fiadora dentro del plazo que se establece en dicho - precepto (cinco días hábiles siguientes). Pues bien, el precepto que nos ocupa no expresa en qué forma el -

acreedor o beneficiario debe hacer saber a la fiadora la circunstancia de haberle concedido prórroga al deudor. La situación cobra relevancia por cuanto la falta de ese aviso en el término perentorio de cinco días, trae como consecuencia nada menos que la extinción de la fianza. Debíó decirse "por escrito", o bien "por notificación judicial", según mejor convenga. Personalmente nos pronunciamos por la fórmula primera.

- e) Finalmente el Art. 1550 del C. de Com. estatuye la - prescripción extintiva para las siguientes acciones:
- 1) beneficiario contra la institución fiadora; 2) la de la acción fiadora con los contrafiadores o contrafiador; y, 3) la acción entre la empresa fiadora y la institución reafianzadora. El plazo de prescripción - para estos casos es de tres años. En cambio en el Art. 995 No. 3 del mismo Código, se regula que prescriben - en dos años las acciones derivadas de los contratos de garantía. O sea, pues, que surge una falta de concordancia entre ambos preceptos ya que en el capítulo de la fianza se regula la prescripción de las acciones - entre las personas aludidas y en el capítulo referente a la "Prescripción y Caducidad" la prescripción de las acciones de la institución fiadora contra el deudor y la de los contrafiadores y reafianzadores contra el - mismo deudor. Dicho en otro giro: se debió señalar un plazo de prescripción común para las acciones derivadas de los contratos de garantía y la prescripción de las acciones a que se refiere el Art. 1550, preferentemente de dos años en virtud del carácter evolutivo del Derecho Mercantil.

I N D I C E

|   | <u>Págs.</u> |
|---|--------------|
| I - INTRODUCCION . . . . .  | 6            |
| A - Generalidades . . . . .   | 6            |
| B - La Fianza en el Derecho Romano . . . . .  | 8            |
| II - NATURALEZA Y CARACTERES DE LA FIANZA MERCANTIL . . . . .   | 16           |
| A - Naturaleza Jurídica de la Fianza . . . . .  | 16           |
| B - Caracteres de la Fianza . . . . .   | 21           |
| 1 - Unilateral . . . . .  | 21           |
| 2 - Solemne . . . . .   |              |
| 3 - Accesorio . . . . .   | 22           |
| 4 - Oneroso . . . . .   | 24           |
| 5 - De Garantía . . . . .   | 24           |
| C - Elementos del Contrato . . . . .  | 24           |
| 1 - Elementos Personales . . . . .  | 25           |
| 2 - Elementos Reales . . . . .  | 25           |
| a) La Obligación Garantizada . . . . .  | 26           |
| b) La Obligación que Asume el Fiador . . . . .  | 28           |
| 3- Elemento Solemne . . . . .   | 28           |
| III - EFECTOS DE LA FIANZA MERCANTIL . . . . .  | 33           |
| A - Efectos de la Fianza entre Acreedor y -<br>Fiador . . . . .   | 33           |
| B - Efectos de la Fianza entre Deudor y Fia-<br>dor . . . . .   | 47           |
| 1 - Efectos Anteriores al Pago . . . . .  | 48           |
| 2 - Efectos Posteriores al Pago . . . . .   | 50           |
| IV - MODALIDADES DE LA FIANZA MERCANTIL: REAFIAN-<br>ZAMIENTO, COAFIANZAMIENTO Y CONTRAFIANZA . . . . .   | 55           |
| V - CLASES DE FIANZA: AVAL, FIANZA HIPOTECARIA,<br>FIANZA DE FIDELIDAD Y OTRAS CLASES DE FIANZA . . . . . | 66           |
| A - Aval . . . . .  | 66           |



|  |    |
|--|----|
| B - Fianza Hipotecaria . . . . .                                 | 79 |
| C - Fianza de Fidelidad . . . . .                                | 81 |
| D - Otras Clases de Fianza . . . . .                             | 85 |
| 1 - Fianza a las Resultas del Juicio . .                         | 86 |
| 2 - Fianza de Estar a Derecho o Fianza -<br>de Derecho . . . . . | 86 |
| 3 - Fianza de la Haz . . . . .                                   | 87 |
| 4 - Fianza del Usufructuario . . . . .                           | 87 |
| 5 - Fianza Depositaria . . . . .                                 | 88 |
| 6 - Fianza en la Tutela . . . . .                                | 88 |
| 7 - Fianza Pignoratícia . . . . .                                | 88 |
| VI - CONCLUSIONES . . . . .                                      | 90 |
| BIBLIOGRAFIA . . . . .   | 98 |

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

- ARIAS RAMOS, J. Derecho Romano. Tomo II-III. Sexta Edición. Editorial Revista de Derecho Privado.
- CABANELLAS, Guillermo Diccionario de Derecho Usual. Tomo II. Ediciones Arayu.
- COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera Edición. Roque Depalma Editor. Buenos Aires.
- CASTILLO, Fabio José Tesis Doctoral. Gratuidad u Onerosidad del Contrato de Fianza. Julio 1971.
- CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR Edición 1947.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR Edición 1947
- GARRIGUEZ, Joaquín Curso de Derecho Mercantil. (2 Tomos). Silverio Aguirre Torre, Impresor. Madrid 1959.
- LANGLE Y RUBIO, Emilio Manual de Derecho Mercantil. Tomo II. Bosch. Casa Editorial Urgel. Barcelona.
- LARA VELADO, Roberto Introducción al Estudio del Derecho Mercantil. Editorial Universitaria de El Salvador.
- MIRANDA, Oscar Adolfo Apuntes Sobre la Teoría de las Obligaciones. Segunda Parte. 1962.
- PEREZ VIVES, Alvaro Teoría General de las Obligaciones. Volumen IV. Parte Tercera. De las Garantías Civiles. Editorial Temis.
- PETIT, Eugéne Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Araujo.
- PRIETO RAVEST, Enrique Horacio Teoría General de las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile.
- PROYECTO DEL ACTUAL CODIGO DE COMERCIO
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín Curso de Derecho Mercantil. Tomo I y II. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S. A.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel      Curso de Derecho Civil. Edi  
torial Universitaria.

VALENCIA ZEA, Arturo              Derecho Civil. Tomo IV. Con  
tratos.