

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS.-**

**TRABAJO DE GRADUACION PARA OPTAR AL GRADO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS.**

TEMA:

LA FIANZA MERCANTIL

PRESENTADO POR:

CASTILLO SANTAMARIA, WILLIAN ALFREDO

QUINTANILLA MORAGA, MARIA ELIZABETH

ROMERO MELENDEZ, FLOR CONSUELO

ASESORES:

LIC. GERBERTH ENRIQUE GUARDADO MANZANO

LIC. VICTOR MANUEL ROSALES MANZANARES

ENERO DE 2004.

SAN MIGUEL, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA

NO DE TIENE 1901

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

AUTORIDADES:

**DRA. MARÍA ISABEL RODRIGUEZ
RECTORA**

**ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA
VICE - RECTOR ACADEMICO**

**DRA. CARMEN ELIZABETH RODRIGEZ
VICE - RECTORA ADMINISTRATIVA**

**LICDA. LIDIA MARGARITA MUÑOZ VELA
SECRETARIA GENERAL**

**LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA
FISCAL GENERAL**

FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL

AUTORIDADES:

**ING. JUAN FRANCISCO MARMOL CANJURA
DECANO**

**LIC. MARCELINO MEJIA
VICE - DECANO**

**LICDA. LOURDES ELIZABETH PRUDENCIO
SECRETARIA GENERAL**

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS.

**LIC. RAFAEL ANDRADE POLIO
JEFE DE DEPARTAMENTO**

**LIC. JOSE FLORENCIO CASTELLON
COORDINADOR GENERAL DE PROCESOS DE GRADUACION**

**LIC. HERBERT ENRIQUE GUARDADO MANZANO
LIC. VICTOR MANUEL ROSALES MANZANAREZ
DIRECTORES DE CONTENIDO
AREA MERCANTIL**

**LIC. MANUEL GONZALEZ MARIN
DIRECTOR DE CONTENIDO**

DEDICATORIA

A DIOS Y A LA VIRGEN DE LA PAZ

Gracias les doy por haberme dado fuerza para lograr mi triunfo que es lo mas bonito que me a pasado, por ser la luz que me ilumina en la oscuridad darme la sabiduría que necesito para lograr mis propósitos.

A MIS PADRES:

ANDRES ABELINO CASTILLO Y AMALIA DE JESUS SANTAMARIA DE CASTILLO

Gracias les doy mis viejitos lindos, por tenerme la confianza que me han brindado, por su amor, su comprensión , por el sacrificio que hicieron para que saliera adelante, este triunfo es de los dos.

A MIS HERMANOS:

SANDRA GUADALUPE CASTILLO DE BENAVIDES Y HECTOR ANTONIO CASTILLO SANTAMARIA.

Gracias les doy a mis hermanos por haberme tenido su confianza, su apoyo su sinceridad

A MIS ABUELAS:

MARIA CASTILLO Y FLORINDA SANTAMARIA.

Por siempre apoyarme y confiar siempre en mi. Gracias abuelos, los quiero mucho.

A MI NOVIA.

Florcita que me a ayudado y que nos hemos propuesto metas grandes desde el inicio de la carrera y hoy celebramos el triunfo, gracias te doy por ser como eres y estar siempre en las buenas y las malas.

A MIS COMPAÑEROS DE TESIS.

Por que juntos nos hemos apoyado para la obtención de este triunfo.

Willian Alfredo Castillo Santamaría.

DEDICATORIA

A DIOS TODOPODEROSO.

Por haber sido la fuente de guianza , ayuda ,e iluminación en todo este arduo camino.

A MIS PADRES.

Mercedes Alejandrina Moraga Sánchez y Pedro Humberto Quintanilla, por el sacrificio y esfuerzo que han hecho para la obtención de este triunfo.

A MIS HIJOS.

Alejandra Elizabeth, Adriel Benjamín y Jennifer Alina, por ser el motivo de inspiración y la fuerza para seguir adelante.

A MIS HERMANAS

Lidia Teresa y Soraya Yossedín Por todo su apoyo.

A MIS ABUELOS, TIOS Y PRIMOS

Por haber confiado siempre en mi capacidad para lograr mis metas.

A MIS COMPAÑEROS DE TESIS

Flor y William, por haberme brindado su compañerismo y Amistad en los momentos buenos y malos.

A MIS AMIGOS.

Por estar siempre presentes brindándome su apoyo sincero.

Maria Elizabeth Quintanilla Moraga.

DEDICATORIA

*Señor tu has sido para mi un refugio
En el que encontré fuerza y Victoria.
Salmo 90-1*

A DIOS Y A LA VIRGEN DE LA MEDALLA MILAGROSA

Por haber iluminado mi camino, por ser la luz que me ha guiado en el sendero del bien y darme la sabiduría y discernimiento para obtener este triunfo.

A MIS PADRES:

THELMO ROMERO Y LUCY MELENDEZ DE ROMERO

Por haberme brindado su amor, dedicación, tiempo y sacrificio desde el primer día de mi vida hasta la obtención de este triunfo.

Mamita preciosa, este logro es tuyo, sin ti esto no sería posible, sin tus esfuerzos, sin tus consejos, sin tus oraciones, por ti soy lo que soy hasta este momento, eres la mujer y madre modelo, mi ejemplo a seguir, te amo.

Papá, gracias por tu sudor y tu esfuerzo, para hacer de mí una persona de bien.

Mi triunfo es su triunfo.

A MIS HERMANOS:

ANA LUCY, JOSE THELMO, DAVID JOSUE Y GENESIS ESTHER.

Por haberme brindado su apoyo incondicional, por su gran cariño y por estar conmigo en cada momento de mi vida, por la fuerza para seguir adelante y no desfallecer, por ser mi motivo de vivir y lo que cada día me impulsa a seguir adelante.

Mis Niños Divisito y Génesis, para ustedes es este logro, gracias por sus cuidados, abrazos, besos y muestras de amor cuando más lo necesite, y por ayudarme para la obtención de este triunfo

A MIS ABUELOS.

Por su apoyo, y sus consejos, por estar brindándome a cada momento una forma de enfrentar los obstáculos y vencerlos y de este modo cumplir la meta propuesta.

A MIS TIAS Y TIOS:

ESTHER, GENARA, VIKY, RIGOBERTO Y CRISTOBAL.

Por estar siempre pendientes de mi, gracias por su ayuda y dedicación para llegar a coronar mis estudios.

A MI NOVIO:

WILLIAM ALFREDO

Por tu amor y comprensión, por estar conmigo en los momentos buenos y malos, por ser mi inspiración para seguir adelante, hasta llegar a obtener nuestro mas preciado sueño, una meta que juntos nos propusimos y juntos la hemos alcanzado. Gracias.

A TODOS MIS AMIGOS:

EN ESPECIAL Lic. EVELYN MARTINEZ DE PARADA Y SUS HIJAS PAMELA Y MELISSA, LIZETH MARLENY, Y GUADALUPE BENAVIDES.

A quienes quiero mucho por su amistad sincera y cariño incondicional, por comprenderme, aconsejarme y cooperar para mi realización profesional.

A MIS COMPAÑEROS DE SEMINARIO:

WILLIAM ALFREDO Y ELIZABETH:

Porque juntos nos propusimos llegar a consolidar lo que en un primer momento solo era un proyecto, y ahora es toda una realidad y hemos llegado a la cúspide de nuestra carrera, somos un gran equipo.

Flor Consuelo Romero Meléndez.

AGRADECIMIENTO

A DIOS TODOPODEROSO.

Por habernos iluminado, guiado y fortalecido a través de su bendita mano siendo el motor principal que nos ha impulsado para culminar este proyecto.

A LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.

Por ser una nuestra alma Mater, y habernos proporcionado todos los implementos necesarios para alcanzar este triunfo.

A NUESTROS ASESORES.

Quienes con mucho esfuerzo y dedicación nos han proporcionado su valiosa ayuda y colaboración compartiendo con nosotros sus conocimientos y su tiempo, para llegar a culminar nuestra carrera.

William, Elizabeth y Flor.

INDICE.

No Pag.

INTRODUCCIÓN.....i

CAPITULO I.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	15
2. JUSTIFICACION.....	17
3. OBJETIVOS.....	19
4. HIPOTESIS.....	20
5. MARCO TEORICO.....	21

CAPITULO II.

1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FIANZA CIVIL.....	25
1.1. LA FIANZA ES UNA INSTITUCION DEL DERECHO ROMANO.....	25
2. LA FIANZA CIVIL.....	28
2.1. CARACTERISTICAS DE LA FIANZA CIVIL.....	28
2.1.1 ES UN CONTRATO CONSENSUAL.....	28
2.1.2 ES UNILATERAL.....	28
2.1.3 ES GRATUITO.....	28
2.1.4 ES UN CONTRATO ABSTRACTO.....	29
2.1.5. ES ACCESORIO.....	30
3. REQUISITOS DE LA FIANZA CIVIL.....	31
3.1 EL CONSENTIMIENTO.....	31
3.2 LA CAPACIDAD PARA OTORGAR LA FIANZA.....	31
3.3 OBJETO.....	32
3.4 LA CAUSA.....	34
4. CLASIFICACION DE LA FIANZA CIVIL.....	34
4.1. LA QUE ATIENDE A SU ORIGEN.....	34
4.2. LA QUE ATIENDE A LA GARANTÍA QUE RESPALDA LA OBLIGACIÓN.....	35
4.3 EN CUANTO AL LÍMITE DE LA RESPONSABILIDAD.....	37
4.4. POR EL DERECHO QUE LA REGULA.....	40
4.5 POR RAZÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA.....	41
4.6 POR SU FINALIDAD.....	42

5. EFECTOS DE LA FIANZA CIVIL.....	42
5.1. EFECTOS ENTRE EL ACREEDOR Y EL FIADOR.....	42
5.1.1. EL BENEFICIO DE EXCUSION.....	43
5.1.2. REQUISITOS AL BENEFICIO DE EXCUSION DE BIENES.....	44
5.1.3. EL BENEFICIO DE DIVISION.....	45
5.1.4. LA EXEPCION DE SUBROGACION.....	46
5.1.5. LAS EXCEPCIONES PERSONALES Y REALES DE LA OBLIGACIÓN.....	46
5.2. EFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR.....	47
5.2.1 ANTES DEL PAGO DE LA FIANZA.....	48
5.2.2. EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE FIADOR Y DEUDOR DESPUES DEL PAGO DE LA FIANZA.....	50
5.3. LA ACCION DE REEMBOLSO.....	50
5.4. ACCION DE SUBROGATORIA.....	53
5.5. ACCION ENTRE EL MANDANTE.....	55
5.6. EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE CO - FIADORES.....	56
6. EXTINCIÓN DE LA FIANZA CIVIL.....	57
6.1. PAGO.....	57
6.2. LA DACION EN PAGO.....	58
6.3. LA COMPENSACIÓN.....	59
6.4. LA REMISIÓN.....	60
6.5. LA CONFUSIÓN.....	60
6.6. LA FUERZA MAYOR.....	60
6.7. LA TRANSACCIÓN.....	61
6.8. LA CONDICIÓN RESOLUTORIA.....	61
6.9. EL TÉRMINO EXTINTIVO.....	62
6.10. LA RESCILIACIÓN.....	62
6.11. LA NULIDAD.....	62
6.12. LA PÉRDIDA DE LA SUBROGACIÓN.....	62

CAPITULO III

1. ADVENIMIENTO DE LA FIANZA MERCANTIL EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA...	64
1.1. CONCEPTO DE LA FIANZA MERCANTIL.....	66
1.1.1. EL CRITERIO SUBJETIVO.....	67
1.1.2. EL CRITERIO OBJETIVO.....	67
1.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MERCANTIL EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA...	68
2. LAS SOCIEDADES AFIANZADORAS.....	68
2.1. CONSTITUCION DE LA SOCIEDADES AFIANZADORAS.....	70
3. LOS BANCOS.....	71
4. EL BANCO MULTISECTORIAL DE INVERSIONES.....	72
5. EL BANCO DE FOMENTO AGROPECUARIO.....	73
6. LAS SOCIEDADES DE GARANTIA RECIPROCA.....	73
7. CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE FIANZA MERCANTIL.....	75
7.1 ES UNCONTRATO UNILATERAL.....	75
7.2 ES ADEMAS UN CONTRATO BILATERAL.....	76
7.3 LA FIANZA MERCANTIL ES ONEROSA.....	76
7.4 NO ES COMUTATIVO NI ALEATORIO.....	77
7.5 ES UN CONTRATO ACCESORIO.....	78
7.6 ES UN CONTRATO SOLEMNE.....	79
8. REQUISITOS DE LA FIANZA MERCANTIL.....	81
8.1 LA CAPACIDAD.....	82
8.2 EL CONSENTIMIENTO.....	83
8.3 EL OBJETO.....	84
8.4 LA CAUSA.....	87
9. CLASIFICACION DE LA FIANZA MERCANTIL.....	88
9.1 FIANZA CONVENCIONAL.....	89
9.2 FIANZA JUDICIAL.....	90
9.3. FIANZA LEGAL MERCANTIL.....	98

10. EXTINCIÓN DE LA FIANZA MERCANTIL.....	122
11. DIFERENCIAS ENTRE FIANZA CIVIL Y MERCANTIL.....	124

CAPITULO IV.

1. EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO.....	128
2. BENEFICIOS DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO.....	128

CAPITULO V.

1. CONCLUSIONES.....	132
2. RECOMENDACIONES.....	135
BIBLIOGRAFÍA.....	137
ANEXOS	

INTRODUCCION.

El contrato de fianza en términos generales, es un contrato que conocido desde el derecho Romano, ha mantenido por varios siglos su estructura normativa original. El derecho la mayoría de las veces evoluciona con la historia, y cuando esta trae transformaciones extraordinarias, obviamente afectan las instituciones jurídicas. Si bien el instituto de la fianza no se ha transformado en su estructura, si se ha transformado en su vivencia. Aquel contrato accesorio, incidental, algunas veces necesario y la mayoría de las veces subutilizado, llamado la fianza civil, adquiere en los últimos decenios un renovado interés. La Fianza se remoja, y su función original de garantizar al acreedor el cumplimiento de la obligación del deudor, ya no es huérfana. La exigencia de garantizar el cumplimiento de contratos de Obra Publica, Suministros, Consultarías y concesiones, vuelve necesaria el otorgamiento de fianzas como de mantenimiento de Oferta, de Anticipo, de Buena Obra o de Cumplimiento de Contrato; la necesidad de garantizar la responsabilidad objetiva por daños a terceros; la de garantizar la probidad en el ejercicio de un cargo publico; la de garantizar la responsabilidad por errores u omisiones en el ejercicio de una actividad comercial, son exigencias novedosas que han hecho necesario un nuevo análisis de la institución de la fianza a la luz de las modernas necesidades del comercio nacional o internacional, tomando entonces el nombre de Fianza Mercantil.

En definitiva, dos son los cambios de forma de la fianza:

El cambio relacionado con su función primaria, y el cambio relacionado con el sujeto comprometido con la fianza. Estos cambios da como resultado el cambio de la naturaleza jurídica de la fianza, transformándose la fianza civil en fianza mercantil.

CAPITULO I.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Por acuerdo tomado por el Poder Ejecutivo el 22 de Julio de 1854, se nombró una comisión integrada por los Licenciados José Maria Silva, Don Ángel Quiroz, asociados con el señor general Joaquín E. Guzmán, a fin de que se ocuparan de preparar un proyecto de Código de Comercio y de su Ley de Enjuiciamiento. La comisión trabajo en la ciudad de San miguel y entregó su trabajo el 10 de febrero de 1855, el cual entro en vigencia el primero de diciembre de mil ochocientos cincuenta y cinco, el cual fue editado por la Imprenta Del Triunfo, en la ciudad de Cojutepeque. El Código sin embargo era una copia más o menos exacta del Código de Comercio Español de 30 de mayo de 1829. Este fue el Primer Código de Comercio.

Posteriormente al Código de Comercio de 1855, se promulgo el 1 de mayo de 1882, un nuevo Código de Comercio – el segundo – Fundamentalmente se conservó invariable el código precedente, pero se introdujeron algunas innovaciones en lo que se refieren a la compraventa mercantil, seguros, sociedades mercantiles, letra de cambio, etc.

Seguidamente se decretaron reformas relacionadas con la quiebra, se promulgó la Ley Especial de Compañías Anónimas, etc, por lo que pronto se sintió la necesidad de un nuevo Código de Comercio. En razón de ello, vista la necesidad de un nuevo Código de Comercio, calcado en los principios modernos del derecho mercantil, se promulga un Tercer Código de Comercio, que entra en vigencia el 17 de marzo de 1904. Este el Código de Comercio que estuvo vigente hasta el 1 de abril de 1971. En ese periodo intermedio, se dictaron leyes dispersas relacionadas con el derecho mercantil y financiero.

La característica común de estos Códigos de Comercio, es que en ninguno de ellos aparece reglamentada la Fianza Mercantil. Tal contrato aparece regulado de manera sistemática, en el actual Código de Comercio, vigente desde 1971.

En los primeros tres Códigos de Comercio, no aparece reglamentada la fianza mercantil. Aparece si en el Código de 1904, una institución ligeramente semejante a la fianza, como es el contrato de seguro. Es entonces la fianza mercantil, como figura reglamentada de data reciente.

Es así que nace la figura jurídica de la fianza mercantil, y a partir de entonces se promulgan leyes y normas destinadas a reglamentar la fianza mercantil. Aparecen entonces normas como la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, (Licoa), que empezaron a restringir el otorgamiento de fianzas mercantiles, siendo esta una facultad propia de las Instituciones de Crédito. (Bancos) Se da luego una proliferación de sociedades cuyo giro normal es el otorgamiento de fianzas de diversa naturaleza, y es tal su desarrollo que el legislador ve la necesidad de regular especialmente el otorgamiento de las fianzas mercantiles, emitido para ello la Ley de Sociedades de Seguros, la cual expresamente reglamenta todo lo relacionado con el otorgamiento de las fianzas y el funcionamiento de las sociedades y empresas dedicadas a tal giro.

La fianza mercantil no es una figura autónoma o divorciada de la fianza civil, de manera que el estudio de la fianza mercantil se hará en paralelo a la civil, puntualizando sus diferencias y su utilidad practica.

Aparece pues la fianza mercantil., contemplada en el libro Cuarto Titulo Décimo Cuarto Capitulo Dos en el artículo Mil quinientos treinta y nueve.

La fianza civil, aunque es un contrato importante del derecho civil, resulta opacada por la fianza mercantil, y dado que la misma, se ha desarrollado en los últimos decenios, conviene su análisis detenido y exhaustivo. El estudio de la fianza mercantil será tratado y estudiado desde su aparición en el Código de Comercio de 1971, y en relación a todas las leyes mercantiles y financieras afines vigentes en la Republica de El salvador.

2. JUSTIFICACION.

Más que el deseo, la necesidad es la que nos lleva a contratar una fianza, ya que en muchas ocasiones es una condición para firmar contratos, realizar determinadas acciones u obtener ciertos beneficios de la ley.

Actualmente son muchas las actividades que requieren ser garantizadas mediante la rendición de una Fianza, por ejemplo las sociedades exigen Fianzas de fidelidad a sus factores o administradores; para garantizar el manejo de Fondos Circulantes, como Tesoreros, Guardalmacenes; la realización de obras o proyectos, deben rendir fianzas de cumplimiento ambiental que garantice planes de prevención, reparación o contingencia; determinados cargos públicos como el de tesorero, ejecutor de embargo, exigen el otorgamiento de una fianza previo a ejercer el cargo; la reglamentación de transito en especiales casos exige una fianza Mercantil para responder por eventuales daños materiales o personales causados a terceras personas. Las casas de corredores deben constituir previo al inicio de sus operaciones una garantía, para asegurar el cumplimiento de todas sus obligaciones como intermediarios de valores, en beneficio de sus clientes presentes o futuros que tengan o llegaren a tener en razón de sus operaciones de intermediación de valores. De modo que estos son solo algunos casos en los que se necesita rendir una fianza de naturaleza Mercantil, quedando entonces justificada la necesidad de estudiar dicho institución.

Es dentro de este panorama que se genera otra preocupación que consiste esencialmente en la manera de cómo hasta hoy se ha venido regulando la Fianza Mercantil ya que como se ha dicho anteriormente esta es de gran importancia dentro de las expectativas de globalización en que se verán envueltas las relaciones Comerciales a nivel Nacional, nos referimos al llamado "*Tratado de Libre Comercio*", es precisamente por ello que la regulación que existe de esta figura hasta la actualidad no es amplia individual y suficiente, debido a su gran relevancia jurídica dentro del comercio actual y futuro.

Por lo tanto es preciso e impostergable que se realicen una serie de innovaciones, en cuanto a reglamentación jurídica y doctrinal se refiere, las cuales incluyan aspectos de carácter estipulatorio, de

formalidades condicionales en lo referente a la manera en que dicho contrato será celebrado con empresas e instituciones extranjeras, y las consecuencias de competencia judicial y empresarial que generaría el incumplimiento de dichas obligaciones por parte de las empresas contratantes etc.

Para finalizar el anterior planteamiento, caben las siguientes interrogantes:

- ¿Cuáles serán los mecanismos Legales a utilizar para la celebración de contratos entre el Estado y los particulares, que incluyan la Fianza de carácter Mercantil ?
- ¿En base a qué condiciones y cuáles serán las cláusulas estatutarias que privaran en la realización de dichos Contratos?

Por otro lado, se hace necesario el estudio de la misma, puesto que la Fianza en materia Civil propiamente dicha no responde a las exigencias actuales de la actividad Comercial, como es sabido que muy pronto con la posible aprobación del Tratado de Libre Comercio (TLC.) el país se vera inmerso dentro de un mundo empresarial totalmente transformado en sus políticas de Comercio, de transacciones y de contratos en general.

Es menester hacer notar que dentro de estas expectativas la Fianza dentro de materia Mercantil se impone como una necesidad moderna de ahí la importancia e inpostergabilidad que merece la realización de dicho estudio, por supuesto a la luz de los principios del derecho Civil, con el propósito específico de estudiar todos los tipos de Fianza Mercantil que se exigen en el momento actual.

Finalmente se espera que con la elaboración del presente trabajo de investigación se propicie para el medio académico una fuente de consulta que pueda servir para mejorar y estimular la preparación profesional de los mismos.

3. OBJETIVOS.

GENERAL.

- Conocer en sentido amplio, la manera que opera el Contrato de Fianza Mercantil entre las personas naturales, las sociedades, empresas Mercantiles, Instituciones de Fianza e Instituciones Oficiales a nivel Nacional.

ESPECIFICO

- Estudiar sistemáticamente la figura de la Fianza en cuanto a su conceptualización, clasificación y operacionalización dentro del ámbito doctrinario y Legal.
- Analizar las diferentes particularidades de la Fianza, que nos permitieron establecer la función de esta figura en el ámbito Mercantil, y sus diferencias esenciales con el Civil.

4. HIPOTESIS.

GENERALES.

1. A menor participación de los Contratos de Garantía, mayor ineficiencia para el cumplimiento de las obligaciones, tanto principales como accesorias.

2. A mayor auge de la Economía Nacional dentro del Tratado del Libre Comercio mayor amplitud de las Empresas, para establecer dentro del giro comercial contratos accesorios derivados de contratos principales.

ESPECIFICOS.

1. La Fianza Mercantil derivada de la Fianza Civil conlleva a una diferenciación planteada de la analogía del Código Civil y Código de Comercio.

2. La existencia de una actividad comercial dentro de las diferentes áreas sociales existentes en nuestro país caracteriza el surgimiento del contrato de Fianza Mercantil como una forma de garantizar las obligaciones que de esta actividad comercial resulten.

5. MARCO TEORICO.

CONTRATO DE FIANZA MERCANTIL.

En nuestra investigación haremos énfasis en el estudio de la Institución que nos ocupa tomando en cuenta los diferentes conceptos que se manejan a nivel doctrinario a partir del punto de vista de varios autores que conceptualizan el Contrato de Fianza Mercantil partiendo de varios aspectos tales como la naturaleza de la misma, el carácter accesorio, la garantía que esta requiere para con el acreedor y el deudor, la aplicación y definición dentro de las diferentes ramas del derecho como Civil y Mercantil, de este modo y estableciendo los diferentes aspectos que el Contrato de Fianza Mercantil requiere, se establece los siguientes conceptos:

Vásquez Martínez, Edmundo, define la Fianza Mercantil partiendo de la diferenciación Civil y Comercial de la siguiente manera:

- **EN SENTIDO AMPLIO.**
- El término Fianza es sinónimo de garantía o caución, que se atribuye para asegurar el cumplimiento de obligaciones, así conceptuada la Fianza, puede comprender desde la simple caución juratoria hasta la prenda y la hipoteca.
- **EN SENTIDO ESTRICTO.**

Es el que la identifica con la garantía Personal que se presta al asumir un tercero el compromiso de cumplir la obligación si no lo hace el deudor Principal.

- **EN SENTIDO LEGAL.**

La Fianza es uno de los Contratos de los cuales se ocupa tanto el Código Civil como el Mercantil, de ahí que la definición aparezca únicamente en el Primero de los Códigos mencionados: “Por el Contrato de Fianza una persona se compromete a responder de las obligaciones de otra”. Ahora bien el Código de Comercio al ocuparse de la Fianza, lo hace partiendo de las premisas de que sus disposiciones se aplican a las fianzas que otorguen las afianzadoras autorizadas de conformidad con la ley.

De conformidad con lo anterior, podemos definir el Contrato de Fianza Mercantil **como aquel Contrato por el cual una afianzadora a cambio de una retribución, (Prima), se compromete con el acreedor a responder de las obligaciones de otro, (Fiado), para el caso del incumplimiento.**

Según Manuel Osorio. Obligación accesoria que uno contrae para seguridad de que otro pagará lo que debe o cumplirá aquello a que se obligó, tomando sobre sí el fiador, verificarlo él en el caso de que no lo haga el deudor principal, el que directamente estipulo para sí. También la prenda que da el contratante en seguridad del buen cumplimiento de su obligación. La cosa que se sujeta a esa responsabilidad, especialmente cuando es dinero que pasa a poder del acreedor o se deposita o consigna.

Alessandri Somarriva. Este lo define como el cumplimiento de una obligación accesoria que deriva de la obligación principal contraída entre el acreedor, deudor y fiador, en donde un tercero ajeno a la obligación se compromete para con el acreedor si el deudor principal no la cumple.

Dr. Carlos Alfredo Ramos Contreras. La Fianza es simplemente una garantía de una obligación preexistente, en el sentido de que el deudor no cumple con la prestación, el fiador responde de ese incumplimiento pagando la deuda cuando esta no se puede pagar o pagando una indemnización en los casos en que esta deuda no es susceptible de pago, porque no se trata de cosas fungibles.

Glosario de términos más usuales en la Administración Pública Federal de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

Diccionario Bancario y Bursátil , Armando Ibarra Hernández, La Fianza es la que se establece respecto a todos los intermediarios que son socios de una firma para proteger a la misma de pérdidas que ocurran por operaciones fraudulentas o por falsificación, pérdida o destrucción de títulos.

Diccionario de Economía y Negocios , Arthur Andersen, considera que la Fianza es aquella que otorga una compañía afianzadora obligándose a resarcir un daño.

CÓDIGO CIVIL. DE EL SALVADOR, Art. 2086 CC. – 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 en parte, si el deudor principal no la cumple.

La Fianza puede constituirse, no solo a favor del deudor principal, sino de otro fiador.

CÓDIGO DE COMERCIO DE EL SALVADOR Art. 1539 CCom. Es mercantil el Contrato de Fianza que se constituya por Empresas que, dentro de su giro ordinario, practiquen dicha operación y la otorgada por Instituciones Bancarias.

CÓDIGO CIVIL ALEMAN. Por el Contrato de Fianza el Fiador se obliga hacia el acreedor de otro a responder del cumplimiento de la deuda de este.

DICCIONARIO JURIDICO ESPASA. Es la obligación que un o hace de cumplir por otro si este falta a sus compromisos.

Garantía Personal que se constituye asumiendo un tercero el compromiso de responder del cumplimiento de una obligación si no la cumple el deudor principal.

CAPITULO II.

1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FIANZA CIVIL.

1.1. LA FIANZA ES UNA INSTITUCION DEL DERECHO ROMANO.

Desde cualquier punto de vista, el concepto de fianza responde a la primigenia estructura Romanista. En el derecho civil romano, coexistieron simultáneamente, los contratos de garantía, fianza, prenda e hipoteca, con la salvedad, que a diferencia de la época actual en que la hipoteca es la reina de las garantías, en aquel momento, la fianza personal, constituía una caución más fiable. Era la opinión dominante de la época que el acreedor tenía más seguridad del cumplimiento de la obligación del deudor, si de aquella respondía un fiador, persona honorable y con patrimonio suficiente. Eugene Petit, en su tratado de derecho romano, Pág., 357, lo explica de este modo: “Es cierto que en los comienzos los romanos han preferido la garantía personal, realizada por la solisdatio, es decir 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, sobre todo por el disfrute abusivo del *ager públicos*, (*burócratas*) la mayoría de la población se componía de labradores y pastores, frecuentemente arruinados por la guerra. Cuando recurrían al préstamo, los instrumentos de trabajo y el pequeño campo del deudor no podían ofrecer al acreedor una seguridad real suficiente; hallaban una garantía más eficaz en la intervención de los amigos o de los parientes del prestatario, que se comprometían como *adpromissores*. De ahí el empleo tan frecuente del procedimiento de la fianza.”

En determinado momento histórico, no obstante que la hipoteca era una garantía más segura, los acreedores preferían la fianza personal.

En la antigüedad, las cauciones comprendían tres especies: a) Los sponsors; b) los fidepromissores, y c) los fidejutores. Los primeros existieron en los comienzos del derecho romano, se comprometían a

“responder”, pero solo se permitía a ciudadanos romanos. Después se permite comprometerse a los ciudadanos y a los extranjeros, llamándose entonces fidepromissor. Los sponsors y los fidepromisores, estaban regidos por los mismos principios, tales como ser personalmente deudores, son deudores accesorios, son mandatarios del deudor principal. Aparecen luego varias leyes, como la Ley Apupuleia, la Ley Furia, la Ley Cicereia, la Ley Cornelia, todas las cuales formulaban reglas que disminuían la garantía ofrecida por los sponsors y fidepromisores, por lo que estas dos cauciones cayeron en desuso, de manera que únicamente subsistió la institución de los *fidejussoribus o fiadores*, teniendo como característica en que la obligación del fiador era una obligación accesoria destinada a garantizar una obligación, cuyas dos consecuencias principales son que se une siempre a una obligación principal, y que debe tener el mismo objeto de la obligación principal. También lo caracteriza el beneficio de división de la deuda, cuando hay varios fiadores, y el beneficio de discusión ahora llamado beneficio de excusión de bienes. Pero la característica común de ambas especies de caución era que las obligaciones contraídas no se transmitían a los herederos.

En el derecho romano, la sponsio y la fideipromissio no permitían la transmisión de las obligaciones del fiador a los herederos; posteriormente la fidesjussio (fiador-fianza) le dio el carácter de transmisibles. El antiguo derecho francés volvió a la primitiva regla romana de la intransmisibilidad, que el Código Francés rechazó. Estos principios básicos de la fianza del derecho romano, son ordenados y sistematizados por el Código de Napoleón. El Código Civil Napoleónico era un texto ecléctico que reunía principios de la Revolución -espíritu de igualdad y libertad de los ciudadanos, abolición del régimen feudal, libre acceso a la propiedad y aplicación del individualismo como base del derecho **preceptos del derecho romano** y normas del antiguo régimen. Este Código de Napoleón o Código Civil Francés, fue traducido al español por el poeta, escritor y jurisconsulto Andrés Bello, y que fue promulgado como el Código Civil Chileno. Bello, siguiendo el ejemplo francés, estableció de modo expreso que los derechos y las obligaciones de los fiadores son transmisibles a sus herederos. El Código Civil Salvadoreño, promulgado en 1860, aún

vigente con sus reformas, sigue la línea romanista, y la fianza no se escapa de tal influencia. En definitiva la fianza civil consagrada en el Código Civil Salvadoreño responde a los principios romanistas.

Se ha dicho con propiedad que no existe una teoría de los contratos mercantiles, y con ello se quiere significar que cualquier contrato u obligación mercantil responde a los mismos principios y conceptos del derecho civil, de manera que no puede hablarse del derecho mercantil como una disciplina jurídica autónoma del derecho civil. El concepto de deudor, acreedor, plazo, prescripción, fianza, etc., tienen el mismo significado en ambas disciplinas. En razón de ello, al analizar la fianza mercantil, es preciso establecer los principios que informan la fianza civil, de manera que al analizar la fianza mercantil podamos identificar sus diferencias, es decir puntualizar su naturaleza jurídica, vale decir establecer la semejanza aparente y la diferencia específica de ambos tipos de fianza. La fianza mercantil es una derivación de la fianza civil, por consiguientes deben quedar claros los principios jurídicos básicos en la que descansa esta. En general los contratos de garantía tienen por fin asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Entre estos se encuentra la fianza, prenda, hipoteca, anticresis.-

Todo crédito tiene como garantía el patrimonio entero del deudor a lo que se llama **Derecho de Prenda General**, consignado en el Art. 2212C, que establece que toda obligación personal da al acreedor del derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes del deudor.

Más como es posible que el deudor pierda su patrimonio ya por negligencia, por fraude, desapareciendo maliciosamente sus bienes etc., aparece la utilidad de los contratos de garantía, por medio de los cuales se asegura la efectividad de los derechos del acreedor, previniendo el riesgo de insolvencia del deudor. Puede ser la garantía personal o real, según prevenga del compromiso contraído por un tercero o de la afectación de bienes determinados a la seguridad del crédito. la primera de estas especies da lugar al contrato de fianza personal, y la segunda al Contrato de prenda, hipoteca y anticresis.

En un sentido amplio se llama **Fianza o Caución**, cualquier garantía, pero en sentido estricto, es la garantía personal que se constituye asumiendo un tercero el compromiso de responder del cumplimiento de la obligación, si no la cumple el deudor principal.

2. LA FIANZA CIVIL.

En términos puramente civilistas, Álvaro Pérez Vives, en su libro “GARANTIAS CIVILES”, define la fianza como una garantía personal accesorio, en virtud de la cual una o mas personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple.

2.1. CARACTERISTICAS DE LA FIANZA.

El contrato de fianza civil, es un contrato consensual, unilateral, gratuito y abstracto. La fianza mercantil como se explicará más adelante es un contrato solemne, unilateral, oneroso, accesorio, causal.

2.1.1. ES UN CONTRATO CONSENSUAL.

No existe dentro del código ninguna disposición que expresamente manifieste que es consensual, pero desde luego que para su perfeccionamiento no se exige ninguna formalidad se sobreentiende consensual, es decir perfecto por el solo consentimiento de acreedor y fiador. Excepcionalmente es solemne, como la que se exige a un tutor o guardador.

2.1.2. ES UNILATERAL.

Porque el único que contrae obligación es el fiador, frente al acreedor que no contrae obligación alguna.

2.1.3. ES GRATUITO.

Por regla general, la fianza es un contrato gratuito. Este carácter surge en relación con el deudor y no frente al acreedor, ya que en la fianza el deudor no tiene arte ni parte en el contrato. La gratuidad consiste en que el deudor se beneficia gracias a la intervención desinteresada y generosa del fiador, como dice BODRY-LACANTINERIE. Aunque SOMARRIVA UNDURRADA, observa que el acreedor, igualmente recibe el beneficio gratuito de una garantía para su crédito. Nada obsta que el contrato sea remunerado, es decir que el deudor pacte una retribución al fiador, por su garantía. En este caso se vuelve oneroso.

2.1.4. ES UN CONTRATO ABSTRACTO.

Este es uno de los pocos actos jurídicos que escapan a la teoría de la causa. Al decir que la fianza es un acto jurídico abstracto se está indicando que la obligación del fiador nace de su consentimiento, abstracción hecha de la causa, es decir, si el fiador acepta serlo en virtud de una contrapartida que le ha prometido o pagado el deudor, por mera liberalidad o guiado por un móvil determinante diferente que juegue el papel de causa del acto jurídico. En definitiva no es un contrato causal, con causa determinada, por lo que como bien lo dice Ramón Meza Barros, los anticausalistas están de plácemes. No se advierte claramente causan en el contrato de fianza.

Si hay promesa de remuneración del deudor sigue siendo gratuita, porque el deudor no es parte del contrato. Si el acreedor pacta remuneración con el fiador, para que este responda por la eventual mora del deudor, entonces el contrato degenera en un contrato de seguro.

2.1.5. ES ACCESORIO.

Del tenor literal del artículo 2086 C., queda determinado que la fianza es una obligación accesoria, que accede naturalmente a un contrato principal. Las consecuencias principales de la accesoriadad son las siguientes:

Uno. Al extinguirse la obligación principal se extingue la fianza. El Art. 2131 numeral 3., expresa que la fianza se extingue en todo o en parte por la extinción de la obligación principal. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Si la obligación principal es nula, lo es la fianza a la cual accede, pero no lo contrario.

Dos. El fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal, reza el Art. 2093 inc. Primero.

Tres. No puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, no solo con respecto a la cuantía, como cuando el deudor no estaba obligado a los intereses moratorios, y el fiador si; no puede obligarse en términos mas gravosos en cuanto al tiempo, como cuando al deudor se le concedió un año, y al fiador seis meses; no puede obligarse en términos más gravosos en cuanto al lugar, como si el deudor debe pagar en su domicilio, y al fiador se le obliga a pagar en un domicilio diferente; no puede obligarse en términos más gravosos en cuanto al modo de pago, como cuando al deudor se le permite pagar por mensualidades y al fiador de contado, etc., según se dispone en el artículo 2094.

Cuatro. Puede obligarse no en forma más gravosa, pero si más eficaz, como cuando para mejor garantizar al acreedor otorga una garantía prendaria o hipotecaria, según lo dispone el Art. 2094, inciso ultimo.

3. REQUISITOS DE LA FIANZA.

Como todo contrato, la fianza debe de reunir las condiciones de consentimiento, capacidad, objeto y causa.

3.1. EL CONSENTIMIENTO.

La fianza es regularmente un contrato consensual que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes. Tal consentimiento desde luego debe estar exento de error, fuerza o dolo, y debe ser expreso. Así lo requiere el Art. 2097 C, que manifiesta que la fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso. Es tal consentimiento, la manifestación precisa de la voluntad del fiador que manifiesta su intención de afianzar a determinado deudor, por determina cantidad, determinada obligación, por determinado plazo, bajo ciertas modalidades. Su consentimiento expreso determina el alcance de su responsabilidad.

Tal manifestación de voluntad únicamente corresponde expresarla al fiador, que es el sujeto pasivo de la obligación, no requiriéndose el consentimiento del afianzado o deudor, porque el vínculo se establece entre el fiador y el acreedor. En razón de ello, el artículo 2095 C., que se puede afianzar sin orden y aun sin noticia y contra la voluntad del principal deudor.

3.2. LA CAPACIDAD PARA OTORGAR LA FIANZA.

El contrato debe de ser otorgado por persona con capacidad para contraer obligaciones. Se sigue la regla general del Art. 1316 C, de que el contratante sea legalmente capaz, es decir que no adolezca ninguna incapacidad. De modo que entre nosotros, el principio es que toda persona capaz puede servir de fiador. El Art. 2100 C, expresamente manifiesta que el obligado a dar fianza debe dar **un fiador capaz de obligarse**.

Lógicamente quedan excluidos como fiadores los menores de edad, (art. 26 C), los dementes, los sordos que no pueden darse a entender de manera indudable. Art. 1318 C. Sin embargo algunas incapacidades no son absolutas, como en los siguientes casos.

El Art. 232 C.F., expresamente establece la prohibición especial de que los padres no podrán obligar al hijo como codeudor o **fiador**.

Existe también incapacidad para constituir en fiador al pupilo por parte del tutor, ya que este no puede otorgar ningún contrato que comprometa el patrimonio del pupilo, salvo que sea autorizado judicialmente, tal como lo establece el Art. 322 numeral 2 C.F.

Puede sin embargo el hijo de familia constituirse fiador previa autorización de los padres o de la persona que en su defecto ejerza la administración y responderán con los bienes que hubiere adquirido mediante su trabajo o industria, tal como lo dispone el Art. 237 C.F.

Históricamente, los obispos, religiosos, la mujer casada, etc, carecían de la capacidad de constituirse fiadores, circunstancia totalmente superada actualmente.

3.3. OBJETO.

El objeto del contrato de fianza puede verse desde dos puntos de vista: Desde el punto de vista del objeto de la prestación debida, y desde el punto de vista de la obligación garantizada.

Es más aceptable la tesis que sostiene que el objeto de la obligación del fiador debe ser el pago de una suma de dinero. La duda resulta de la lectura del artículo 2093 C, que enuncia que puede obligarse a pagar una suma de dinero.... dando lugar a pensar que es potestativa la obligación de pago de dinero, y que se podría pagar de otra manera o forma. Sin embargo tal duda se despeja a tenor del último inciso del mismo artículo que estipula que la obligación de pagar una cosa que no sea dinero en lugar de otra cosa o de una suma de dinero, no constituye fianza. Consideraron los romanos que la fianza por ser un contrato accesorio, debía tener como objeto el de la obligación principal. Se exigía, pues, que el objeto de las obligaciones del

deudor principal y del fiador fueran iguales. La fianza jamás podía referirse a un objeto distinto del de la obligación principal. Bajo esta consideración, si el deudor se obligaba a entregar cereales, el fiador debía entregar algo semejante. Este principio fue abandonado, y se adoptó el que establece que el objeto de la prestación del contrato de fianza, es únicamente pagar una suma de dinero. Si la prestación no es dinero, la fianza se desnaturaliza, se convierte en un contrato innominado.

El objeto de la fianza, relacionado con el tipo obligación garantizada, se resuelve en el sentido de manifestar que pueden ser objeto de fianza, las obligaciones de dar, hacer y no hacer.

Si la obligación del deudor es de dar, el cumplimiento compromete al fiador a dar o pagar siempre en dinero.

Si la obligación afianzada es de hacer, como construir un puente, el fiador no se obliga a ejecutar el hecho en lugar del deudor; garantiza únicamente el pago de los perjuicios que la infracción acarree al acreedor. El fundamento legal aparece del tenor del Art. 2093 inc. Tercero, que expresa que afianzado un hecho ajeno (de hacer o no hacer, positivo o negativo) se afianza solo la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuelva.

Si la obligación es de no hacer, - como no ocasionar daños al medio ambiente – la obligación del fiador es siempre de indemnizar perjuicios si el deudor la contraviene, esto de conformidad al Art. 1426 c, ya que la mora en la obligación de hacer se transforma en la de indemnizar.

Finalmente, el objeto de las obligaciones garantizadas, también pueden ser, tanto las obligaciones civiles o naturales, así lo dispone el Art. 2089 C, que expresa que la obligación a que accede la fianza puede ser civil o natural.

3.4. LA CAUSA.

La causa, el motivo que induce al fiador a obligarse se confunde con el consentimiento. Si el motivo del fiador de afianzar al deudor, es su mera liberalidad, podríamos decir que la fianza tiene causa aparente. El problema es que esa causa es extraña al contrato, porque como ya se ha mencionado, esa causa es en relación al deudor, que no es parte del contrato, de manera que muy difícil explicar cual es la causa de contratar del fiador en relación al acreedor. Como bien lo manifiesta Meza Barros, la obligación del fiador para con el acreedor se encontraría separada de la causa; sería una obligación abstracta. Como es lógico, los anticausalistas están de plácemes.

4. CLASIFICACION DE LA FIANZA CIVIL.

La fianza admite variadas clasificaciones, siendo las más importantes las siguientes:

4.1. LA QUE ATIENDE A SU ORIGEN:

4.1.1. CONVENCIONAL: Si resulta de la simple voluntad de los contratantes;

4.1.2. LEGAL: La que se constituye por orden de la ley, como la que se exige a los tutores o guardadores para el ejercicio del cargo.

4.1.3. JUDICIAL: La que se rinde por orden judicial, como la que se exige al depositario judicial.

Esta clasificación es a la que se refiere el artículo 2086 C, que establece que la fianza puede ser convencional, legal o judicial.

4.2. LA QUE ATIENDE A LA GARANTÍA QUE RESPALDA LA OBLIGACIÓN.

Puede ser fianza personal, fianza hipotecaria, fianza prendaria y fianza anticrética.

4.2.1. PERSONAL, FIANZA PERSONAL O SIMPLEMENTE FIANZA.

Si resulta comprometido el patrimonio entero del fiador.

La doctrina, suele referirse a diferentes tipos de fianza, como cuando dice fianza hipotecaria o fianza prendaria, pero cuando el Art. 2086 C., define la fianza, se está refiriendo estrictamente a la fianza personal, es decir aquella en la que la garantía de pago del acreedor es el patrimonio general del fiador, por lo que hablar de fianza prendaria es equivocado desde el punto de vista legal, ya que el tipo de contrato al cual se hace referencia, técnicamente se llama PRENDA, y no fianza prendaria, y que obviamente caen dentro del género de los contratos de garantía. El Art. 2134, expresa que por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito, por consiguiente, la garantía específica, es el bien mueble entregado al acreedor y no el patrimonio del fiador, aún cuando puede ser objeto de persecución.

4.2.2. FIANZA HIPOTECARIA:

Si un bien inmueble garantiza el adeudo o la obligación. El contrato de hipoteca, es un contrato de garantía, y por ello se acostumbra llamar fianza hipotecaria, y aún cuando no puede decirse que es totalmente impropio, es preferible usar el término de contrato con garantía hipotecaria y no fianza hipotecaria. Puede no obstante que el fiador para volver más eficaz su obligación constituya a favor del acreedor una hipoteca, y en tal caso si es válido hablar de fianza hipotecaria, esto es la hipoteca constituida por un fiador. En tal caso el acreedor tiene contra el fiador la acción personal de la fianza y la acción real de hipoteca.

4.2.3. FIANZA PRENDARIA:

Si es un bien mueble el que esta afecto a la obligación. Si un bien mueble está afecto al cumplimiento de una obligación, entonces decimos que estamos en presencia de un contrato de prenda. Estaremos en presencia de fianza prendaría, en aquellos casos en que el fiador, entrega al acreedor un bien mueble para garantía del crédito, el cual servirá al acreedor para hacerse pago preferente en relación a otros acreedores. Art.- 2134. C. En definitiva la fianza es prendaría cuando el fiador, además de obligarse como tal, constituye una prenda para garantizar el cumplimiento de la obligación. Naturalmente en este caso el acreedor tiene contra el fiador la acción personal que emana de la fianza y la acción real que emana de la prenda.

4.2.4. FIANZA ANTICRÉTICA:

Si la garantía son los frutos producidos por un inmueble. El Art. 2181, establece que la anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos. En tal sentido, igualmente, la anticresis es un contrato de garantía, que en este caso particular lo constituyen los frutos que produce el inmueble que servirán al acreedor para hacerse pago de su crédito. No obstante que la doctrina hace llamar a esta contrato fianza anticrética, el termino es menos utilizado, porque igualmente el contrato no se ha generalizado, pero igualmente solo es válido, hablar de fianza anticrética, si un fiador ha entregado al acreedor un bien raíz para que se haga pago con los frutos que este produzca, como cuando le entrega una finca de café, para que se haga pago con los frutos que esta produce.

4.3. EN CUANTO AL LÍMITE DE LA RESPONSABILIDAD.

Puede ser limitada, ilimitada, simple y solidaria.

4.3.1. FIANZA LIMITADA:

Cuando en el contrato se determinan precisamente las obligaciones que el fiador toma sobre si o cuando se limita a una cantidad fija de dinero. B El Art. 2097, expresa que la fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso, pero supone comprender todos los accesorios de la deuda, como los intereses y las costas. Cabe pues la posibilidad que el fiador de antemano determine los alcances patrimoniales de su responsabilidad, estableciendo límites. Este límite puede estar referido a una suma determinada de dinero, como cuando se fija una cuantía, vg. Me constituyo fiador de Luis, hasta por la suma de un mil dólares. Tal suma, determina su responsabilidad, aunado a los accesorios como los intereses y las costas que la mora en el pago de los un mil dólares produzcan. También puede tener limitaciones en cuando al tiempo, por ejemplo cuando dice el fiador que la fianza producirá sus efectos hasta una fecha determinado, pasada la cual la misma se extinguirá, según lo dispone el Art. 2091 C. También el Art. 2117 C, inciso final expresa que 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.

4.3.2. FIANZA ILIMITADA:

Cuando se expresa que garantiza toda clase de obligaciones del fiado. En este tipo de fianza no se pacta una suma determinada de dinero, ni se fija desde o hasta cuando se mantendrá vigente la fianza, sino que lo que se hace es una declaración general por virtud de la cual el fiador responderá por cualquier obligación de determinado deudor. A esta fianza también se le llama indefinida. En todos los casos en que no se limite la responsabilidad del fiador, quiere decir que la fianza es ilimitada.

4.3.3. FIANZA SIMPLE:

El fiador pues se encontraba obligado a prestar un servicio al deudor, y sin interés personal en el asunto, se hallaba expuesto a pagar la totalidad de la deuda. Esta situación tan desfavorable al fiador, fue remediado por dos beneficios concedidos al fiador, el primero llamado beneficio de división o fianza simple, y el beneficio de discusión.

En la fianza simple, el fiador goza del privilegio del beneficio de la división de la deuda, y existiendo varios fiadores, a cada uno no se le puede exigir sino una cuota dentro de la deuda total. Este beneficio o privilegio se encuentra contenido en el Art. 2117 C., que dispone que si hubiere dos o mas 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 exigir a ninguno sino la cuota que le quepa. Este es un privilegio del cual se goza de pleno derecho, y se renuncia al mismo obligándose expresamente solidariamente.

E-Petit, menciona que la Ley Furia había decidido que la deuda se dividiera de pleno derecho entre los sponsors y los fidepromisores, de suerte que el acreedor no pudiera reclamar a cada uno mas que su parte viril. De este beneficio no gozaban los fiadores, resultando obligados solidariamente, hasta que el reinado de Adriano les concedió el beneficio de división de pleno derecho, privilegio que se mantiene hasta nuestros días, según la disposición ya citada.

Gracias al beneficio de la división, el fiador no tenía que temer ya pagar el solo la totalidad de la deuda, cuando habían otros fiadores solventes, pero estaba expuesto a verse perseguido por el acreedor con preferencia al deudor principal. Era reprochable que el acreedor persiguiera primero al fiador sin atacar al deudor, y más grave aun, se consideraba una injuria, si siendo el acreedor persona solvente, se demandaba al fiador antes. Pero no existía norma que obligara al acreedor a perseguir primero al deudor, porque entonces para que servia las cauciones o garantías.

Una primera solución se presenta cuando el fiador amenazado de ser perseguido por el acreedor, podía darle mandato de obrar contra el deudor principal a su propio riesgo y suerte. Tal hipótesis romanista se conserva en nuestro código civil, en el Art. 2106 C, que expresa que el fiador podrá requerir al acreedor desde que sea exigible la deuda, para que proceda contra el deudor principal.

Una segunda opción se presentaba cuando el fiador prometía pagar lo que no había podido obtener del deudor, es decir era una obligación condicional en el sentido de que el fiador pagaría todo lo que no pagara el deudor. En función de esta opción era necesario entonces que se procediera primero a ejecutar al deudor, para establecer si podía pagar o no. Estos diversos procedimientos tenían el mismo inconveniente, no podía aplicarse sin la anuencia del acreedor, por lo que Justiniano tomo la medida radical, que el acreedor debía obrar primero contra el deudor principal y no atacar a los fiadores sino cuando no hubiera podido satisfacer su crédito. El fiador accionado primero por el acreedor podía, pues, negarse a pagar en tanto el deudor no hubiera sido perseguido, y que su insolvencia no hubiera sido comprobada. Este es el derecho que se llama beneficio de orden, de discusión o de excusión. Tal privilegio está contenido en el Art. 2107 C, que establece que el fiador reconvenido goza del beneficio de excusión en virtud del cual podrá exigir que antes de proceder contra el se persiga la deuda en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por este para la seguridad de la misma deuda, es decir que se agote el patrimonio del deudor.

En definitiva, hablar de fianza simple, significa que el fiador investido del privilegio de la división de la deuda y del beneficio de excusión de bienes.

4.3.4. FIANZA SOLIDARIA.

El Código no define la fianza solidaria. El concepto se obtiene a través de sus características. La fianza simple, se caracteriza porque el fiador goza del beneficio de división de la deuda, y del beneficio de excusión. El fiador solidario, carece de tales privilegios. Podemos entonces definir al fiador solidario como la persona a quien el acreedor puede exigirle cumplimiento de la obligación del deudor moroso, en su totalidad, no

obstante existir otros fiadores, sin que se le exija proceder previamente contra el principal obligado. La fianza solidaria no se presume, debe pactarse, pues sigue las reglas de la solidaridad. El Art. 2108, claramente en sus dos primeros numerales, dispone que para gozar del beneficio de excusión, es necesario que no se haya renunciado al beneficio de excusión. Mientras no se renuncie a tal derecho, el acreedor debe primero perseguir al deudor principal. Igualmente, para gozar del beneficio de excusión, el fiador no se debe haber obligado como codeudor solidario, porque en tal caso, si el fiador se ha obligado como codeudor solidario, implica que renunció al beneficio de excusión. También el fiador solidario está obligado al pago total de la obligación. Si existiendo varios fiadores que no se hayan obligado solidariamente, se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales, según lo dispone el Art. 2117 C. Mientras el fiador no se haya obligado solidariamente, responde únicamente por su cuota, existiendo varios fiadores. Por el contrario el fiador que se ha obligado solidariamente, puede ser obligado al pago del cumplimiento total de la obligación.

4.4. POR EL DERECHO QUE LA REGULA:

4.4.1 FIANZA CIVIL.

Es la que es otorgada por una persona sin ningún atributo especial. Puede garantizar una obligación mercantil. La Fianza será civil, si principalmente se sujeta al Código Civil. Según la interpretación integral de las normas que reglan la fianza, se debe entender que esta es prestada por una persona natural. Al menos eso se sobrentiende de todas las disposiciones que regulan la fianza. No hay indicios valederos que nos permitan sustentar que la fianza podría ser rendida por una persona jurídica, al menos dentro del contexto puramente civilista. No obstante ello, tampoco existe ninguna disposición que prohíba que las sociedades puedan obligarse como fiadores. El Art. 2096 C, nos aclara que se puede afianzar a una persona jurídica y a la herencia yacente. Pero no hay disposición expresa que declare que las sociedades o personas jurídicas puedan tener la calidad de fiadores. En todo caso, la fianza que se somete al Código Civil, será considerada fianza civil. Esto no significa que una fianza civil no pueda garantizar una obligación mercantil. Por ejemplo, cuando

alguien constituye una fianza civil en beneficio de un Factor o Gerente, para garantizar la fidelidad en el cargo. El hecho de que esté garantizando una obligación mercantil, no convierte a la fianza en mercantil, porque como se establecerá mas adelante, la naturaleza mercantil de la fianza se determina por otros elementos.

4.4.2. FIANZA MERCANTIL.

Es la que es prestada por un Banco o Empresa Mercantil debidamente autorizada, cuyo giro normal es el otorgamiento de este tipo de contrato. Su origen y naturaleza se expondrá en capítulos posteriores.

4.4.3. FIANZA PENAL.

El concepto de fianza penal, no es autónomo, sino mas bien, su característica es que su objeto es garantizar ya la comparecencia del imputado al proceso, o bien garantizar la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal. No importa, si la fianza otorgada es de naturaleza civil, por ejemplo hipotecaria, o si la fianza es mercantil, como la rendida por un banco, o si la fianza es una simple caución juratoria, sino que lo trascendente es que la fianza penal es ordenada por un juez con jurisdicción penal.

4.4.4. FIANZA LABORAL.

4.4.5. FIANZA TRIBUTARIA.

4.5. POR RAZÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

4.5.1. FIANZA SIMPLE. La Simple es para garantizar una obligación principal de un deudor.

4.5.2. FIANZA DOBLE O SUBFIANZA O REAFIANZAMIENTO. La doble es la que garantiza otra fianza

Art. 2086 C.C. Inc. Final.-

4.6. POR SU FINALIDAD.

4.6.1. FIANZAS PARA MANTENIMIENTO DE OFERTA.

4.6.2. FIANZA DE ANTICIPO.

4.6.3. FIANZA DE BUENA OBRA O DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO;

4.6.4. FIANZA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR DAÑOS A TERCEROS;

4.6.5. FIANZA DE FIDELIDAD EN EL DESEMPEÑO DEL CARGO O FUNCIONES.

4.6.6 FIANZA PARA GARANTIZAR LA RESPONSABILIDAD POR ERRORES U OMISIONES EN EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD COMERCIAL.

4.6.7. FIANZA PARA EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES LIQUIDAS.

4.6.8. DE CUMPLIMIENTO AMBIENTAL.

4.6.9. PARA GARANTIZAR LA COMPARECENCIA EN JUICIO.

5. EFECTOS DE LA FIANZA CIVIL.-

Los efectos de la fianza se enfocan desde tres puntos de vista:

- 1) Efectos de la fianza entre el acreedor y el fiador
- 2) Efectos de la fianza entre el fiador y el deudor
- 3) Efectos de la fianza entre los cofiadores.

5.1. EFECTOS ENTRE EL ACREEDOR Y EL FIADOR

Los efectos de la fianza entre el acreedor y el fiador deben considerarse en dos momentos: Antes y Después que el acreedor reconvenga al fiador. La reconvencción debe entenderse como la solicitud de pago

hacha por el acreedor al fiador cuando el deudor no ha cumplido. Cuando el acreedor no ha solicitado el pago, el fiador puede anticiparse al reclamo y realizar el pago. Así lo dispone el Art. 2103, C., cuando expresa que el fiador podrá hacer el pago de la deuda, aun antes de ser reconvenido por el acreedor.

Igualmente el fiador tiene el derecho de exigir al acreedor que proceda a pedir el cumplimiento de la obligación, cuando esta se ha vuelto exigible. Tal derecho se fundamenta en el interés del fiador de que el acreedor sea diligente en el cobro, ya que la negligencia puede dar como resultado, que una acción tardía sea ineficaz por haber perdido el deudor su solvencia. Tal derecho ha quedado consignado en el Art. 2106 C., que establece que el fiador retarda cobro, pese al llamado de ejecutar al deudor, libera al fiador de su responsabilidad.

En cuanto al acreedor, tiene la facultad de perseguir al fiador directamente, sin obligación de preceder previamente contra el deudor, ya que el derecho de exigir nace en el momento mismo cuando el deudor principal no cumple. Que este a favor del fiador el beneficio de orden o excusión, no implica prohibición al fiador de proceder ya que el fiador debe alegar ese derecho u oponerlo como defensa, de manera que si no lo hace, renuncia tácitamente a ese derecho. Art. 2086 C.

En definitiva, los efectos que se dan entre acreedor y fiador, se concretizan en que el fiador puede defenderse del acreedor mediante cuatro derechos:

Uno. Oponer el beneficio de excusión.

Dos. Oponer el beneficio de división.

Tres. Oponer la excepción de falta de subrogación.

Cuatro. Oponer las excepciones reales inherentes a la obligación Art. 2107, 2117, 2104 y 2105 C.

5.1.1. EL BENEFICIO DE EXCUSIÓN

Como ya se ha manifestado el acreedor tiene la facultad de proceder indistintamente contra el deudor o fiador, sin respetar ningún orden. Corresponde al fiador ejercer o alegar el derecho al beneficio de

excusión. Tal regla se deriva del Art. 2107 C., que establece que el fiador podrá exigir que antes de proceder contra el se persiga la deuda en los bienes del deudor principal. No exigir ese derecho implica renunciar al mismo.

Con tal reglamentación es claro que el acreedor no esta obligado a perseguir primero al deudor y posteriormente al fiador.

Sin embargo la ley regula varias situaciones en las que el acreedor esta obligado a practicar la excusión, es decir obligado a proceder primero contra el deudor principal.

- A) Cuando se estipulo expresamente su obligación de proceder prioritariamente contra el deudor.
- B) Cuando el fiador se ha obligado a pagar lo que no pudiese obtener el acreedor del deudor. Art. 2115, inciso segundo. Si el fiador expresa o inequívocamente, no se hubiere obligado a pagar si no lo que el acreedor no pudiese obtener del deudor, se entenderá que el acreedor es obligado a la excusión. Mediante esta modalidad el fiador limita su responsabilidad, a lo que el deudor no pague, por lo que es implícito que el acreedor debe ejecutar primero al deudor.

5.1.2. REQUISITOS AL BENEFICIO DE EXCUSION DE BIENES

Para que el fiador pueda lograr el beneficio de excusión, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Que el fiador no este privado de tal beneficio es decir que no haya renunciado expresamente. Art. 2108 numeral 1 C.
- b) Otra situación en la que no es oponible el beneficio de excusión es cuando el fiador se ha obligado solidariamente. Si el fiador se ha obligado como codeudor solidario, esta impedido de reclamar el beneficio.

- c) Que la obligación principal produzca acción. Una obligación natural, no produce acción en contra del deudor principal, consiguientemente, sino le es exigible a este, tampoco se puede obligar primero al fiador. Es decir no puede oponerle beneficio de excusión, el fiador de una obligación natural.
- d) Que la fianza no haya sido ordenada por el Juez. Cuando se rinde una fianza por orden judicial, como cuando se garantiza el fiel cumplimiento de un cargo, por imperio o mandato de ley, no puede alegarse el beneficio de excusión.
- e) Otro requisito es que el beneficio se reclame en tiempo oportuno, tal derecho en nuestra legislación se convierte en una excepción dilatoria que debe alegarse en determinada etapa procesal. En el juicio ejecutivo que es el proceso mediante el cual se ejecuta la acción de pago, el fiador debe oponer su excepción al contestar la demanda. Transcurrida tal etapa procesal sin alegar la excepción de beneficio de excusión extingue el derecho. Si no invoca el beneficio en tiempo oportuno, implica renuncia.

5.1.3. EL BENEFICIO DE DIVISION

Este derecho es el que tiene el fiador de no ser obligado al pago si no de la cuota que le corresponde, según el número de fiadores existentes. Así, existiendo tres fiadores únicamente esta obligado a pagar una tercera parte de la deuda total.

El requisito más importante para gozar de tal derecho es que no se haya obligado solidariamente (Art. 2117).

Este beneficio opera de pleno derecho y opera como excepción perentoria.

Si el fiador se obligo a una suma determinada, no responderá por cuota, si no por la suma afianzada. (Art. 2117 Inciso Final).

5.1.4. LA EXCEPCIÓN DE SUBROGACIÓN

El beneficio consiste en que el fiador puede según las circunstancias obtener o que se rebaje lo reclamado, y aun que se libere totalmente de la obligación.

De conformidad al Art. 2120 C., el fiador tiene acción contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado por el, con intereses y gastos.

El acreedor esta obligado a ser diligente en el exigir el cumplimiento de la obligación, pero si por un hecho o culpa suya se extingue la acción, causa perjuicio al fiador ya que no podrá ejercer la acción de cobro. Art. 2131 numeral dos; así mismo el Art. 2105, expresa que cuando el acreedor a puesto al fiador en caso de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal, tendrá derecho para que se le rebaje de la demanda todo lo que el fiador pudo obtener por medio de la subrogación legal. En definitiva la ineficacia del acreedor en el cobro puede dar lugar a que se rebaje la obligación del fiador, o bien se extinga totalmente, por lo que son medios de defensa en contra del acreedor.

5.1.5. LAS EXCEPCIONES PERSONALES Y REALES DE LA OBLIGACION.

El Art. 2104 establece que el fiador puede oponer al acreedor cualquier excepción real, como la de dolo, violencia o cosa juzgada.

Se entiende que son excepciones reales las inherentes a obligación principal.

La misma disposición establece que el fiador no puede oponer las excepciones personales del deudor contra el fiador.-

El código señala esas excepciones personales del deudor, ellas pueden ser la incapacidad de obligarse, la cesión de bienes o el derecho que tenga de no ser privado de lo necesario para subsistir.

Todo medio de defensa que tenga el deudor principal contra el acreedor sirven como medios de defensa, que deben ser ejercidos directamente por el deudor principal. Si después de contraída la fianza el deudor se vuelve acreedor, el deudor puede oponer al acreedor la excepción personal de compensación que

no puede ser alegada por el fiador. Lo que si es claro, es que el fiador si puede oponer de acreedor las excepciones personales que tenga contra este. Tal seria por ejemplo: La excepción de pago parcial, como cuando el acreedor cobra y el fiador alega haberle pagado parte de la obligación.

Normalmente la excepciones personales, surgen con posterioridad del nacimiento de la obligación.

Los autores consideran las excepciones o denominan excepciones reales las inherentes a la obligación principal. La fianza obtenida bajo error, fuerza, dolo, da lugar para que se reclame la existencia de causal de nulidad. Esto es una consecuencia de la regla que exige para la validez de la fianza, que es obligación accesoria, la existencia de una obligación principal que sea valida.-

De modo general, los medios de extinguirse las obligaciones pueden ser invocados por el fiador como excepciones reales.

El fiador por ejemplo, puede oponer la excepción de prescripción, de pago, de remisión de la deuda etc.

Entonces, aun cuando la ley, menciona como excepciones reales, dolo videncia o cosa juzgada, no significa que son taxativas.

La excepción de cosa juzgada puede resultar del hecho de que el acreedor haya demandado judicialmente, tanto al deudor como al fiador, por el cumplimiento de la obligación, y el resultado de dicho proceso ha sido que se ha declarado extinguida la obligación. Si el fiador intenta nuevamente el cobro se opone la excepción de cosa juzgada.

5.2. EFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR.

Tal como se a manifestado con anterioridad, la ley regula las relaciones que en virtud de la fianza se establecen entre el fiador y el deudor principal. No debe olvidarse que el contrato de fianza es entre el fiador y el acreedor.

La ley contempla los efectos de la fianza entre el fiador y el deudor, en relación con los periodos diferentes: Antes y después del pago. En ambos casos la ley trata de proteger al fiador en su calidad de tal, teniendo en cuenta que no es un verdadero deudor y que solo accede a la obligación principal con el fin de garantizarla

5.2.1. ANTES DEL PAGO DE LA FIANZA.

El fiador tiene el derecho de pedir al deudor principal:

- a) Que lo releve de la Fianza, es decir que lo libere como fiador. El acreedor consciente en dar por libre al fiador de la obligación. Obedece esto al hecho de que la Fianza es un contrato abstracto que se celebra entre el Fiador y el Acreedor, por lo cual la liberación de aquel depende de la voluntad de este y no de un acto unilateral del deudor,
- b) Que el deudor le garantice o caucione la resultas de la Fianza es decir que el Fiador obtenga la seguridad de que en caso realice el pago sea reembolsado. Esta seguridad puede consistir, en una hipoteca, Prenda u otra Fianza. A esto se le llama **Contrafianza**.
- c) Que consigne medios de pago, vale decir que le proporcione recursos económicos para realizar el pago. Tales facultades o derechos, están contemplados en el Art. 2119C.C.

Estos derechos no pueden ser exigidos de manera simple, porque cuando se obligó como fiador lo hizo incondicionalmente salvo la convicción de que el deudor cumpliría según los términos de la obligación. Es decir que en principio el fiador tiene la convicción o confianza de que el Deudor honrara la obligación.

Cuando se presentan indicios de que el deudor incumplirá la obligación garantizada es cuando nacen para el fiador los derechos a que se refiere el Art. 2119 C.C.

Las circunstancias mas frecuentes son:

- 1) Cuando el deudor principal disipa o ventura temerariamente sus bienes. En estos casos el fiador observa que el deudor no administra razonablemente su patrimonio y que tal conducta propiciaría quedarse sin los recursos económicos para cumplir sus deudas.
- 2) Cuando el deudor se obligo a revelarlo dentro de cierto plazo. Es decir que el deudor prometió que en determinado momento o plazo para la fianza porque en ese caso se extingue en relación al acreedor. En el caso que nos ocupe, si el deudor no lo sustituye, continúa siendo fiador a menos que sea judicialmente revelado.
- 3) Cuando se ha vencido el plazo o cumplido la condición que hace inmediatamente exigible la obligación principal en todo o en parte. En este caso el derecho del fiador consiste en que le puede exigir al deudor que consigne los medios de pago, es decir proporcione el dinero necesario para cumplir la obligación.
- 4) Cuando han transcurrido diez años desde el otorgamiento de la fianza, el fiador puede exigir que lo eleven, que le garanticen el pago o que el deudor proporcione los medios para cumplir la obligación. Sin embargo ese plazo no afecta al acreedor, pues sin su consentimiento no es posible extinguir los efectos de la fianza. Las excepciones a la regla son varias, y por ello pierde valor, por ejemplo si se afianzo para un periodo mas largo, o la fianza es por su naturaleza indeterminada, como para los tutores. En estos casos no puede existir el relevo de la fianza.

El último caso se presenta, cuando el fiador tiene fundadas razones de que el deudor principal se fugara sin dejar bienes raíces suficientes para cumplir la deuda si existen bienes, muebles suficientes, la ley no lo considera excusa para exigir al deudor que releve al fiador la cauciones el pago o le de fondos para pagar, ya que la ley pone como exigencia la existencia de bienes raíces.

5.2.2. EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE FIADOR Y DEUDOR DESPUÉS DEL PAGO DE LA FIANZA.

Que consecuencias se producen cuando el fiador paga? La más importante es aquella que ayuda a que el fiador resulte sin perjuicio por el servicio prestado, porque la equidad exige que no sea víctima de su propia devoción. Para restablecer un probable perjuicio al fiador, se le conceden:

- a) La acción de reembolso
- b) La acción subrogatoria
- c) Las acciones derivadas del mandato
- d) Las acciones derivadas de la agencia oficiosa

5.3. LA ACCION DE REEMBOLSO.

La acción de reembolso está contemplada en Art. 2120 C.C. , que establece que el fiador tendrá acción contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado por el con intereses y gastos. Así mismo a indemnización de perjuicios. Según esta disposición la extensión de la acción de reembolso comprende:

- a) Todo lo que haya pagado por el deudor. Este pago puede comprender el capital debido, los intereses normales y moratorios.
- b) Sobre lo pagado el fiador tiene derecho de percibir intereses.
- c) Debe reembolsar el deudor los gastos que hubiere hecho por razón de la fianza. La ley no distingue los gastos, pero se entiende que son tantos los gastos que el acreedor cobra al fiador como costas procesales y los gastos en que debe incurrir el fiador al demandar al deudor para que le reembolse lo pagado, vale decir las costas procesales. Se puede decir que los gastos son los ocasionados por el cobro.

Los gastos a los que no está obligado el deudor, son los inconsiderados o inmoderados, que quedan a la justa apreciación del juez, y los gastos que se hubieran ocasionado al fiador, antes de poner en conocimiento de la demanda intentada contra él. La Ley considera que es hasta que el deudor tiene conocimiento de la demanda es que puede realizar el pago y evitar otros gastos. Sin embargo tal interpretación no es correcta, ya que el deudor no puede desconocer el incumplimiento de su propia obligación de manera que es el quien mejor está enterado de la mora.

d) Indemnización de perjuicios. También está obligado el deudor a indemnizar los perjuicios que le hubiere causado la mora del deudor. Los perjuicios que recibe el fiador es que obligado al pago, pueden ser variados. Como que al ser objeto de persecución judicial, se declaren vencidos los plazos e obligaciones propias, que por cumplir las obligaciones afianzadas no tenga capacidad económica para pagar las deudas personales, o de ser descalificado como sujeto de crédito. El fiador tiene derecho a ser indemnizado de todos los perjuicios que la fianza le ocasione, los cuales reclamara de conformidad con las normas generales que gobiernan su indemnización. Art. 2120 C.C.

Para ejercer la acción de reembolso, se requieren las siguientes condiciones:

a) Que se haya pagado la deuda. Importa que el fiador haga un desembolso económico, es decir que resulte una disminución de su patrimonio. El pago no solo implica pago en dinero, sino formas de extinguir la deuda, que implique perturbación de su haber patrimonial, por ejemplo, si otorgo dación en pago, se compensó la deuda con el acreedor, si novó la obligación, se considera que realizó el pago. Por ello es que no tiene derecho a reembolso si el acreedor condonó, perdonó o remitió la deuda al fiador. Pero si el acreedor cedió su acción o derecho al fiador, entonces, sí puede cobrar al deudor.

b) Que el pago haya sido útil. Art. 2125 numeral 3 C. El pago realizado debe ser capaz de extinguir la obligación, porque sino extingue la obligación no beneficia al deudor. Si por ejemplo paga equivocadamente a un falso acreedor.

- c) Que entable la acción en tiempo oportuno. La acción de reembolso nace inmediatamente después que el fiador paga, y es entonces que empieza a correr el término de prescripción extintiva a favor del deudor. Si transcurre el plazo de la prescripción, se extingue la acción de reembolso.
- d) Que no este privado de la acción de reembolso. La ley en casos determinados inhibe al fiador de ejercer la acción de reembolso, es decir son situaciones en las que el fiador, no puede cobrar. El Art. 2125 C. señala los casos cuando no se puede ejercer la acción de reembolso. Estas situaciones son:
- 1- Cuando la obligación de deudor es puramente natural. Esto es obvio, ya que si la ley priva de acción al acreedor, igualmente lo priva al fiador.
 - 2- Cuando el fiador se obligo en contra del deudor.
 - 3- Cuando la deuda no se extinguió.

El Art. 1026 C. establece que si el deudor paga y no avisa al fiador y este ignorándolo paga, tiene acción de reembolso en contra del deudor, y éste tiene acción contra el acreedor por pago indebido. La acción de pedir devolución o repetición de pago, debe corresponder al fiador porque el pago carece de causa, pero siendo que el deudor responsable para con el fiador, lo subroga en los derechos para que reclame al acreedor. También tiene el fiador obligación de avisar al deudor de su intención de pago, según el Art. 2127 C., con el propósito de evitar que el deudor pague por segunda vez, y además para que el deudor ofrezca medios de defensa o excepciones que oponer al acreedor. No dando aviso y realizando el pago, el deudor podrá oponer al fiador las excepciones que tenia contra el acreedor. Otra consecuencia de la falta de aviso, contemplada en el Art. 2127 inc. 2º C., es que si el deudor paga de nuevo, el fiador no puede exigir reembolso al deudor, sino ejercer la acción de pago indebido contra el acreedor.

¿CONTRA QUIEN SE INTENTA LA ACCIÓN DE REEMBOLSO?

Varias situaciones pueden considerarse, de la manera siguiente:

- 1- Cuando hay un deudor y un fiador la acción de reembolso debe dirigirse contra aquel, según el Art. 2120 C.
- 2- Si la Obligación es simple y hay varios deudores, y un solo fiador puede intentarla contra todos pero reclamando a cada uno su cuota.
- 3- Si hay varios deudores, y la obligación es solidaria a cualquiera puede reclamarle el todo. Art. 2122C.
- 4- Si la Obligación es solidaria, pero solo afianzo a u no solo, a este puede reclamarle el todo. En otros términos el fiador de uno de varios deudores solidarios no tiene acción de reembolso contra los co-deudores no afianzados. En este caso el fiador queda privado de la acción de reembolso, pero puede ejercer la acción subrogatoria. Art. 2122 C.

5.4. ACCION DE SUBROGATORIA.

La Subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga, según lo establecido en el Art. 1478 C. esta subrogación es por ministerio de Ley, según el Art. 1480 numeral 3° C. al que paga una deuda a la que haya obligado solidaria o subsidiariamente.

Por el hecho del pago, se traspasan al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios y garantías del antiguo. Significa pues, que si un fiador paga, asume el lugar del acreedor. Debe advertirse que para que operen los beneficios de la subrogación, no es requisito tener calidad de fiador. Este derecho es para todo aquel que paga la deuda por otro según las reglas del Art. 1480 C.

El fiador esta subsidiariamente obligado al pago de la obligación, por lo tanto, dispone de dos acciones para recuperar lo pagado:

- 1- La acción de reembolso, contenida en el Art. 2120 C.
- 2- La acción subrogatoria, contenida en el Art. 1482 C.

La subrogación traspasa al fiador el crédito con todos los derechos, acciones y privilegios, prenda e hipoteca, inclusive los adquiridos por el acreedor con posterioridad a la constitución de la fianza, hasta el monto de lo que dicho fiador hubiere pagado. No comprende, por consiguiente, los gastos en que el fiador hubiere incurrido, ni los perjuicios que hubiere pagado. No comprende, por consiguiente, los gastos en que fiador hubiere incurrido, ni los perjuicios que hubiere sufrido, como tampoco los intereses de lo pagado sino fueren cubiertos.

La subrogación constituye una excepción a los efectos naturales del pago los cuales son la extinción de la deuda pagada. En lugar de extinguirse dicha obligación, subsiste a favor de quien pagó, efectuándose así una sustitución del acreedor sin novación de la deuda.

DIFERENCIAS ENTRE ACCIÓN DE REEMBOLSO Y ACCIÓN SUBROGATORIA.

- a) La acción personal o de reembolso corresponde al fiador por derecho propio y por la acción subrogatoria, el fiador ejerce los derechos del acreedor, como de como consecuencia de la que le sustituye y ocupa su lugar .

- b) La acción personal o de reembolso comprende todo lo que el fiador pago, con intereses y gastos y aún los perjuicios que hubiere sufrido. La acción subrogatoria solo faculta al fiador para reclamar, estrictamente lo que pago al acreedor.
- c) La acción personal o de reembolso no tiene garantías de ninguna clase. La acción subrogatoria esta rodeada de todas las garantías que aseguraban al acreedor el cumplimiento de la obligación.

5.5. ACCIÓN CONTRA EL MANDANTE

Como no es necesaria la intervención ni el consentimiento del deudor para el contrato de fianza, es posible afianzar a un deudor por encargo de un tercero. En este caso el tercero es un mandante del deudor. Juan como apoderado de Pedro, le pide a Luis se constituya fiador de Pedro, a favor de Carlos, acreedor.

En este caso, si Luis paga, tiene acción contra el mandante Juan, que solicito la Fianza y en contra de Pedro, según lo establece el Art. 2121 C.

En conclusión el fiador puede accionar contra el mandante y el deudor. Esto es así porque en este caso el fiador actúa como mandatario, obviamente si ejerce la acción contra el mandante o tercero, no puede dirigirse contra el deudor principal porque habría enriquecimiento sin causa. Lo que no explica la ley es que acción tiene, si de reembolso o de subrogatoria. La respuesta es la acción de reembolso.

Si el Fiador pago, cobra el mandante o tercero, y entonces se enriquece sin causa, por lo que en este caso, corresponde al mandante la acción *in rem verso*, contra el deudor, para reembolsarse lo que pago el fiador.

5.6. EFECTOS DE LA FIANZA CIVIL ENTRE CO-FIADORES.

5.6.1. BENEFICIO DE DIVISION.

Cuando hay varios fiadores de un solo deudor, a cada uno se le llama **cofiador**. La obligación esta dividida según el número de fiadores. Si son cinco, cada uno esta es obligado a una quinta parte de la deuda, por ejemplo, si la deuda es de \$5,000 su obligación es de \$1,000 pero si pagados \$3,000, ha pagado en exceso \$2,000 y esta suma podrá exigirla a los restantes cuatro co-fiadores, el Art. 2128 C. dice que el fiador que paga mas de lo que le corresponde le exige el exceso a los co-fiadores ¿y los \$1,000 quien se los paga? El deudor, porque de no ser así se da un circuito de acciones que vienen a redundar y provocar un acto repetitivo.

5.6.2. DERECHO DE REINTEGRO.

Cuando existe pluralidad de fiadores de un mismo deudor, y por una misma deuda, el que de ellos haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros, la parte que proporcionalmente le corresponde satisfacer.

El criterio de distribución es, pues, el de proporcionalidad.

6. EXTINCION DE LA FIANZA CIVIL.

La Fianza puede extinguirse con independencia de la obligación principal, es decir se puede extinguir la fianza, y la obligación garantizada continua viva, pero sin fianza. *Se dice entonces que la fianza se extingue por vía principal.* La fianza se extingue por vía directa cuando cesa la responsabilidad del fiador, aunque la obligación principal se conserve vigente.

También se extingue la fianza por vía *accessoria* o consecuencial como cuando se extingue por medio legal, la obligación principal. Lo accesorio no puede subsistir sin lo principal. Esta forma de extinción esta contenida en el **No. 3 del Art. 2131 C.**, que expresa que *la fianza se extingue en todo o en parte por la extinción de la obligación principal.*

MODOS DE EXTINCION DE LA FIANZA CIVIL

Existen en nuestra Legislación diversos modos para extinguir la Fianza, es así que la Fianza se extingue en todo o en parte, por los mismo medios que las otras obligaciones según las reglas generales, - *Art. 2131 C.-*

Como anteriormente se menciona tanto por vía principal como accesorio o consecuencial los cuales a su vez se dividen en diversas maneras de dar por extinguida la Fianza, de esta manera analizaremos primeramente los modos de extinción de la Fianza por vía Principal.

6.1. EL PAGO.

Este es uno de los medios mas comunes de extinción de las obligaciones, de conformidad a lo establecido en el *Art. 2131 C.* es importante establecer que para dar por extinguida la fianza el pago no puede por vía principal, extinguir la garantía; de este modo solo en un caso pudiera sostenerse lo contrario y es **El Pago por Consignación**, este caso se da cuando el deudor retira con la venia del acreedor, la consignación después de que el juez la declara suficiente; pero aquí se produce una novación, por lo cual tampoco, en el fondo, hay extinción de la fianza por vía principal. En este caso para ver la razón anterior, debe recordarse que, o el pago lo hace el deudor, y entonces se extingue la obligación principal a la vez

que la fianza, o lo hace un tercero y, entonces, o dicha obligación principal se extingue, o el pago se subroga en los derechos del acreedor contra el deudor, y la fianza subsiste para garantizar el crédito que pasa al tercero con todos sus accesorios.

En cuanto al pago por consignación, antes de que el acreedor lo acepte o el juez lo declare suficiente, la obligación principal y, por consiguiente la fianza subsiste. Después de que suceda uno u otro hecho, la obligación principal, con la salvedad que acabamos de ver, se extingue, y con ella la fianza. Pero si el deudor que ofreció el pago por consignación retira la oferta, no habrá pago y la obligación subsistirá. Si el pago lo hizo el propio fiador, ya vimos que goza de la acción subrogatoria, por lo cual cabe aplicarle lo dicho anteriormente. En el caso de que la fianza sea limitada y el deudor pague una parte de la obligación principal, la fianza subsiste garantizando hasta el límite que se obligó el fiador, el saldo de la deuda. A manera de ejemplo: si la deuda es de \$100.000 y el fiador se obligó hasta concurrencia de \$50.000, el pago parcial que haga el deudor no extingue la fianza, que subsiste como garantía del saldo, hasta el límite de \$50.000. Las partes, desde luego, pueden convenir lo contrario.

6.2. LA DACIÓN EN PAGO.

Es menester tomar en cuenta que las mismas observaciones hechas en relación con el pago, son valederas en cuanto a la dación en pago la cual es significativo de cumplimiento de una obligación. Además, es preciso decir que según el *Art. 2131 C.*, la dación en pago de un objeto distinto del que estaba obligado a prestar el deudor, extingue irrevocablemente la fianza, a la par, desde luego, que la obligación principal. Si después sobreviene evicción del objeto pagado, no por ello revivirá la fianza.

El *Art. 2131 C.* No se aplica a los siguientes casos:

- Cuando la dación en pago es forzosa, como la del acreedor que, a falta de postura admisible, se hace adjudicar en pago el inmueble hipotecado.
- Cuando el origen de la dación en pago se halla en el contrato mismo, es decir, cuando en este se faculta al deudor para pagar con una cosa distinta de la debida.
- Cuando el acreedor, al aceptar la dación en pago, hace reserva de sus derechos.
- Cuando la obligación es solidaria, porque implicando la dación en pago una novación esta liberta a los codeudores solidarios y subsidiarios que no hayan accedido a ella, liberación que no puede impedir unilateralmente el acreedor.

Es posible que el mismo fiador puede extinguir su obligación dando en pago una cosa distinta de dinero, ya que ello no se opone al principio que exige que la obligación del fiador sea siempre de pagar una suma de dinero. Aquí se extinguirá igualmente, la obligación principal, salvo que la fianza estuviere limitada a una suma inferior a dicha obligación, porque entonces esta subsistiría en la parte no respaldada por la garantía.

6.3. LA COMPENSACION.

Constituye una de las formas de extinción de las obligaciones, de tal modo que el termino Compensaron equivale a la extinción, hasta el limite de la menor de dos deudas, existentes en sentido inverso entre las mismas personas.

De este modo si la Compensación bien sea que la oponga el deudor al acreedor, o el fiador a éste; extingue la obligación principal y con ella la fianza.

El fiador puede oponer en compensación al acreedor, no solo lo que éste deba al deudor principal, sino también lo que el acreedor debe al propio fiador.

6.4. LA REMISION.

Es aquella condonación total o parcial de una deuda, de modo que si el acreedor condona al deudor la obligación principal, esta se extingue y también la Fianza. Además el acreedor puede remitir la obligación del fiador, extinguiéndose la fianza de modo independiente. En este caso, ya vimos como el fiador carece de acción contra el deudor, salvo que el acreedor le haya cedido la suya.

El relevo de la fianza concedido por el acreedor, es un evento de remisión, salvo que el deudor sea insolvente, porque entonces debe considerarse como una donación.

6.5. LA CONFUSION.

Para que la confusión extinga la fianza por vía principal, se requiere que se confundan las calidades de acreedor y de fiador o de deudor y del fiador, pero en este último caso, si hay un subfiador, la fianza subsiste.

Si hay confusión de las calidades de acreedor y de deudor, se extingue la obligación principal y, desde luego la fianza.

6.6. LA FUERZA MAYOR.

En este caso consistiendo siempre la obligación del fiador en el pago de una suma de dinero, es imposible que la fuerza mayor (Comprendiendo dentro de esta la pérdida del cuerpo cierto a consecuencia de un caso fortuito) produzcan la extinción de la fianza por vía principal.

En cambio, la fuerza mayor, al poner término a la Obligación principal, extingue consecuentemente la fianza.

6.7. LA TRANSACCION.

Esta figura tampoco puede extinguir las obligación del fiador, con independencia de la deuda principal por transacción; desde el momento que esta implica un acuerdo entre el deudor y el acreedor o entre el fiador y el acreedor, mediante el cual se pone fin a dicha obligación principal, extinguiéndose la garantía. Para que la transacción dejara viva toda la deuda y extinguiera únicamente la fianza, sería preciso que el acreedor condonara al fiador la garantía, con lo cual estaríamos en presencia de una remisión. No debe perderse de vista la posibilidad de una transacción entre el acreedor y el fiador, que permita a éste un pago parcial, bajo reserva de extinción de la obligación principal hasta la concurrencia de lo pagado por el fiador, únicamente, quedando subsistente en lo demás, pero aquí podría considerarse la existencia de una remisión parcial, consentida por el acreedor en beneficio del fiador.

6.8. LA CONDICION RESOLUTORIA.

Cuando es que la Obligación Principal esta afectada por una condición resolutoria, su extinción entraña la de la fianza; nada obsta, empero, a que sea la garantía la afectada por la condición, caso en el cual puede extinguirse la Obligación del fiador, quedando subsistente la del deudor principal.

6.9. EL TERMINO EXTINTIVO.

Lo dicho para la condición resolutoria se hace extensivo al término extintivo.

6.10. LA RESILIACION.

La voluntad de las partes puede dejar sin efecto la obligación principal, caso en el cual quedaría extinguida la fianza; también pueden los contratantes resiliarse la fianza y dejar subsistente la deuda, pero aquí se estaría en presencia de un relevo de fianza.

6.11. LA NULIDAD.

La declaración de nulidad de la obligación principal trae como consecuencia la extinción de la fianza; también puede ser declarada nula la garantía, nulidad que no afecta la deuda que se afianza.

Cuando se anula la obligación principal por causa de la incapacidad relativa del deudor, la fianza subsiste, ya que esta puede constituirse para garantizar una obligación natural, y la del menor de edad tendría este carácter.

6.12. LA PÉRDIDA DE LA SUBROGRACION.

Es necesario remitirnos a lo que es la excepción de subrogación, respecto a este medio de extinguir la Fianza por vía principal, de modo que cuando el acreedor pone al fiador en la imposibilidad de subrogarse en las acciones de aquel contra el deudor principal, se extingue la fianza, en todo, si la imposibilidad de subrogarse es total; en parte, si dicha imposibilidad de subrogarse es solo parcial.

A manera de conclusión nuestra legislación contempla dentro de su articulado la manera expresa en que se puede extinguir la Fianza, estableciendo circunstancias que conlleven a tal finalidad y plasmando los parámetros en que dicha obligación se de por extinguida, es de este modo que podemos considerar que en este caso la Ley es taxativa y se tiene cumplir a cabalidad los requisitos contemplados en los Artículos ya mencionados para que se de la extinción de la Fianza.

CAPITULO III.

1. ADVENIMIENTO DE LA FIANZA MERCANTIL EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA.

El código civil vigente, promulgado en 1882 y sus reformas, regula en el Art. 2086, el contrato de fianza civil. El contrato de Fianza Mercantil, cuyos principios descansan en el ordenamiento civil, está regulado a partir del Art. 1539 del actual Código de Comercio. Históricamente, a partir de nuestra independencia, se han promulgado cuatro Códigos de Comercio. El primer Código de Comercio, fue promulgado el primero de diciembre de mil ochocientos cincuenta y cinco. Estuvo vigente durante un poco más de veintisiete años, porque el primero de mayo de 1882, entró en vigencia del segundo código de Comercio. Fundamentalmente se conservó invariable el código precedente, (primer código) pero se introdujeron algunas innovaciones en lo que se refiere a la compraventa mercantil, seguros, sociedades mercantiles, letras de cambio, etc., según aparece en la Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas, elaborada por el Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz. Este segundo código no llenó las necesidades que pretendió remediar, porque más tarde, en 1899, se dio la Ley especial sobre quiebras, y más adelante, la Ley Especial de Compañías Anónimas.

El tercer código de comercio fue promulgado el 17 de marzo de 1904, y su vigencia fue prolongada, ya que fue derogado cuando entró en vigencia el actual Código de Comercio, el primero de abril de 1971.

A partir de la vigencia del Código de 1904, fueron promulgadas diversas leyes relacionadas con el quehacer mercantil, como Ley de Almacenes Generales de Depósito, la Ley de Ahorro Voluntario en los Bancos de Emisión, de 1928, la "Ley de Fideicomisos, promulgada en noviembre de 1937, etc., contratos y normativas que quedaron incorporados en el código de comercio de 1971. Empero, el Código de 1904, vigente hasta 1971, en el libro Segundo, referido a los contratos y obligaciones mercantiles, NO REGLAMENTO la fianza mercantil. Se refirió únicamente a la compraventa mercantil, a la permuta, al contrato de transporte mercantil, al mandato mercantil, a los factores y dependientes y a la comisión mercantil. Este Código de Comercio, igual que los que le antecedieron era una copia fiel del Código de Comercio Español de 1829, que

adoptaba como criterio, para definir los actos mercantiles, los actos objetivos de comercio, y en ese sentido procedía a enunciar taxativamente los actos considerados como mercantiles. En este inventario de actos mercantiles, que eran 21, no estaba incluida la Fianza Mercantil.

Igualmente, el primero y segundo Código de Comercio, no reglamentó de ninguna manera la Fianza Mercantil.

En definitiva, la fianza mercantil, aparece como contrato reglamentado, hasta en el Código de Comercio de 1971., en el Art. 1539, que establece que es mercantil el contrato de fianza que se constituya por empresas que, dentro de su giro ordinario, practiquen dicha operación y la otorgada por instituciones bancarias., y consigna a partir de dicha disposición, las normas que reglamentaran la fianza mercantil.

Aunque es posible que antes de la entrada en vigencia del actual código de comercio, existían bancos que prestaban garantías o avales a favor de terceros, tales contratos aun masificados no constituían fianzas mercantiles, sino fianzas bancarias, pero siempre de naturaleza civil, de manera que en caso de conflicto, su conocimiento seguía sometido a los tribunales comunes.

1.1. CONCEPTO DE LA FIANZA MERCANTIL.

El concepto de fianza no difiere, ya sea esta tratándose de civil o mercantil, uno y otro son contratos de garantía que tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación, que el deudor principal no cumple.

El código de comercio, no define la fianza mercantil, sino que establece condiciones objetivas que determinan que su forma de contratación, sus efectos, sus relaciones quedan sujetas al Código de Comercio, y todo lo relacionado con su cumplimiento o incumplimiento queda sometido a tribunales con competencia en materia mercantil.

Podemos definir el contrato de fianza mercantil, como el contrato por virtud del cual una sociedad llamada afianzadora, cuyo giro normal es el otorgamiento de fianzas, se obliga mediante el pago de una remuneración, que recibe del afianzado o fiado, a pagar a un tercero llamado beneficiario, determinada suma de dinero, en caso se incumpla la obligación garantizada.

Oscar Vásquez del Mercado, (Pág. 280 Obra. cit.) refiriéndose a la naturaleza jurídica de la fianza mercantil, tampoco la define, sino que expresa que la fianza y los contratos que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serian mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadoras, contrafiadoras y obligadas solidarias. En consecuencia la fianza de empresa es un acto de comercio y por lo tanto el contrato de fianza esta sujeto a las normas y principios generales fijados por la materia de comercio.

Doctrinariamente, para determinarla naturaleza jurídica de la fianza, existen dos criterios:

1.1.1. EL CRITERIO SUBJETIVO.

Tiene a considerar mercantil la fianza, si el deudor o el acreedor ostentan la calidad de comerciantes, no afectándola que el fiador no lo fuera. Así pues, si la deudora es una sociedad, la fianza es mercantil. Si el deudor es comerciante, aunque no lo sea el fiador también la fianza es mercantil. En todo caso si deudor o acreedor son comerciantes, la fianza es mercantil. Tal criterio en nuestra legislación es insuficiente, ya que tener la calidad de comerciante, por parte del deudor o acreedor no da nacimiento a la fianza mercantil. Hace falta algo más.

1.1.2. EL CRITERIO OBJETIVO:

Tiende a fijar la naturaleza mercantil de la fianza, en relación al contrato afianzado. Así por ejemplo si se garantiza el cumplimiento de un contrato de transporte mercantil, de una mandato mercantil, entonces la fianza deviene en mercantil.

Es importante destacar que el Código de Comercio de 1904, de manera tímida, aceptó la fianza mercantil, ya que el artículo 1, establecía que el Código de Comercio, regía las obligaciones contraídas por No comerciantes, para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales. Es decir si la obligación afianzada es comercial, el contrato de garantía debía regirse por el Código de Comercio. Sirve de base también para sustentar que tímidamente existió la fianza mercantil, en el Código de 1904, cuando en el Art. 3, expresaba que eran actos de comercio, sometidos por supuesto al Código de Comercio, según el numeral 13 de dicha ley, las operaciones de banco. Como tiempo mas adelante ocurrió, los bancos empezaron a otorgar fianzas, a comerciantes e incluso a no comerciantes, y puede decirse que tenían la naturaleza mercantil, pero como no existía reglamentación adicional, los contratos que celebraban seguían siendo sometidos a las reglas del Código Civil, por no existir normas especiales en el Código de Comercio, y por ende, la fianza, aun cuando literalmente podría decirse que existía como mercantil, siguió recibiendo tratamiento de fianza civil, hasta el advenimiento del actual Código de Comercio.

Nuestra legislación, adopta el criterio subjetivo, en el sentido de que para que la fianza sea mercantil, la fiadora debe tener la calidad de comerciante. No es importante que el deudor afianzado, sea un no comerciante, como cuando se afianza a un Ejecutor de Embargos, por la fidelidad del cargo, si la fianza es emitida por un banco o afianzadora, tal contrato es mercantil, aun faltando la calidad de comerciante del afianzado, y cuando la obligación afianzada sea de naturaleza civil.

1.2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIANZA MERCANTIL EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA.

El Art. Art. 1539.- expresa que es mercantil el contrato de fianza que se constituya por empresas que, dentro de su giro ordinario, practiquen dicha operación y la otorgada por instituciones bancarias.

De dicha disposición resulta, que en apariencia la fianza mercantil, únicamente puede ser otorgada por dos tipos de sujetos:

- a) Por empresas cuyo giro normal sea el otorgamiento de fianzas mercantiles, y
- b) por los Bancos.

Tal enunciado no puede ser taxativo como en apariencia lo es, ya que existen otras instituciones como El Fondo de Garantía para la Pequeña Empresa, cuya finalidad es otorgar garantías o fianzas, y que bien pueden ser consideradas mercantiles, desde luego que lo hacen en forma masificada, ya que estos contratos están dentro de su finalidad social.

2. LAS SOCIEDADES AFIANZADORAS.

Quizá una primera diferencia que se puede anotar entre la fianza civil y la fianza mercantil, es la calidad que debe de tener el fiador. En la fianza civil, el sujeto que garantiza la obligación o fiador, es por concepto y tradición una persona natural. En el derecho romano, las sociedades no tenían la calidad de fiadoras. Toda la reglamentación de la fianza civil, está redactada en términos de que el fiador, es persona natural, aunque no existe disposición que inhiba o prohíba a una persona jurídica para constituirse en fiadora, como efectivamente se vino practicando. El Art. 2096 C, por ejemplo expresa que se puede afianzar a una persona jurídica y a la herencia yacente, pero la legislación civil aun cuando no lo prohíbe, tampoco expresa que una persona jurídica puede ser fiadora. Sin embargo como distinción doctrinaria, la fianza civil pone como sujeto fiador, a una persona natural, PERO LA FIANZA MERCANTIL excluye totalmente a la persona

natural como elemento fiador del contrato. La fianza mercantil admite que se afiance a una persona natural, PERO NO ADMITE que el fiador sea una persona natural. El Art. 74 de la Ley de Sociedades de Seguros, expresa que se prohíbe a toda persona distinta de las sociedades de seguros autorizadas en los términos de dicha ley, y de las entidades autorizadas por la Ley de Bancos y Financieras, otorgar fianzas mercantiles a titulo oneroso. De manera, que para otorgar los contratos de fianza mercantil, no solo debe ser otorgada por una sociedad, sino que además es necesario estar autorizado para otorgar dichos contratos.

Menciona el Art. 1539 com., que es mercantil la fianza prestada por empresas cuyo giro ordinario es precisamente el otorgamiento de fianzas. Nótese, que esta disposición menciona que es fianza mercantil, la prestada por Empresa, no dice la prestada por una sociedad o persona jurídica, dice la prestada por empresas. Si nos remitimos al concepto legal y doctrinal de empresa, como el 553 com., que conceptúa que la empresa mercantil está constituida por un conjunto coordinado de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos, con el objeto de ofrecer al publico, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios, y de conformidad al Art. 555, com., la empresa es considerada un bien mueble, resulta, que siendo como lo es efectivamente, que la empresa es un bien mueble, no sujeto de derechos y obligaciones, quien en verdad otorga la fianza es una sociedad, a través de la empresa por cuyo medio se desenvuelve.

Nuestro Código de Comercio, vigente desde 1971, reglamento en forma sistemática el contrato de fianza mercantil, y ella dispuso que únicamente pudieran otorgar contratos de fianza mercantil, las empresas constituidas con esa finalidad, y los bancos. No obstante ello, como ya se mencionó, también existen otras instituciones que sin ser bancos ni empresas cuyo giro normal es el otorgamiento de fianzas, igualmente están autorizadas para hacerlo, como se explicará más adelante. Es entonces que a partir de 1971, que empiezan a constituirse sociedades, cuya finalidad especial, es el otorgamiento de fianzas, de toda naturaleza. Sin embargo, no existía una normativa especial, que regulara a dichas sociedades, y dado que la fianza mercantil se volvió una condición anexa o necesaria de determinados contratos, se hizo necesaria la promulgación de una ley, destinada a regular especialmente el funcionamiento de las sociedades cuyo giro especial sea el

otorgamiento de seguros y fianzas. Se promulga entonces, en el año de 1996, la **LEY DE SOCIEDAD DE SEGUROS**. Dicha ley, regula tanto a las sociedades aseguradoras como a las sociedades afianzadoras.

El Art. 1 de dicha ley, expresa que ella regula la constitución y funcionamiento de las sociedades de seguros, y facilitar el desarrollo de la actividad aseguradora. Seguidamente, el Art. 2, explica que cada vez, que se haga referencia a ley de sociedades de seguros, se entenderá que se trata de sociedades que operan en seguros, reaseguros, FIANZAS Y REAFIANZAMIENTOS.

2.1. CONSTITUCION DE LA SOCIEDADES AFIANZADORAS.

De conformidad con la ley de sociedades de seguros, las Sociedades Afianzadoras constituidas en el Salvador, deben organizarse y operar como sociedades anónimas, de plazo indeterminado, con capital fijo, dividido en acciones nominativas, y deberán agregar a su denominación el termino “afianzadora”. Una vez constituida la sociedad, deberá solicitar a la Superintendencia del Sistema Financiero autorización para operar.

En la legislación mercantil salvadoreña, las sociedades se constituyen sin requerir de autorización previa, y excepcionalmente, se requiere autorización previa. Para constituir una Banco, o Financiera, por ejemplo, es un caso en que la ley, exige que primero se presente un proyecto de escritura de constitución, y solo después de aprobado tal proyecto, se procede a otorgar la escritura de constitución de la sociedad. De tal forma es como acontece con las sociedades afianzadoras. Primero se presenta le proyecto de escritura de constitución de la sociedad, y si se cumplen los demás requisitos de ley, se pronuncia decisión favorable por la Superintendencia del Sistema Financiero, y se autoriza la escritura constitutiva y posteriormente la autorización para empezar a operar como sociedad afianzadora. No puede inscribirse en el Registro de Comercio, ninguna escritura de constitución de sociedad afianzadora o aseguradora, sin que lleve una razón suscrita por la Superintendencia en la que conste la calificación favorable de dicha escritura.

Según el Art. 14 de la Ley de Sociedades de Seguros, relacionado con el capital social de constitución de las afianzadoras, expresa que estas deben constituirse con un capital social mínimo, íntegramente suscrito y

pagado, en efectivo de siete millones de colones para las sociedades de seguros generales, incluidas las operaciones de fianzas. Si las sociedades se dedicaran exclusivamente a realizar operaciones de fianzas, se requiere de un capital social mínimo, íntegramente suscrito y pagado de cuatro millones de colones.

De conformidad con el Art. 19, inciso cuarto, relacionado con el objeto social de las sociedades de seguros, expresa que las sociedades afianzadoras se dedicaran exclusivamente al desarrollo de operaciones de **afianzamiento**, y las sociedades de reaseguros, realizaran exclusivamente operaciones de reaseguramiento y **reafianzamiento**.

El Art. 20, expresa que las sociedades de seguros según los ramos u operaciones aprobados por la Superintendencia podrán realizar las siguientes operaciones: Seguros, reaseguros, fianzas y reafianzamientos.

3. LOS BANCOS.

Son sociedades anónimas de capital fijo que actúan de manera habitual del mercado financiero haciendo llamamiento al público para obtener fondos a través de depósitos, la emisión y colocación de títulos valores o cualquier otra operación pasiva, con el objeto de colocar dichos recursos en el público en operaciones activas.

La actual ley de banco tiene su origen en la ya derogada parcialmente, Licoa, o Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. Tal normativa, que entro en vigencia en el año de mil novecientos setenta, y reglamentaba tanto el funcionamiento de bancos propiamente dichos, así como las Organizaciones Auxiliares.

El Art. 175 de esa ley manifestaba que las Instituciones de Créditos, podían asumir obligaciones pecuniarias y otorgar fianzas y otras garantías, asegurando en favor de terceros, el cumplimiento de una obligación determinada a cargo de alguno de sus clientes. Se concretiza pues así, en forma legal, la Fianza Bancaria.

Se entiende por fianza bancaria, la obligación contraída por una institución de crédito o banco que mediante el pago de una suma de dinero se obliga a pagar por cuenta de su cliente o afianzado incumpla su obligación.

La actual ley de bancos, vigente desde mil novecientos noventa y nueve establece que los bancos podrán asumir obligaciones pecuniarias de carácter contingente mediante el otorgamiento de avales, fianzas u otras garantías, asegurando a favor de un tercero el cumplimiento de una obligación determinada a cargo de algunos de sus clientes.

La Ley de Bancos en el Art. 51, determina las operaciones a las cuales están autorizados los bancos, y en el literal o) establece que podrán asumir obligaciones pecuniarias de carácter contingente mediante el otorgamiento de avales fianzas u otras garantías, asegurando a favor de un tercero el cumplimiento de una obligación determinada a cargo de uno de sus clientes.

4. EL BANCO MULTISECTORIAL DE INVERSIONES.

Es una institución pública de crédito, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo objeto es promover el desarrollo de proyectos de inversión del sector privado a fin de contribuir a promover el crecimiento y desarrollo de todos los sectores y competitividad de las empresas; propiciar el desarrollo de la micro y pequeña empresa; la generación de empleo; y mejorar los servicios de educación y salud. Dentro de las facultades que le ha concedido la ley, es que dicho banco ha sido autorizado para otorgar fianzas o garantías. El Art. 4 de la ley de creación de dicho banco, establece que está facultado para Avalar obligaciones en moneda extranjera contraídas por los bancos y financieras con el propósito de obtener financiamiento para los objetivos del banco.

5. EL BANCO DE FOMENTO AGROPECUARIO.

Es una institución Oficial de Crédito, descentralizada, con personalidad jurídica

Y patrimonio propio, que se considera de economía mixta, porque en su conformación participan el Estado y el sector privado a través de las asociaciones cooperativas, que está facultada para otorgar fianzas mercantiles. Dicha facultad la concede el 43 de dicha ley, que establece que dentro de las operaciones ordinarias, según su numeral 3, conceder avales. Obviamente, el término conceder avales, se está refiriendo a garantizar obligaciones de terceros. Por ser una actividad realizada en masa y que constituye el giro normal de sus operaciones, sus avales, caen dentro de la categoría de fianzas mercantiles.

También existen otras instituciones oficiales de crédito autorizadas para otorgar contratos de Fianza Mercantil. Uno de estos casos, es el del Fondo de Financiamiento y Garantía para la pequeña Empresa conocida como Figape que es una Institución Oficial Autónoma de Derecho Público, cuyo objeto es garantizar los créditos que otorguen o garanticen a los pequeños comerciantes e industriales, las instituciones publicas o privadas. No obstante que el figape no persigue fines de lucro, el hecho de que es un acto realizado en forma masiva y constituye el giro ordinario de su actividad, las característica de la fianza mercantil.

6. LAS SOCIEDADES DE GARANTÍAS RECIPROCA.

A quedado establecido que el código de comercio, expresa que es mercantil la fianza otorgada por empresa que dentro de su giro ordinario practiquen dicha operación y la otorgada por instituciones bancarias. Las empresas dedicadas al otorgamiento de fianza son las sociedades afianzadoras, constituidas de

conformidad de sociedades de seguro pero también, es mercantil, la fianza que es otorgada por las sociedades de garantía.

Se denominan sociedades de garantía recíprocas, las sociedades constituidas como anónimas, integradas por socios partícipes y socios protectores, constituidas con el fin exclusivo de otorgar a sus socios partícipes avales, fianzas y otras garantías financieras.

De conformidad con la LEY DE SISTEMAS DE GARANTÍAS RECÍPROCAS PARA LA MICRO, PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA RURAL Y URBANA, promulgada con el decreto legislativo número 553 de fecha veinte de septiembre del dos mil uno, vigente desde el veinte de noviembre de ese año se reglamenta las llamadas sociedades de garantías constituidas como sociedades anónimas, cuyo fin exclusivo es otorgar a favor de sus socios partícipes avales, fianzas y otras garantías financieras.

Igualmente mediante la promulgación de esta ley, se establece la reglamentación para el funcionamiento de las sociedades reafianzadoras, cuya finalidad es afianzar a las sociedades de garantía.

La diferencia entre las sociedades afianzadoras, reguladas por la ley de sociedades de seguro, y las sociedades de garantías por su propia ley, es que las primeras pueden otorgar fianza a cualquier persona que lo solicite, las segundas únicamente pueden otorgar fianzas o avales a sus socios, requiriendo como condición específica que sus socios califiquen como micro, pequeña y mediana empresa rural y urbana.

Uno de los beneficios de esta ley, es que las fianzas mercantiles otorgadas por las sociedades de garantías sirven para garantizar los contratos celebrados según la ley de adquisiciones y contrataciones de la administración pública, según lo dispone el Art. 3, de dicha ley.

La ley exige que las sociedades de garantía funcionen con un capital social mínimo de un millón ciento cuarenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América, con el objeto de garantizar las solvencias. La naturaleza mercantil de dicha fianzas, esta claramente determinada por dicha ley, que en su Art. 66, expresa que la condición de socios de las personas avaladas o garantizadas por la sociedad de garantía, no afectara el régimen jurídico de los avales y garantías otorgadas los cuales tendrán carácter mercantil.

6. CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE FIANZA MERCANTIL.

Los contratos en general pueden ubicarse de la siguiente categoría:

- a) Unilateral o Bilateral.
- b) Gratuito u Oneroso;
- c) Conmutativo o Aleatorio;
- d) Principal y Accesorio;
- e) Real, Solemne o Consensual.

El contrato de fianza mercantil responde a las siguientes características:

ES UN CONTRATO UNILATERAL.

En la fianza mercantil, la sociedad afianzadora, la institución bancaria, La sociedad de garantía recíproca con otra institución legalmente autorizada, es la que se obliga para con el afianzado que no contrae obligación alguna. Las partes en este contrato, son la afianzadora y el afianzado o beneficiario de la fianza. La afianzadora esta obligado a pagar dentro de los diez días siguientes al requerimiento o solicitud de pago que le haga el afianzado. Este por su parte no asume ninguna obligación con respecto a las afianzadoras. El Art. 1544, com., contiene la obligación de pago de parte de la afianzadora.

Dicha disposición expresa que “Las instituciones fiadoras incurrirán en mora diez días después de que por escrito, el beneficiario les haya solicitado el pago de la fianza”.

Cuando se emite una fianza, la afianzadora recibe un valor económico llamado prima, que es el beneficio que recibe por asumir el riesgo de pago, pero en todo caso esta prima, es pagada por el fiado y no por el beneficiario de la fianza, de manera que no contrae obligación alguna.

El Art. 1541 com. Establece que los requisitos que debe contener una póliza de fianza, y únicamente se hace relación a las obligaciones garantizadas por la afianzadora, pero no se mencionan derechos u obligaciones a cargo del beneficiario.

ES ADEMÁS UN CONTRATO BILATERAL.

Cuando el contrato es de reafianzamiento, existe una sociedad afianzadora que es a su vez afianzada por otra sociedad de mayor capacidad económica, que se llamara reafianzadota. En este caso, la sociedad reafianzadora contrae la obligación de proveer de fondos a la sociedad reafianzada para pagar al beneficiario. La reafianzadora recibe como contraprestación, el pago de una prima, pagada por la sociedad reafianzada. En este caso si podemos decir que la Fianza es bilateral por que en este caso el contrato de reafianzamiento, surge entre la sociedad reafianzada y la sociedad reafianzadora, y entre ellas si nacen obligaciones reciprocas.

LA FIANZA MERCANTIL ES ONEROSA.

En la Fianza Civil se identifica la característica de la gratuidad porque en relación al acreedor este recibe gratuitamente el beneficio de la garantía del crédito. De conformidad al Art. 2092, el fiador puede estipular con el deudor una remuneración pecuniaria por el beneficio que presta, se vuelve entonces un contrato oneroso porque sale beneficiado el acreedor por la garantía que recibe y sale beneficiado el fiador por la remuneración que cobra.

En la Fianza Mercantil la Onerosidad es mas clara y ello resulta de tres razones:

1- Las fianzas mercantiles únicamente pueden ser otorgadas por empresas cuyo giro normal sea el otorgamiento en masa de contratos de fianza. La empresa es el medio a través de la cual la sociedad

autorizada presta el servicio de afianzamiento, y las sociedades se constituyen con ánimo de lucro, tal como lo establece el Art. 20 com., que expresa que la sociedad se constituye con el propósito de repartir entre sí los beneficios de los negocios a que van a dedicarse.

2. De conformidad con el Art. 946com. Las obligaciones mercantiles son onerosas, por lo que se sigue que la fianza como obligación mercantil es onerosa.

3. De conformidad al Art. 74 de la Ley de Sociedades de Seguros, se prohíbe a toda persona distinta de las sociedades de seguro autorizada en los términos de la presente ley y de las entidades autorizadas por la ley de banco y financiera otorgar fianzas mercantiles a título oneroso. Queda establecido entonces que solo las sociedades de seguros y bancos están autorizadas para otorgar fianzas a título oneroso.

NO ES CONMUTATIVO NI ALEATORIO.

La fianza mercantil no califica en ninguna de estas dos categorías. No es un contrato conmutativo, por que las contra prestaciones no se miran como equivalentes. Si la sociedad afianzadora, paga la fianza, no recibe del acreedor ninguna contraprestación equivalente a lo pagado. Existe incertidumbre en cuanto a si la sociedad afianzadora será requerida de pago, ya que no se sabe si el fiado cumplirá su obligación. En todo caso si no la cumple, la afianzadora ya a asumido previamente la obligación de pago. Pero no por ello cae dentro de la categoría de aleatorio, por que cuando el contrato es aleatorio, hay incertidumbre de ganancias o perdida. Si la afianzadora paga, no puede decirse que a obtenido ganancia, pero tampoco puede decirse que a obtenido perdida, pero el fiado tiene obligación de reembolsarle lo pagado. Existen quienes opinan que es un contrato aleatorio, por que el fiador no sabe si va apagar ni cuando ni cuanto, pero tal argumento es insuficiente por que la sociedad afianzadora conoce el monto a pagar, y el plazo durante el cual se obligo. El Art. 1541, numeral cuarto, establece que la fianza debe mencionar las obligaciones garantizadas y el valor

circunstancia garantía. El criterio legal para determinar si el contrato es conmutativo, es que exista contra prestación, que aquí no existe e incertidumbre de ganancia o pérdida. Si paga no obtiene ganancia, y no tiene pérdida por que el deudor esta obligado a reembolsarle el pago.

ES UN CONTRATO ACCESORIO.

Es accesorio por que para que exista debe precederle un contrato principal. La obligación o contrato principal puede ser: de Obra Publica, de Suministro, de Consultoria, de Prestación de Servicio. También la fianza mercantil puede garantizar la fidelidad en el cumplimiento de un cargo o empleo. Así mismo pueden ser contratos principales, todas las formas operativas de un banco, como prestamos mercantiles, Aperturas de Crédito, Cartas de Créditos, etc. La obligación garantizada puede ser un contrato Principal Civil, como por ejemplo afianzar un arrendamiento, y lo que se garantiza es el pago de los cánones de arrendamiento., el contrato principal puede ser de naturaleza laboral, como el que se le puede exigir a un contador; un contrato principal administrativo como lo que exige la administración publica para desempeñar el cargo de tesorero. La fianza mercantil es un accesorio por que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal que no puede subsistir sin ella. Si no hay contrato de obra pública no puede subsistir la fianza. También es obligación accesoria, por que la afianzadora responde por una obligación ajena, no propia, comprometiéndose a cumplir si el fiado no cumple.

ES UN CONTRATO SOLEMNE.

La fianza mercantil es un contrato solemne por que para su perfeccionamiento se exige el otorgamiento de una formalidad. La fianza Civil es consensual por que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes.

El Art. 1314, Civil, expresa que el contrato es solemne cuando esta sujeto a las observancias de ciertas formalidades especiales de manera que sin ellas no produce ningún efecto.

LA POLIZA TIENE VARIAS FINALIDADES:

- 1) Perfeccionar el contrato;
- 2) Como prueba de la existencia del contrato;
- 3) Como titulo con fuerza ejecutiva con el cual se procede a ejecutar a la afianzadora.

El Art. 1541 com., expresa que la fianza mercantil se hará constar en póliza que contendrá:

I) Lugar y fecha de expedición. El lugar de expedición en un momento determinado puede ser útil para determinar un criterio de competencia si por cualquier razón no existe el lugar de cumplimiento de la obligación. La fecha de expedición, si es mas importante, por que a partir de esta fecha comienza a correr el plazo de la fianza.

II) Nombre o denominación de la persona natural o jurídica, a cuyo favor se otorgue. Es el beneficiario de la fianza del acreedor, pueden afianzarse tanto a personas naturales como a personas jurídicas ya sea sociedades, asociaciones, fundaciones etc.

III) Nombre y demás datos que identifiquen al fiado. El fiado es la persona natural o jurídica titular del contrato principal, a quien se le a exigido que afiance su obligación. Es el deudor de la prestación de vida.

IV) Mención de las obligaciones garantizadas, valor y circunstancia de la garantía. Las obligaciones garantizadas pueden ser de variada naturaleza. La obligación garantizada puede ser una suma liquida de dinero, el cumplimiento, fiel de un empleo; el anticipo que se recibe a cuenta de un contrato de obra, la buena

obra, el mantenimiento de una oferta, eventuales daños y perjuicios originales por una demanda, el ejercicio de un empleo o cargo, como intermediario de seguro, agente aduanero, ejecutor de embargo etc.

El valor de las garantías se refiere a la suma del valor garantizada. El valor puede ser determinado o ilimitado. Normalmente la fianza mercantil es limitada es decir que se determina de manera precisa la suma afianzada.

Las circunstancias de la garantía son las demás condiciones que vuelven mas eficaz el cobro de la fianza, como forma de pagar la fianza, plazo en el cual debe de pagarse, recargo por mora en el pago de la fianza, lugar de pago de la fianza, la forma de realizar el reclamo o requerimiento de pago etc.

V) Nombre y domicilio de la institución fiadora son los elementos que identifican a la afianzadora, como su denominación, naturaleza, domicilio, nacionalidad. El domicilio de la afianzadora, es criterio de competencia en caso que haya que reclamarse inicialmente el pago de la fianza.

VI) La firma autógrafa del representante de la institución fiadora. Este es un requisito que se exige a todos los títulos valores. Firma autógrafa, quiere decir de su puño y letra, no se sello o logotipo. Puede ser acompañado de estos, pero no puede omitirse la firma original de quien actué en nombre de la afianzadora.

La fianza es un contrato solemne que para que se perfeccione debe de otorgarse por escrito, debe ser expresa, esto es la fianza mercantil no se presume, y se formaliza a través de un titulo valor llamado póliza. Si no hay póliza no hay fianza.

Puede faltar la póliza por haberse extraviado, y en tal caso puede solicitarse la reposición de la misma, pero no obstante ello, en caso de tener que demandarse el cumplimiento de la fianza, la confesión de la afianzadora, si existe un principio de prueba por escrito, es un modo de probar la fianza. Ese principio puede ser el recibo extendido por la afianzadora que hace constar haberse pagado la prima para que se extienda la fianza. Igualmente es principio de prueba por escrito la carta de aprobación extendida por la afianzadora detallado las condiciones bajo las cuales se otorgara las fianzas.

Las pólizas de fianzas, son ejecutivas si se acompañan con la documentación que comprueba que la cantidad afianzada se a vuelto exigible. Así lo establece el Art.52 de la Ley de Procedimientos Mercantiles. Para proceder ejecutivamente al cobro de la fianza, debe presentarse la póliza, y debe de acompañarse la documentación que establezca que la obra no fue cumplida a cabalidad técnicamente, que la obra no fue terminada, que el fiado no cumplió fielmente con el cargo, por haberse hurtado fondos.

7. REQUISITOS DE LA FIANZA MERCANTIL.

La fianza mercantil como todo contrato para resultar obligacional debe cumplir con los requisitos de capacidad, consentimiento, objeto y causa.

8.1. LA CAPACIDAD.

En materia civil, el obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal, que tenga bienes mas que suficientes para hacerla efectiva y que este domiciliado en la republica.

En el contrato mercantil la capacidad para celebrar el contrato tiene una connotación especial. Aun cuando la capacidad para contratar se presume en el sentido de que toda persona es capaz de contratar y la incapacidad es la excepción, en materia de fianza mercantil todas las personas naturales son incapaces de intervenir en este contrato, ya que por disposición legal, solo son capaces, las sociedades debidamente autorizadas, a través de las empresas que dentro de su giro ordinario practiquen dicha operación, y la otorgada por instituciones de crédito.

Para poder otorgar fianzas mercantiles, de conformidad con la Ley de Sociedades de Seguros, la Superintendencia del Sistema Financiero, debe autorizar a las sociedades para otorgar fianzas y

reafianzamientos. De conformidad al Art. 5 de dicha ley, los interesados en formar una sociedad de seguros, con autorización para emitir fianzas, deben solicitar a la Superintendencia del sistema Financiero autorización para otorgar estos contratos, y solamente si la resolución es favorable se autoriza la constitución de la sociedad y certifica que puede iniciar sus operaciones. El Art. 75 de ese mismo cuerpo de leyes prohíbe a toda persona distinta de las sociedades de seguros autorizadas y de las entidades autorizadas por la Ley de Bancos, otorgar fianzas mercantiles a título onerosos. Ninguna persona que no esté legalmente autorizada podrá realizar operaciones propias de una sociedad de seguros, y quien infrinja tal prohibición se somete a las sanciones legales contenidas en el Art. 75 de la referida ley.

De conformidad al Art. 51 de la Ley de Bancos, los bancos están autorizados para asumir obligaciones pecuniarias de carácter contingente, mediante el otorgamiento de avales, fianzas u otras garantías, asegurando a favor de tercero el cumplimiento de una obligación determinada. La Superintendencia del Sistema Financiero es la Institución que autoriza a los bancos para que inicien sus operaciones, según el Art. 15 de la ley. Por consiguiente, para otorgar fianzas mercantiles, es necesario obtener la autorización correspondiente de la Superintendencia, para operar como Banco. Sin autorización para operar como banco, no puede otorgar fianza o avales.

Las sociedades de garantía recíproca, son aquellas que se constituyen con el fin exclusivo de otorgar a favor de sus socios partícipes, avales y fianzas, y para otorgar tales contratos deben haber sido autorizados por la Superintendencia del Sistema Financiero para iniciar sus operaciones, según lo establece el Art. 32 de la Ley del Sistema de Garantías Recíprocas Para Micro, pequeña y Mediana Empresa Rural y Urbana. El Art. 58 dispone que las sociedades de garantía podrán otorgar a sus socios partícipes, avales, fianzas y otras garantías financieras aprobadas por la Superintendencia. En conclusión, las personas naturales son incapaces para otorgar fianzas mercantiles, y solo tienen capacidad para intervenir en tales contratos las sociedades debidamente autorizadas para realizar tales contratos.

La norma común para estas sociedades es que para que realicen esta clase de contratos, se les exige capacidad económica, ya que se les exige una capital mínimo de fundación

8.2. EL CONSENTIMIENTO.

El consentimiento es la manifestación de la voluntad, exenta de error, fuerza o dolo, dirigida a obligarse contractualmente. En la fianza mercantil la afianzadora se compromete para con el acreedor a cumplir la obligación que el deudor no cumple.

La fianza mercantil no se presume, ni debe de extenderse a mas que el tenor de lo expreso, y en razón de ello, el Art. 1545 com., establece que la fianza mercantil debe hacerse constar en un documento llamado póliza, que deberá expresar las obligaciones garantizadas, el valor y las circunstancias de la garantía. Exige el código de comercio que ese consentimiento sea documentado. En el caso del reafianzamiento, de conformidad al Art. 1546, Com., una institución fiadora se obliga a pagar a otra, en la proporción que se estipule, las cantidades que esta deba cubrir al beneficiario de determinada fianza.

8.3. EL OBJETO.

De conformidad al Art. 1316 inc. 4 C., los actos y declaraciones de voluntad deben recaer sobre un objeto lícito. Es menester dentro de todos los contratos la existencia de un objeto. El objeto de los contratos, a tenor del Art. 1331, C, son las obligaciones de dar, de hacer o no hacer.

Obligación de dar. En el contrato mercantil, la obligación garantizada de dar o pagar puede presentarse cuando el fiador es obligado a pagar, cuando el afianzado ha incumplido un pago. Vrg. El código aduanero impone a los importadores de vehículos la obligación de rendir fianza a fin de garantizar el pago de

los impuestos de introducción de automotores. En caso el importador no pague el impuesto al cual está obligado, se exige a la afianzadora que ella pague los impuestos no tributados.

Otro ejemplo sería cuando al otorgarse un contrato de arrendamiento, el arrendante le solicita al arrendatario que le extienda una fianza mercantil para garantizar el pago de los cánones de arrendamiento. Si el arrendatario no cumple su obligación de dar o pagar, el fiador es compelido a hacerlo.

La obligación de hacer. En la fianza mercantil, el garantizar la obligación de hacer es la más común. Por ejemplo se solicita fianza, para que se cumpla a cabalidad la construcción de una obra física; se exige fianza de fidelidad para el ejercicio de un cargo, que garantice el buen desempeño; se exige la fianza ambiental, para garantizar que se realizaran obras con el objeto de evitar daños ambientales; se exige fianza mercantil, para garantizar el cumplimiento de un contrato de prestación de servicios.

La obligación de no hacer. La ley del medio ambiente exige las llamadas fianzas ambientales, las cuales persiguen que no se cause daño al medio ambiente, y en caso el daño llegue a producirse, la fianza hervirá para restaurar el daño causado.

Sea cual fuere la obligación garantizada, de dar, hacer o no hacer, respecto del acreedor, el objeto de la fianza siempre será la obligación de pagar una suma de dinero, ya que de conformidad al artículo 2093 inciso final C., la obligación de pagar una cosa que no sea dinero, no constituye fianza.

El objeto de la fianza es garantizar las obligaciones contraídas por el deudor principal o fiado. Así lo establece el Art. 2086 C. y 1541 Numeral IV, del Código de Comercio. Siendo que las obligaciones son de dar, hacer o no hacer, estas obligaciones pueden ser objeto de garantía. Las obligaciones afianzadas o el objeto del contrato de fianza mercantil, son los siguientes.

1. Fianza para asegurar las responsabilidades y desempeño de un cargo público o privado. Es conocida como fianza de fidelidad o del fiel cumplimiento. Se exige a quienes ejercer cargos que manejan fondos públicos, lo mismo para aquellos cargos que requieren confianza, como a los administradores de las sociedades.

2. Fianza para responder por obligaciones mutuas o deudas liquidas. La que puede exigir un arrendante a un arrendatario, para garantizar el pago de un contrato de arrendamiento, o a la que exige un acreedor a un deudor.
3. Fianza exigida como medida conservativa o precautoria, como la que se exige a un Fiduciario, a un Tutor o Guardador.
4. Fianza para responder para garantizar el cumplimiento de obligaciones en el ejercicio del comercio, idoneidad o responsabilidad en el cargo, como las exigidas a los Agentes de Seguros, Ejecutores de Embargos, Casas Corredoras de Bolsas, etc.
5. Fianza para responder por eventuales daños y perjuicios actuales o futuros, como la que se exige a los que solicitan medidas preventivas o precautorias, o las que exige la Ley del Medio Ambiente, Código de Minería, etc. Tales fianzas se exigen para que en caso de posibles daños o perturbaciones al medio ambiente, puedan ser estos daños revertidos en lo posible.
6. Fianza para garantizar la celebración de un contrato y mantener condiciones de contratación, llamadas Fianzas de Mantenimiento de Oferta.
7. Fianzas para garantizar la inversión en la obra contratada. La que busca que un fondo a anticipo entregada a cuenta de un contrato, sea realmente invertido en la realización del contrato mismo. Tal como la que exige la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.
8. Fianzas para garantizar el cumplimiento de un contrato especial.
9. Fianza para garantizar la buena calidad o buena obra contratada.
10. Fianza para garantizar la devolución de dinero. Tal como la que establece el Art. 879 com.;
11. Fianza para levantar medidas precautorias. Cuando se han embargados bienes, cuentas de bancos, y se requiere que se levanten tales medidas.
12. Fianza para asegurar el cumplimiento de obligaciones de pago a favor de sus clientes, como la que se exige a las Casas de Cambio.

13. Fianza para responder por errores u omisiones o perjuicios causados a los clientes, como la que se exige a los Agentes de Seguros Independientes, Casas Corredoras de Bolsa de Valores, Sociedad Clasificadores de Riesgos Extranjeras.

14. Fianza para responder por el cumplimiento de obligaciones fiscales, tributarias, de importación, como las que se exige a las Agentes Aduáneles, Transportistas, etc.

15. Fianza judiciales para el cumplimiento de obligaciones familiares.

Fianzas para garantizar la comparecencia a juicio.

16. Fianza para garantizar las costas procesales de un juicio.

17. Fianza de cumplimiento ambiental.

18. Fianza para responder por daños y perjuicios causados a terceros en accidente de tránsito, como la que se exige en la Ley de Procedimientos Mercantiles y Leyes de Transporte y Seguridad Vial.

8.4. LA CAUSA.

La teoría clásica de la causa establece que la causa del contrato es la contraprestación correlativa de la otra parte. La causa en el contrato de compraventa, para el comprador, es la cosa vendida, y para el vendedor, la causa de contratar, es el precio a recibir. La causa de cada parte es la contraprestación. La fianza civil cae dentro de la categoría de un contrato abstracto, en el sentido de que no aparece de manera clara la causa de contratar del fiador, que no recibe por regla general una contraprestación. Menos puede advertirse la causa, cuando el fiador paga ante el incumplimiento del deudor, y si hace ejercita la acción de reembolso o subrogatoria ningún beneficio percibe. En la fianza mercantil, la causa si aparece de manera más notoria, ya

que las afianzadoras que operan como sociedades anónimas cuyo ánimo de lucro es su razón de ser, tienen como causa de contratar, la prima que reciben por emitir la póliza de fianza.

9. CLASIFICACION DE LA FIANZA MERCANTIL.

El código civil en el Art. 2087 C, establece que la fianza puede ser convencional, legal o judicial. La fianza convencional es la constituida por contrato; la legal es la ordenada por la ley, y la judicial, es la ordenada por resolución o decreto de juez. El código de comercio, no hace ninguna clasificación diferente, pero dentro de su reglamentación se encuentran los tres tipos de fianza.

Debemos recordar que han existido diferentes criterios para identificar la fianza mercantil. El primero criterio, es el que establece que la fianza es mercantil, si la obligación garantizada es mercantil. Si se afianza el cumplimiento de un contrato de suministro, por ser este contrato mercantil, la fianza es mercantil. El segundo criterio, establece que si el sujeto es un comerciante, la fianza es mercantil, el tercer criterio establece que si la fianza es exigida por el código de comercio, la fianza es mercantil, y el cuarto criterio, es el que determina que la fianza es mercantil, si es prestada por Bancos, Instituciones de Crédito autorizadas, y por empresas cuyo giro normal sea el otorgamiento de fianzas. En este criterio no importa, si el contrato afianzado es civil. Por ejemplo, para un contrato de arrendamiento civil, se exige una fianza bancaria; Igualmente si se extiende una fianza aun no comerciante, como por ejemplo a un empleado publico, y esta debe de ser extendida por un banco o afianzadora, la fianza es mercantil con independencia del sujeto. El código de comercio establece que se puede exigir fianza al Gerente de una sociedad, pero no por ello la fianza es mercantil, porque esa fianza puede ser prestada por una persona natural, o bien puede consistir en un depósito de dinero. No porque la fianza la exija el código de comercio, la fianza es mercantil. No obstante en la mayoría de los casos, el código de comercio, exige que la fianza sea prestada por instituciones de crédito o afianzadoras. En definitiva, la fianza mercantil, puede ser prestada a personas no comerciantes, se pueden

garantizar obligaciones civiles, y la fianza mercantil no la exige solo el código de comercio. Leyes de orden público como la ley de adquisiciones y contrataciones de la administración pública exigen fianzas mercantiles. Asimismo los jueces con competencia en materia mercantil pueden aceptar fianzas no mercantiles, como depósitos de dinero o títulos valores.

Los casos de fianza convencional, judicial y legal que establece el código de comercio, son los siguientes:

9.1. FIANZA CONVENCIONAL.

- **FIANZA QUE DEBEN RENDIR LOS DIRECTORES DE LAS SOCIEDADES.** Los directores son las personas que dirigen a las sociedades por designación de los socios. El Art. 259, establece que el pacto social puede establecer que los directores presten garantías para asegurar las responsabilidades que pudieren contraer en el desempeño del cargo. Se le llama fianza de fidelidad o de fiel desempeño. No es obligatorio rendir la fianza, sino cuando el pacto social lo requiera.

- **FIANZA QUE DEBEN RENDIR LOS GERENTES.** Los gerentes son las personas nombrada por los socios o la junta directiva, para que administres la sociedad. Tienen las atribuciones que se les confieran y gozan de las más amplias facultades de representación y ejecución, según los dispone el Art. 270. Para desempeñarse o ejercer el cargo, ya sea que lo exija el pacto social o la junta directiva lo juzgue necesario, se podrá exigir que rinda fianza. Esta fianza, igualmente no es obligatoria, sino convencional.

- **FIANZA DEL FACTOR DE COMERCIO.** Los factores son quienes dirigen por cuenta ajena una empresa, una rama especial de ella o un establecimiento de la misma, y el solo nombramiento lo faculta para realizar todas las operaciones corrientes de la empresa, por consiguiente, puede exigírsele que rinda fianza de

fiel desempeño. No hay disposición que establezca esta obligación, pero pueden pactarla las partes, en forma similar al Gerente.

- **FIANZA DEL MANDATARIO MERCANTIL.** Por el mandato mercantil, el mandatario se encarga de practicar actos de comercio por cuenta y a nombre del mandante, por consiguiente el mandante, puede convenir con el mandatario o apoderado que este rinda fianza por la gestiones que realice en su nombre, por consiguiente también estaríamos en presencia de una fianza convencional, ya que el mandatario es responsable de las mercaderías. No importa si la fianza no es mercantil.

9.2. FIANZA JUDICIAL.

Los casos de fianza judicial que exige el código de Comercio, y la Ley de Procedimientos Mercantiles, son los siguientes:

-FIANZA DEL FIDUCIARIO.

El fiduciario es la Institución bancaria que por medio de un delegado o designado administra los bienes fideicometidos o de la sucesión para el ejercicio de la administración del Fideicomiso al fiduciario le son transmitidos bienes o patrimonios del fideicomitente, para que este los administre conforme a las instrucciones recibidas. Aún cuando el fiduciario no puede gravar ni enajenar los bienes fideicometidos, sin autorización judicial, es posible una malversación o administración dolosa de los bienes fideicometidos, por lo que los beneficiarios del fideicomiso puede solicitar al juez de lo mercantil que el fiduciario rinda Fianza, como providencia conservativa. Tal providencia conservativa debe entenderse en el sentido de que la Fianza debe servir para que el fiduciario se abstenga de realizar actos de administración que perjudiquen al fideicomiso, y que en caso que lo haga, la fianza rendida servirá para responder por tales actos. Art. 1259 C.

- FIANZA JUDICIAL DEL QUEBRADO.

Se llama quebrado a la persona Natural o Jurídica que habiéndose dedicado al Comercio, en virtud de haber cesado en el pago de sus obligaciones mediante sentencia judicial queda privado de la administración y disposición de sus bienes e inhabilitado para ejercer el comercio. La consecuencia mas importante de la declaratoria de quiebra, es que si el fallido o el quebrado no ha sido condenado por quiebra culpable o fraudulenta, puede pedir su rehabilitación. Los acreedores pueden oponerse a la rehabilitación e impedir que el quebrado se dedique nuevamente al comercio, por lo que estos pueden exigir al juez que previo a la rehabilitación, el quebrado rinda fianza para responder por las obligaciones insolutas o no pagadas. Si el quebrado no la rinde no puede ser rehabilitado.

-FIANZA JUDICIAL EN CASO DE REPOSICION DE TITULOS VALORES.

En virtud de la literalidad de los títulos valores, que consiste en que para hacer efectivos los derechos que el incorpora es necesario la tenencia material y la exhibición material, es posible que el mismo se haya destruido, total o parcialmente, se haya extraviado o haya sido hurtado o robado y transmitido en forma ilícita a otra persona.

Como es necesaria la tenencia material de los títulos valores para ejercitar los derechos, y en caso de no tenerlos, la Ley autoriza que se repongan los Títulos valores. Es decir, se emitan nuevos títulos por los mismos derechos. La reposición es diferente según la causa ya sea destrucción o extravío, o tratándose de títulos a la orden nominativos o al portador. La consecuencia de la reposición es que el titulo valor destruido o extraviado, robado, hurtado, etc. al completarse el procedimiento judicial, quedan sin ningún valor jurídico, y el juez ordena su cancelación. Pierde su calidad de Titulo valor. Debe el Juez previo a decretar la

cancelación del título, suspender sus efectos, pero para suspender sus efectos el Juez ordenara que quien solicite la reposición rinda fianza, para el caso de que otra persona justifique mejor derecho. Si se ha extraviado una acción, durante el proceso pueden pagarse utilidades y si una persona tiene esa acción y quiere cobrar esos dividendos o utilidades no lo puede hacer porque el juez ha decretado en suspenso esos derechos. También seda la suspensión de esos derechos, cuando sea extraviado un bono. Quien adquiere bonos recibe dividendos o intereses anuales, los cuales cobra por medio de los llamados cupones de intereses. Si en relación a ese bono se a iniciado diligencias de reposición, por extravío por ejemplo, el tenedor no podría cobrar esos intereses, por que ese derecho esta en suspenso. Como la suspensión de los derechos que el título confiere probablemente acarree perjuicio aun tenedor del bono el solicitante de la reposición debe rendir fianza, para responder por los eventuales perjuicios que le ocasione al tenedor legitimo. Art. 936 C.Com.

- FIANZA JUDICIAL POR COMPETENCIA DESLEAL.

El código de comercio establece dentro de las limitaciones de los comerciantes que estos deben ejecutar los actos de comercio, de acuerdo con la ley, los usos mercantiles y las buenas costumbres mercantiles y la violación de estos principios da derecho al perjudicado a pedir judicialmente que cese la conducta ilegal y a exigir la reparación del daño. La mayoría de los casos de competencia desleal, se da por violación a la ley de marcas y de distintivos mercantiles, ya que es frecuente la falsificación de marcas registradas o la introducción al país de una marca por una persona no autorizada por el fabricante o por quien no tiene la representación de la marca. La primera acción que confiere la ley al titular de una marca, es un acto previo a la demanda, consiste en ordenar el cese de los actos de competencia desleal por ejemplo el juez puede dar una orden judicial dirigida al presunto infractor de que no continúe fabricando, falsificando, adulterando determinada marca. Previo a decretar esta orden judicial DE CESE DE LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL, el supuesto perjudicado, debe de rendir fianza por responder por los daños y perjuicios causados

al supuesto infractor, en caso en que no se presente la demanda de competencia desleal o no triunfe en sus pretensiones y se absuelva el demandado. Art. 493 C.Com.

-FIANZA PARA PRESENTAR OPOSICION A CANCELACION DE LOS TITULOS VALORES.

Los títulos valores al portador, cuando se han destruido, se ha extraviado o han sido sustraídos ilegítimamente del tenedor legítimo, pueden ser repuestos mediante el trámite de reposición judicial. El procedimiento de reposición judicial de los títulos valores, tiene como consecuencia que los títulos objeto de reposición son declarados en suspenso, y posteriormente son declarados sin valor, y se ordena su cancelación. Significa la cancelación, que el título valor pierde los derechos incorporados, y ya no produce ningún efecto jurídico. Un ejemplo podría ser el caso de una Acción al Portador. Las acciones al portador, son acciones cuyo capital incorporado está totalmente pagado, de manera que el tenedor, tiene derecho a ejercer todos los derechos económicos, patrimoniales, o corporativos, pero si dicha acción le ha extraviado, se ha destruido o le ha sido robada o hurtada, no puede ejercer tales derechos, por lo que la reposición judicial es necesaria. Otro caso podría referirse a un Bono, que representa una deuda, a cargo del emisor, y por el cual el tenedor tiene derecho a una parte de capital e intereses, por consiguiente en caso de pérdida, etc., igualmente es necesario reponerlo para reclamar su valor incorporado. Cuando se ha iniciado el proceso judicial de reposición por el presunto titular, puede aparecer una tercera persona alegando tener mejor derecho sobre el título, como por ejemplo manifestar que el título es de su propiedad y lo adquirió de buena fe o incluso le fue traspasado en propiedad por la misma persona que lo está tratando de reponer, por consiguiente, si se cancela el título, recibe un perjuicio económico. Es entonces válido, según lo dispone el Art. 938 com., que una tercera persona se oponga al pago o a que se cancele o se deje sin ningún valor el título, pero para evitar que cualquier persona

sin razón ni derecho, se pretenda dueña y se oponga injustificadamente a la reposición, la ley exige dos requisitos, siendo el primero que presente materialmente el título valor, que se dice destruido, extraviado, hurtado, etc., y en caso no tenerlo, el juez le exigirá que otorgue garantías suficiente de que presentará el título en el plazo que el juez le indicará. Esta garantía judicial, como la ley no señala su naturaleza, no dice que sea hipotecaria, prendaría, etc., es de presumir que se debe rendir según lo dispone el artículo 61 de la ley de Procedimientos Mercantiles, que establece que son admisibles las fianzas rendidas por las Instituciones de Crédito, Empresas de Seguros o Fianzas autorizadas legalmente para prestar estas garantías. Si la persona que se opone, no muestra el título, NI PRESENTA GARANTIA, se continuará con el trámite de reposición del título valor.

-FIANZA JUDICIAL PARA ORDENAR LA EXIBISION DE LOS OBJETOS QUE COMPRUEBEN LA COMPETENCIA DESLEAL.

El proceso mercantil declarativo de Competencia desleal, persigue que el juez, que conoce el asunto declare la existencia de actos de competencia desleal, ordene el cese de los mismos, tome las medidas para evitar su repetición y se sancione al infractor con una indemnización de daños y perjuicios al competidor perjudicado y se cancele sus estatus de comerciante en caso de reincidencia. El Art. 491CCom., establece los casos o conductas consideradas legalmente como competencia desleal, pero en la mayoría de los casos esta relacionado con la violación de marcas de comercio o la propiedad Industrial. Se puede dar el caso de una persona que este fabricando una prenda de vestir e identificándola con una marca registrada de la cual no es su titular, y de esta manera se encuentra violando los derechos de marca. Para que el actor o comerciante perjudicado tenga posibilidades de éxito en su proceso, debe de acreditar esa falsificación, reproducción, uso indebido de la marca, lo cual la mayoría de las veces es difícil por ser una actividad clandestina. El Código de

Comercio, en el Art. 493CCom. Expresa que la acción de competencia desleal podrá prepararse mediante la exhibición judicial de todos los objetos que sean prueba de los actos de competencia desleal, lo cual en la práctica no se da, porque cuando el juez ordena una exhibición, lo que esa haciendo es ordenando que muestren los objetos con los cuales se esta cometiendo la infracción, lo cual el infractor nunca lo hace, es decir nunca los presenta o los exhibe. En igual sentido se expresa el Art. 21 numeral 1 y Art. 23 de la Ley de Procedimientos Mercantiles que dispone que como un ACTO PREVIO A LA DEMANDA DE COMPETENCIA DESLEAL, se podrá solicitar al juez que el infractor de la marca de fabrica, exhiba los objetos que prueben la competencia desleal pero previo a que se decrete la exhibición que posiblemente nunca se cumplirá, el juez si considera que la medida irroga perjuicios a las partes requerida, podrá ordenar que se caucione tales perjuicios, caución que considera en cualquiera de las señaladas en el Art. 61 de la Ley de procedimientos Mercantiles. En la práctica tal disposición, ha sido interpretada en el sentido de que la exhibición es una medida precautoria que implica que el juez se presentara al lugar donde supuestamente se están violando los derechos de marcas con el objeto de incautar los objetos que prueben la competencia desleal. La ley de marca de reciente Promulgación a clarificado tal acción de actos previos a la demanda y la a identificado como actos precautorios. En tal sentido, el Art. 90 de la ley de marcas, establece que la autoridad competente, podrá entre otras cosas ordenar el secuestro de los productos infractores incluyendo envases, embalajes, etiquetas, material impreso, etc., y de los medios, instrumentos o materiales que sirvieran principalmente para realizar la inflación en razón de ello, el Art. 92 de dicha ley establece que quien vaya a iniciar una acción por infracción a los derechos derivados del registro de una marca podrá pedir a la autoridad competente que ordene medidas precautorias inmediatas, con el objeto de evitar sus consecuencias, OBTENER O CONSERVAR PRUEBAS, de la Competencia Desleal. La autoridad competente podrá requerir que quien pida las medidas precautorias de caución suficientes. En definitiva para ordenar la exhibición de los objetos que prueben la competencia desleal o que se ordenen medidas precautorias como las indicadas en la ley de Marcas, se debe rendir fianza, que según el Art. 232 de la Ley de

Procedimientos mercantiles, debe ser fianza mercantil rendida por bancos o empresa de fianza debidamente autorizada.

-FIANZA QUE DEBE RENDIR EL TITULAR DE DERECHOS DE AUTOR PARA OBTENER MEDIDAS CAUTELARES.

Los derechos de propiedad intelectual, son todos aquellos derechos o privilegios que se conceden al autor de una obra literaria, artística o científica e industrial. Estos derechos de autor son de orden moral y esencialmente de orden pecuniario o económico. Estos derechos están protegidos por la Ley de Fomento y protección de la propiedad Intelectual. La violación de los derechos de autor confiere a su titular el derecho de reclamar ante los tribunales competentes, el cese de la violación de esos derechos, así como la reparación de daños y perjuicios. A efecto de tutelar debidamente tales derechos la ley mencionada, en su artículo 90 establece el derecho de exigir la cesación de la violación de sus derechos, tales como la suspensión inmediata de la actividad ilícita, el retiro del comercio de los ejemplares ilícitos, etc., y adicionalmente se conceden medidas precautorias, es decir medidas ordenadas judicialmente, previas a la iniciación de un juicio, con la finalidad de que no se continúe causando la violación de los derechos de autor. Tales medidas precautorias, son ordenadas por el Juez de lo Mercantil Competente, tales como el secuestro preventivo del producto líquido obtenido con la utilización ilícita, es decir el dinero obtenido por el acto ilegal; el secuestro de los ejemplares ilícitos, por ejemplo de los libros, películas, copiados ilegalmente, la prohibición de importar o exportar tales ejemplares, etc. Según el Art. 19 de la ley en comento, en caso de violación de los derechos de autor, o cuando se tenga el temor fundado de que se inicie o repita una violación ya realizada, el juez al comprobar las circunstancias anteriores y el derecho que asista al actor, decretará a solicitud del titular de los derechos lesionados, previa rendición de Fianza, que fijara

atendiendo al daño producido o que pudiera producirse y sin noticia al infractor una o varias de las medidas cautelares antes indicadas. Art. 91 de la Ley anteriormente citada. Como la Fianza la determina el juez resulta obvio que la que exigirá será de la que dicte la establece la Ley de Procedimientos Mercantiles, ya sea que la Fianza sea rendida por un banco o por una afianzadora.

- FIANZA JUDICIAL PARA OBTENER MEDIDAS PRECAUTORIA POR VIOLACION A LA LEY DE MARCAS.

La Ley de marcas vigente, promulgada en el año dos mil dos, establece en su Art. 1 que tiene por objeto regular la adquisición, mantenimiento, protección, modificación y licencias de marcas, expresiones o señales de publicidad comercial, nombres comerciales, emblemas indicaciones geográficas y denominaciones de origen así como la prohibición de actos de competencia desleal, es decir es la normativa destinada a proteger los llamados Derechos Industriales.

El derecho de protección a una marca registrada se concretiza en el derecho que tiene el titular e usar con exclusividad dicha marca o a conceder su licencia, y la prohibición de que un tercero se aproveche indebidamente de la marca, mediante su uso ilegítimo, reproducción, imitación, fabricación, etc., o cualquier forma de uso indebido, a que se refiere el Art. 26 de La Ley de Marcas. Igualmente tratándose del nombre comercial con su titular, tiene derecho de actuar contra cualquier tercero que sin su consentimiento use en el comercio un signo distintivo idéntico al nombre comercial protegido.

Al producirse violaciones a la propiedad Industrial o ley de marcas a fin de salvaguardar tales derechos, esta autoriza para que se dicten medidas precautorias, tales como el secuestro de los productos infractores, prohibición de importación, las medidas necesarias para evitar la continuación o repetición, la cesación de los actos que constituyen la infracción. Art. 90 ley de marcas.

A efecto de que se dicten tales medidas, la autoridad competente, puede requerir la rendición de fianza. Se le puede exigir al Titular del derecho violado, según lo establece el Código de Comercio y la Ley de Procedimientos Mercantiles, pero igualmente la autoridad tiene que ser un Juez de lo mercantil, puede ordenar como medida precautoria, que el presunto infractor rinda una fianza u otra garantía del pago de la eventual indemnización de daños y perjuicios en que pueda ser condenado por el acto denunciado. Art. 92, literal D C.Com.

9.3. FIANZA LEGAL MERCANTIL.

Técnicamente no existe la Fianza Legal Mercantil, sino que la Legislación Salvadoreña en una diversidad de Contratos o actos Jurídicos, exige la rendición de una Fianza, y en ella en la mayoría de los casos, exige que la Fianza que la Fianza sea rendida por un banco o por una Empresa de Fianza, lo que se interpreta como un a Fianza Legal Mercantil, Legal porque es ordenada por la Ley y Mercantil por ser extendida por un banco o Sociedad Afianzadora, lo que no obsta para que en algunos casos se acepte como Fianza otros medios de garantía.

Particularmente en algunos casos cuando la ley exige Fianza permite que esta consista en Dinero, en Hipoteca, o en deposito de títulos valores de fácil realización. Por ejemplo la fianza que exige a los deudores del fisco pueden ser:

- a) Deposito en dinero.
- b) Deposito en letras o bonos del Estado, de cedula hipotecarias o de otros títulos garantizados por el Estado y cuya eficacia para estos efectos haya sido reconocida expresamente por leyes especiales.
- c) Hipotecas de bienes del deudor.
- d) Fianzas hipotecarias; y
- e) Fianzas bancarias o de cualquier otra institución legalmente autorizada para otorgarlas.

Cuando hablamos de fianza legal mercantil, nos vamos a estar refiriendo a las diferentes normas vigentes, que exigen que se rinda fianza preferentemente mercantil. Hablamos de fianza legal, por que es precisamente la ley la que impone la obligación de rendirla.

Los casos de fianza legal más corrientes, están contenidas en las siguientes normas.

-FIANZA DEL ARRENDANTE FINANCIERO.

Mediante el contrato de arrendamiento financiero, el arrendador concede el uso y goce de determinados bienes muebles e inmuebles, por un plazo de cumplimiento forzoso al arrendatario, quien se obliga a pagar en caso de arrendamiento, y quien a final del plazo tiene la opción de comprar el bien por un precio predeterminado, devolver la cosa arrendada y prorrogar el contrato. Es un contrato recientemente legislado que viene a suplir un vacío del código de comercio que no había legislado el arrendamiento mercantil.

En caso de incumplimiento el arrendador podrá practicar el secuestro de la cosa arrendada, del cual no podrá disponer sino hasta que concluya el juicio, pero si EL ARRENDADOR QUISIERA DISPONER DEL BIEN SECUESTRADO O EMBARGADO, deberá rendir una fianza equivalente al valor del bien contratado. No menciona la ley, que clase de fianza, pero cuando la dispone la ley, y debe rendirse ante el juez, se entiende que la fianza debe ser rendida por una sociedad afianzadora.

-FIANZAS EXIGIDAS A QUIENES CONTRATAN CON LA ADMINISTRACION PUBLICA.

Recién en el mes de abril del año dos mil dos, se decreto la LEY DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA, la cual derogo todas las leyes relacionadas con la contratación y suministros de la administración publica. Esta ley, ha venido a reglamentar de manera

sistemática las diferentes fianzas que deben rendir las personas naturales o jurídicas que contraten con las instituciones del Estado, sus dependencias y organismos auxiliares, de las instituciones y empresas estatales de carácter autónomo, etc.

Esta normativa es importante porque señala diferentes especies de fianza que deben rendir los contratantes, es decir, la especie de fianza puede ser diferente, en cuanto su modalidad, la cual depende de la obligación garantizada, pero en definitiva, la fianza que se rinda casi siempre será mercantil.

De conformidad a lo estipulado en el Art.21, de dicha ley, los contratos determinan obligaciones y derechos entre los particulares y las instituciones como sujetos de derecho público, para el cumplimiento de sus fines. Excepcionalmente regula la preparación y la adjudicación de los contratos de arrendamiento de bienes muebles.

Los contratos regulados por esta normativa son:

Obra pública, Consultoría, Concesión, y Arrendamiento de bienes muebles.

A. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

El contrato de obra pública es aquel que celebra una institución con el contratista, quien por el pago de una cantidad de dinero se obliga a realizar obras o construcciones de beneficio o interés general o administrativas, sea mediante la alteración del terreno o del subsuelo, sea mediante la edificación, remodelación, reparación, demolición o conservación, o por cualquier otro medio. Art.104.

B. CONTRATO DE SUMINISTRO.

Por el contrato de suministro las instituciones adquieren o arriendan bienes muebles o servicios necesarios mediante una o varias entregas en periodos sucesivos, en el lugar convenido por cuenta y riesgo del

contratista. Dentro de este contrato se incluyen los servicios técnicos, profesionales y de mantenimientos en general, relacionados con el patrimonio, así como los servicios de vigilancia, limpieza y similares.

Cuando se trate de Contrato de una sola entrega e inmediata, no será necesario exigir garantía de cumplimiento de Contrato. Art. 119.

C. CONTRATO DE CONSULTORIA.

Son Contrato de Consultoría los que se celebra la Institución con el objeto de obtener mediante un precio la prestación de servicios de servicios especializados, tales como.

- a) Toma de datos: Investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico.
- b) Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizacionales.
- c) Cualesquiera otros servicios directa o indirectamente relacionados con los anteriores y en los que también predominan las prestaciones de carácter intelectual no permanente.
- d) Estudios de Carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga. Art.

123

D. CONTRATO DE CONCESION

El Estado o instituciones Oficiales Autónomas pueden otorgar concesiones consistentes en:

- a) De Obra Pública
- b) De Servicio Público
- c) De Recursos Naturales y Subsuelos.

a) CONCESION DE OBRA PÚBLICA. Art. 130

Art. 131. Por concesión de Obra Pública, el Estado a través de la Institución correspondiente o del Consejo Municipal concede la explotación a una persona Natural o Jurídica para que a su cuenta y riesgo proceda a construir, mejorar, reparar, mantener u operar, cualquier bien inmueble a cambio de la concesión temporal para que administre y explote el servicio Público a que fuere destinado incluidos los bienes Nacionales de uso público o Municipales destinados a desarrollar obras y áreas de Servicio.

b) CONCESION DE SERVICIOS PÚBLICO. Art. 131 bis.

Por el Contrato de Concesión del Servicio Público, el Estado a través de la Institución correspondiente concede temporalmente a una persona natural o jurídica la facultad de prestar un servicio Público bajo su vigilancia y control y a cuenta y riesgo de la concesionaria.

c) CONCESION DE RECURSOS NATURALES Y EL SUBSUELO.

Art. 132. Los Contratos de Concesión para la explotación de los recursos naturales y del subsuelo estarán sujetos a Leyes específicas según el recurso de que se trate.

E. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIENES MUEBLES.

El Art. 149. Las Institución podrá obtener en calidad de arrendamiento toda clase de bienes muebles con o sin opción de compras. El monto base de la Contratación se establecerá de acuerdo al precio actual en el mercado actual y en todo caso se observaran las formas de Contratación establecidas en esta Ley.

- GARANTIAS EXIGIDAS PARA CONTRATAR.

Para proceder a las adquisiciones y a las contrataciones regulados por esta ley, las Instituciones contratantes exigirán oportunamente según el caso que los ofertante o los contratistas presenten las garantías para asegurar:

- GARANTIA DE MANTENIMIENTO DE OFERTA.

- GARANTIA DE BUENA INVERSION O ANTICIPO

- GARANTIA DE CUMPLIMIENTNO DE CONTRATO

- GARANTIA DE BUENA OBRA. Art. 31

- ESPECIES DE FIANZA O GARANTIA

Las Garantías podrán consistir en Fianzas o garantías bancarias emitidas por sociedades Afianzadoras o aseguradoras o Instituciones bancarias, nacionales o extranjeras.

También podrán servir como garantías Depósitos bancarios con restricciones, cartas de crédito irrevocables y pagaderas a la vista o cualquier otro titulo valor o bien de fácil o inmediata realización.

Los bancos, las sociedades de seguros y las afianzadoras extranjeras, podrán emitir garantías siempre y cuando lo hicieren por medio de alguna de las Instituciones del Sistema Financiero Salvadoreño, actuando como entidad confirmadora de la emisión.

Las compañías que emitan las referidas garantías deberán de estar autorizadas por la Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador y ser aceptadas por la Instituciones contratantes Art. 32.

- GARANTÍAS DE MANTENIMIENTO DE OFERTA.

Esta Fianza es la que se otorga a favor de la Institución contratante a fin de asegurar el mantenimiento de las condiciones y de los precios de las ofertas desde la fecha de apertura de estas hasta su vencimiento, esta Fianza se exigen o se presenta junto con la Licitación, y el objeto de la misma es que el ofertante, no proponga precios irrisorios y posteriormente se retire o abandone el Contrato. La finalidad última es evitar que el Contratante quiera con posterioridad al momento que se le adjudico el contrato, elevar el precio del mismo o se niegue a cumplirlo; por ello es que la garantía se hace efectiva sino concurre al formalizar el contrato, sino presenta la garantía de cumplimiento o se retira o si retira su oferta injustificadamente el ofertante ganador mantendrá la vigencia de esta garantía hasta el momento en que presente la garantía del cumplimiento del Contrato. Art. 33.

- FIANZA O GARANTIA DE BUENA INVERSION O ANTICIPO.

La fianza de garantía de buena inversión o anticipo es la que se otorgara a favor de la institución contratante para garantizar que el anticipo efectivamente se aplique a la dotación y ejecución inicial del proyecto de una obra o a los servicios de consultaría o de adquisición de bienes. La presentación de esta garantía será un requisito para la entrega del anticipo. La cuantía de la misma será del cien por ciento del monto del anticipo.

El anticipo no podrá ser mayor al treinta por ciento del monto del Contrato dependiendo de las justificaciones y la naturaleza de la contratación; así como de los establecidos en las bases de licitación o de concurso.

La vigencia de esta garantía durará hasta quedar totalmente pagado o compensado el anticipo, de conformidad a la forma de pago establecida en el contrato. La finalidad de esta Fianza es que el Contratante reciba de anticipo y no realice ninguna obra apropiándose de dicho anticipo. Busca prevenir un fraude. Art. 34.

- GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO.

Garantía de cumplimiento de contrato, es la que se otorgara a favor de la institución contratante, para asegurarle que el contratista cumplirá con todas las cláusulas establecidas en el contrato y que la obra, el bien o el servicio contratado será entregada y recibida a entera satisfacción.

Cuando se trate de obra esta garantía permanecerá vigente hasta que la Institución contratante haya verificado la inexistencia de fallas o desperfectos en la construcción o que estas no sean imputables al contratista sin lo cual no se podar otorgar el respectivo finiquito.

El plazo de esta garantía se incorporara al contrato respectivo. En el caso de obras el monto de la misma no podrá ser menor del diez por ciento, y en el de bienes será hasta el veinte por ciento.

- EFECTIVIDAD DE GARANTÍA.

Según el Art. 36, el contratista que incumpla alguna de las especificaciones por consignadas en el contrato sin causa justificada se le hará efectiva la garantía de cumplimiento de Contrato, la efectividad de la garantía será exigible en proporción directa a la cuantía y valor de las obligaciones contractual que no se hubieren cumplido.

- GARANTÍA DE BUENA OBRA.

La garantía de buena obra es la que se otorgara a favor de las instituciones contratantes, para asegurar que el contratista responderá por las faltas o desperfectos que le sean imputables durante el periodo que se establezca en el Contrato; el plazo de vigencia de la garantía se contara a partir de la recepción definitiva de la obra. Cuando sea procedente, esta garantía deberá exigirse en la compra de bienes y suministros. Lo que persigue esta Fianza, no es simplemente que el contratista entregue la obra terminada, sino que este cumpla con todas las exigencias y requisitos y que especialmente la obra funcione adecuadamente. Puede decirse que

también es una garantía de buen funcionamiento. Por ejemplo en un contrato de Suministro, es exigible para garantizar que el suministro es prestado en el tiempo convenido y bajo las calidades contratadas.

- FIANZA DEL ACREEDOR PRENDARIO DE CERTIFICADOS DE DEPÓSITOS.

El certificado de depósito es un título valor representativo de mercancías, y legítima al tenedor del certificado como propietario de los bienes depositados en un almacén general de depósitos. Este expide el certificado de depósito y este sirve como instrumento de enajenación y mediante su endoso se transfieren los bienes que ampara. Art. 839 C.Com. Se acompaña de un título valor anexo denominado bono de prenda, el cual desde que el tenedor lo negocia separadamente, acredita la constitución de un crédito prendario sobre los bienes que se indican en el certificado de depósito. El certificado sirve para transferir las mercancías y el bono para empeñarlas. Cuando se ha dado en prenda el bono, se señala el monto de la deuda y su época de pago, de manera que si el deudor no cumple su obligación el acreedor puede solicitar al almacén general de depósito que saque a subasta pública los bienes empeñados, y su producto sea abonado preferentemente a su deuda previo los pagos de impuestos Fiscales y de almacenaje. Una vez vendido los bienes su producto será entregado al acreedor de conformidad al Art. 879 inciso final, en caso de que exista disputa entre el tenedor de certificado y su acreedor, sobre la cantidad de dinero adeudada, intereses, etc. El acreedor puede pedir que se le entregue el dinero obtenido en la subasta pero si hay oposición del deudor igualmente se le entrega dicho dinero, toda vez constituya fianza de devolver dicho dinero, en caso el reclamo fuere legal. Art. 879 C.Com. no dice la Ley mercantil que clase de fianza pero debe de entenderse que sea preferentemente rendida por un banco o sociedad afianzadora.

- FIANZA POR VIOLACIONES A LA LEY DE BANCOS.

Los bancos son aquellas instituciones de crédito debidamente autorizadas por la superintendencia del Sistema Financiero, actúan de manera habitual en el mercado Financiero, haciendo llamamientos al Público para obtener fondos a través de operaciones pasivas y colocándolos en el público en operaciones activas. Esta es una actividad ilícita para quien no esta debidamente autorizado ya que el Art. 184 de la Ley de Bancos prohíbe toda captación de fondos del publico a quienes no haya sido autorizados legalmente. Si la Superintendencia del Sistema Financiero estableciera que una persona Natural o Jurídica esta violando la Ley podrá solicitar a un juez de lo mercantil que como medida precautoria el congelamiento de fondos y secuestro de bienes del infractor. Tales medidas cesaran, **si el presunto infractor rinde Fianza suficiente otorgada por un banco.** La ley no menciona el monto de la Fianza, pero esta deberá decretarse en la medida de las cantidades de dinero en que pudieren resultar defraudados los depositantes, porque la medida lleva la intención de proteger a estos.

- FIANZA QUE DEBEN RENDIR LAS CASA DE CAMBIOS.

De conformidad con el Art. 2 de la Ley de Casas de Cambio de moneda extranjera, se llamará Casa de Cambio a loa sociedad Anónima debidamente autorizada, cuya actividad habitual sea la compra y venta de moneda extranjera en billetes, giros bancarios, cheques de viajeros y otros instrumentos de pago, expresados en divisas, a los precios que determinen la oferta y demanda del mercado, actualmente la mayoría de las casas de cambio están en proceso de disolución por que su actividad mercantil de intermediación especialmente en la compra y venta de moneda extranjera es una función o servicio prestado por los bancos, ya que la Ley de bancos en el Art. 51 literal M los faculta para mantener activos y pasivos en moneda extranjera y efectuar operaciones de compra y venta de divisas, y si agregamos que con la ley de integración

monetaria el dolor se volvió moneda de uso estricto en el país, y total poder liberatorio, prácticamente han puesto en situación de liquidación y disolución las casas de Cambio, no obstante ello, actualmente el Art. 12 de dicha Ley establece que las casas de Cambios autorizadas en el país deberán otorgar a favor del banco Central las garantías necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de pago que tengan con sus clientes a efecto de resarcir los perjuicios económicos ocasionados a personas afectadas por operaciones propias del giro de estas especialmente las que quedaren al descubierto o las que fueren realizadas fundamentalmente, las garantías aludidas en el artículo anterior, serán exigibles cuando la casa de cambio incumpla sus obligaciones con los Usuarios o entidades encargadas de la vigilancia financiera, Art. 12-A.

- FIANZA QUE DEBEN RENDIR LOS AGENTES DE SEGUROS INDEPENDIENTES Y LAS SOCIEDADES CORREDORAS DE SEGUROS.

Según el Art.1344 com., mediante el contrato de seguro una empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el Contrato. El Código de Comercio, vigente desde el uno de abril de 1971, indicaba como parte del contrato de seguro, a la aseguradora o empresa aseguradora, tomando como criterio que el sujeto pasivo es la empresa. Jurídicamente, el asegurador o aseguradora, según la legislación actual, no es la empresa, que es el medio a través del cual se comercializa el contrato, sino que es la sociedad de seguros. El primero de enero de 1997, entre en vigencia la Ley de Sociedades de Seguros, que regula la constitución y el funcionamiento de las sociedades de seguros, la participación de los intermediarios de seguros, con el fin de velar por los derechos del público. Asume la ley y es de conocimiento común, que son frecuentes los reclamos del público relacionados con el cobro de los seguros contratados, generalmente ocasionados por una desleal comercialización de los contratos de seguros, de manera que en atención a ello precisamente se reglamenta la actuación de los agentes intermediarios de contratos de seguros. Esta ley es aplicable a la sociedad que emiten fianzas. Las sociedades de seguros en el Salvador, son sociedad anónima, de plazo indeterminado, con capital

fijo, autorizadas por la Superintendencia del Sistema Financiero autorizadas para operar en la rama de seguros generales, de personas, o especializadas en fianzas. Art. 4 de la Ley de Sociedades de Seguros. Están facultadas estas sociedades para operar en Seguros, Reaseguros, Fianzas y Reafianzamientos.

Los contratos de seguros pueden ser contratados directamente con la sociedad aseguradora, pero igualmente pueden ser contratados por intermedio de 1. Agentes Dependientes; 2. Agentes Independientes y 3. Corredores de Seguros. Son intermediarias de seguros, las personas naturales o jurídicas que promueven la contratación de seguros. Para ejercer la intermediación deben obtener autorización del sistema financiero.

Son Agentes de Seguros Independientes, las personas naturales que se dediquen a la intermediación de contratos de seguros, y son corredores de seguros, las personas jurídicas que se constituyan para intermediar en esa actividad.

De conformidad al artículo 50 inciso ultimo, los agentes de seguros independientes y sociedades corredores de seguros **DEBERAN RENDIR FIANZA** ante la Superintendencia para responder por los errores u omisiones en que pudieren incurrir y que causaren perjuicio al asegurado o a terceros. La naturaleza, cuantía mínima, cobertura y demás requisitos de la fianza será determinado en el Reglamento. El artículo 41 del Reglamento de la Ley de Sociedades de Seguros, establece que la fianza antes mencionada, debe ser rendida por **UNA ENTIDAD FINANCIERA LOCAL O POR BANCO EXTRANJERO DE PRIMERA LINEA**, y debe cubrir las responsabilidades civiles derivadas de los errores y omisiones en el ejercicio de la función de determinación. Como mínimo la fianza será de veinticinco mil colones.

- FIANZA QUE DEBEN RENDIR LAS ENTIDADES CERTIFICADORAS, TRANSPORTISTA Y AGENTES DE TRANSPORTE.

Uno de los rubros importantes a través de los cuales el Estado obtiene la recaudación fiscal, son los impuestos que se imponen a los importadores de mercancías, y a fin de modernizar los tramites aduaneros así como para garantizar el interés fiscal se ha promulgando la llamada Ley de Simplificación Aduanera o Teledespacho.

A fin de garantizar una adecuada recaudación fiscal con ocasión de los impuestos de importación de mercancías o aduanales, al par que se ha facilitado los tramites aduaneros, se ha tratado de garantizar eficazmente el interés fiscal, obligando a rendir fianza a los principales sujetos que intervienen en los tramites aduanales.

La ley de Simplificación Aduanera, o teledespacho, exige fianza a favor del Fisco, a las Entidades Certificadoras, a los Transportistas y Agentes de Transportes.

Según el Art. 8 de dicha ley, a efectos de garantizar la autenticidad, confidencialidad e integridad de la información y de impedir su posterior repudiación, se establecen sistemas de certificación de la información transmitida, para lo cual, se autorizará la intermediación de empresas que provean servicios de certificaciones de dicha información llamadas en adelante **entidades certificadoras**. Estas entidades certificadoras tendrán además, entre otros, los siguientes deberes:

- a) Emitir certificados conforme a lo solicitado o acordado con el suscriptor;
- b) Implementar los sistemas de seguridad para garantizar la emisión y creación de firmas digitales, la conservación y archivo de certificados y documentos en soporte de mensaje de datos;
- c) Garantizar la protección, confidencialidad y debido uso de la información suministrada por el suscriptor;
- d) **Rendir a favor del Fisco una garantía global, bancaria o de compañía de seguros**, por el monto que se le fije por el Ministerio de Hacienda.

Aun cuando a la fecha no existen Entidades Fiscalizadoras, ya la ley ha previsto que para que inicien operaciones **deberán rendir fianza**.

También los otros sujetos que intervienen en la actividad aduanera están sometidos a fianzas. Así, el Transportista y el Agente de Transporte están obligados a rendir fianza.

Se considera agente de transporte, la persona natural o jurídica registrada ante la Dirección General, que representan en el país, a las compañías que se dedican al transporte internacional de mercancías, y se llama Transportista, a la persona natural o jurídica, que ejecuta un contrato de transporte de mercancías.

Según el artículo 2 de dicha ley, **el transportista** que ejecuta una operación de tránsito aduanero y **el agente de transporte, serán responsables ante el Fisco** por la entrega de las mercancías a la aduana de destino, en consecuencia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, administrativas y penales en que puedan incurrir en el ejercicio de sus funciones, **responderán solidariamente por el pago de los derechos e impuestos a la importación** si las mismas no arriban en su totalidad a dicha aduana. A los efectos de cubrir esta responsabilidad, tanto el transportista como el agente de transporte, como condición para ejecutar o hacer ejecutar el tránsito aduanero de mercancías, **deberán rendir a favor del Fisco, una garantía global** que será fijada por el Dirección General, de conformidad a los Convenios internacionales que regulan la materia del transporte internacional de mercancías, suscritos y ratificados por El Salvador.

- FIANZA QUE DEBE RENDIR EL APODERADO ESPECIAL ADUANERO.

De conformidad al art. 9 de la Ley en comento, para garantizar el acceso generalizado al teledespacho, las personas jurídicas podrán obtener una autorización de la Dirección General para efectuar por sí misma sus declaraciones aduaneras, para lo cual deberá otorgar poder de representación en escritura pública a favor de cualquiera de sus empleados que la representará en calidad de **apoderado especial aduanero** ante las Aduanas de la República.

Una vez autorizado el apoderado especial aduanero, **la persona jurídica** poderdante **deberá rendir una fianza** que será fijada por la Dirección General, la cual servirá para responder por los derechos e impuestos, multas y demás recargos que puedan generarse en el marco de sus actuaciones ante las autoridades aduaneras.

- FIANZA QUE DEBEN RENDIR LOS DEUDORES DE LOS IMPUESTOS INDIRECTOS DEL FISCO NACIONAL.

De conformidad con las DISPOSICIONES QUE AUTORIZAN LA CELEBRACION DE CONTRATOS A LOS DEUDORES DE IMPUESTOS INDIRECTOS, MEDIANTE LA RENDICION DE GARANTIA SUFICIENTE, según el artículo Uno, todo contribuyente que adeude impuestos indirectos y desee intervenir en actos, contratos o gestiones para cuya realización la ley le exija la presentación de la constancia de solvencia en el pago de los mismos, podrá obtener de la Dirección General de Contribuciones Indirectas la autorización correspondiente, siempre que garantice suficientemente el interés fiscal.

Igual autorización podrán obtener aquellos contribuyentes que tengan pendiente de resolución algún recurso de los establecidos en las leyes que regulan los impuestos indirectos o que hayan promovido juicio de amparo constitucional, si se hubiere decretado la suspensión del cobro del impuesto o multas:

Según el artículo 2 de dicha norma, serán admisibles para asegurar el interés fiscal las siguientes garantías:

- a) Depósito de dinero;
- b) Depósito de letras o bonos del Estado, de cédulas hipotecarias o de otros títulos garantizados por el Estado o instituciones bancarias o financieras nacionales, cuya eficacia para estos efectos haya sido reconocida expresamente por leyes especiales;
- c) Hipoteca de bienes del contribuyente;

- d) Fianza hipotecaria;
- e) Fianza bancaria;

- FIANZA DE CUMPLIMIENTO AMBIENTAL

En los considerandos del decreto legislativo que dio vigencia a la ley del medio ambiente, se expuso que: I.- Que de conformidad con la Constitución de la República, la protección, conservación y mejoramiento de los recursos naturales y el medio deben ser objeto de legislación especial; y II.- Que el deterioro acelerado del ambiente está ocasionando graves problemas económicos y sociales, amenazando con daños irreversibles para el bienestar de las presentes y futuras generaciones, lo que hace necesario compatibilizar las necesidades de desarrollo económico y social con el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y proteger al medio ambiente; y en atención a tales considerandos, se crearon obligaciones directamente encaminadas a prevenir el daño ambiental y a tomar las medidas necesarias para restituirlo, siendo entonces necesario tomar las garantías para su cumplimiento, surge así la *FIANZA DE CUMPLIMIENTO AMBIENTAL*.

El Art. 19 de la Ley del Medio Ambiente, establece que para el inicio y operación, de las actividades, obras o proyectos definidos en esta ley, se deberá contar con un permiso ambiental. El Permiso Ambiental obligará al titular de la actividad, obra o proyecto, a realizar todas las acciones de prevención, atenuación o compensación, establecidos en el Programa de Manejo Ambiental, como parte del Estudio de Impacto Ambiental, el cual será aprobado como condición para el otorgamiento del Permiso Ambiental. Art. 20. La validez del Permiso Ambiental de ubicación y construcción será por el tiempo que dure la construcción de la obra física; una vez terminada la misma, incluyendo las obras o instalaciones de tratamiento y atenuación de impactos ambientales, se emitirá el Permiso Ambiental de Funcionamiento por el tiempo de su vida útil y etapa de abandono, sujeto al seguimiento y fiscalización del Ministerio Para asegurar el cumplimiento de los Permisos Ambientales en cuanto a la ejecución de los Programas de

Manejo y Adecuación Ambiental, el titular de la obra o proyecto deberá **rendir una Fianza de Cumplimiento por un monto equivalente a los costos totales de las obras físicas o inversiones que se requieran, para cumplir con los planes de manejo y adecuación ambiental. Esta fianza durará hasta que dichas obras o inversiones se hayan realizado en la forma previamente establecida. Art. 29.**

- FIANZA QUE GARANTICE EL ESTABLECIMIENTO DEL PLAN INSTITUCIONAL DE PREVENCIÓN Y CONTINGENCIA.

Las instituciones, públicas o privadas que realizan procesos peligrosos o manejan sustancias o desechos peligrosos, o se encuentran en zonas de alto riesgo, que ya estén definidas en el Mapa establecido en el inciso anterior, están obligadas a incorporar el Plan Nacional de Prevención y Contingencia Ambiental en planes institucionales de prevención y contingencia en sus áreas y sectores específicos de acción y desempeño. Cuando se trate de instituciones privadas **deberán de rendir fianza que garantice el establecimiento de su Plan Institucional de prevención y Contingencia** incurriendo en responsabilidad administrativa quien tenga la obligación y no elabore dicho plan. Para la obtención del correspondiente permiso ambiental las empresas interesadas deberán establecer su plan institucional de prevención y contingencia.

En el Reglamento General de la Ley del Medio Ambiente, se establece, en el art. 118, que conforme a lo dispuesto por el inciso tercero del Art. 83 de la Ley, **las medidas preventivas relacionadas podrán sustituirse, rindiendo una fianza equivalente al monto establecido en el valúo provisional realizado por la autoridad competente, con el fin de garantizar la restauración, real o potencial, del daño causado.**

- FIANZA EXIGIDA A LOS DEUDORES DEL FISCO.

Mediante decreto legislativo numero 230 de fecha 14 de diciembre del año dos mil, se promulga el Código Tributario, cuya finalidad es emitir un marco legal que facilite el cumplimiento de las obligaciones tributarias,

y garantice una eficaz recaudación fiscal que garanticen un adecuado flujo de recursos financieros que permitan atender las responsabilidades que competen al Estado. En atención a esta finalidad el Estado por medio de esta normativa, busca entre otros fines, garantizar el pago de las deudas a favor del fisco. En ese sentido el Art. 274, expresa que a efecto de garantizar el pago de los impuestos, multas e intereses firmes, líquidos y exigibles. En los casos de prevención de insolvencia, los sujetos pasivos deberán rendir fianza bancaria o de cualquier otra institución legalmente autorizada para otorgarlas. Esta fianza persigue que se garantice el pago de las deudas tributarias. La garantía que se otorgue deberá constituir por un monto que cubra la totalidad del impuesto, multas e intereses adeudados, incrementado en un cincuenta por ciento y con una vigencia que no podrá ser superior a un año, vencido el plazo de la garantía sin que el pago haya sido realizado la administración tributaria la hará efectiva.

Si el pago de la suma adeudada se realizare antes de expirar el plazo para el cual se constituyo la garantía se efectuara la devolución del documento de fianza respectivo.

El Art. 221, establece las especies de garantías que se admiten, siendo estas: Deposito en dinero; depósitos en letras o bonos del Estado, de cedula hipotecaria o de otros títulos garantizados por el Estado y cuya eficacia para estos efectos haya sido reconocidos expresamente por leyes especiales.

- FIANZA QUE DEBEN RENDIR LAS CASAS CORREDORAS DE BOLSA Y LAS SOCIEDAD CLASIFICADORAS DE RIESGOS.

La Ley del Mercado de Valores, es la normativa que regula: la oferta pública de valores; las sociedades bolsas de valores; las sociedades emisores de valores, las casas corredoras de bolsa y la sociedad clasificadoras de riesgos.

Todas estas sociedades son supervisadas por la Superintendencia del Sistema Financiero, y para su funcionamiento deben estar registradas en el Registro Público Bursátil.

Se llaman Bolsa de Valores, las sociedad anónimas de capital variable, cuya finalidad es facilitar las transacciones y procurar el desarrollo del mercado bursátil y proveer a sus miembros los medios necesarios para realizar eficazmente transacciones de valores – Acciones – obligaciones negociables y demás Títulos Valores – deben fundarse con un capital mínimo de dos millones quinientos mil colones, deberá integrar entre sus socios, a un mínimo de diez sociedades corredoras de bolsa.

Las sociedades denominadas Casa Corredoras de Bolsa, llamadas simplemente casas de corredores, es la sociedad organizada y registrada conforme a la ley, para realizar de manera habitual intermediación de valores. Deben fundarse y operar con un capital social mínimo de un millón de colones íntegramente suscrito y pagado.

Las sociedades clasificadoras de riesgos, son sociedades mercantiles especializadas en análisis financiero, que tienen por finalidad principal la calificación de riesgo de los valores objeto de oferta pública, y a difundir los resultados en el mercado financiero.

De conformidad al artículo 63 de la Ley de Mercado de Valores, **las casas de corredores** deberán constituir previo al inicio de sus operaciones **UNA GARANTIA, para asegurar el cumplimiento de todas sus obligaciones como intermediarios de valores, en beneficio de sus futuros clientes presentes o futuros que tenga o llegaren a tener en razón de sus operaciones de intermediación de valores.** La garantía será de un monto inicial equivalente a un millón de colones y responderá única y exclusivamente por responsabilidades adquiridas en la intermediación de valores.

La garantía podrá constituirse ya sea en dinero en efectivo, en **FIANZA DE UN BANCO, FINANCIERA O COMPAÑÍA DE SEGURO**, así como en prenda sobre valores aceptados por la bolsa respectiva. Deberán designar a una Bolsa de Valores, a un banco o financiera, como representantes de los beneficiarios potenciales de la garantía.

Si la garantía consistiere en fianza de banco, financiera o compañía de seguros, los representantes de los beneficiarios serán además los tenedores de los documentos justificativos de las mismas. Art. 63 y 64.

Las sociedades de riesgos, que tienen como finalidad principal la clasificación de riesgo de los valores de objetos de oferta pública, deben constituirse y operar con un capital social mínimo de quinientos mil colones. De conformidad al Art. 88 numeral 3, deberán constituir previo al inicio de sus operaciones **UNA GARANTIA, para asegurar el cumplimiento de todas sus obligaciones como clasificadoras de riesgos, en beneficio de sus futuros clientes presentes o futuros que tenga o llegaren a tener en razón de sus operaciones. La garantía será de un monto inicial equivalente a quinientos mil colones y responderá única y exclusivamente por responsabilidades adquiridas en la intermediación de valores.**

La garantía podrá constituirse ya sea en dinero en efectivo, en **FIANZA DE UN BANCO, FINANCIERA O COMPAÑÍA DE SEGURO.**

- **FIANZA EXIGIDA A LOS CONCESIONARIOS MINEROS.**

La Ley de Minería, tiene por objeto regular los aspectos relacionados con la exploración, explotación procesamiento y comercialización de los recursos naturales no renovables existentes en el suelo y subsuelo del territorio de la República de El Salvador. La primera Ley de Minería, data del año de 1922, y en vista de ser una normativa obsoleta, en el año de 1996, fue sustituida por una nueva ley, adaptada a las nuevas exigencias protectoras del medio ambiente.

Según esta ley, toman el nombre concesionarios mineros, las personas naturales o jurídicas que habiendo comprobado la existencia de potencial minero económico en el área autorizada, solicita el otorgamiento de la Concesión para la explotación y aprovechamiento de los minerales. Dicha concesión es otorgada por un plazo de treinta años, prorrogable.

El Titular de una Concesión tiene, entre otras, las obligaciones siguientes:

Explotar racional o sustentablemente él o los yacimientos minerales objeto de la concesión, y Renovar oportunamente **la fianza o garantía de fiel cumplimiento a favor del Estado.**

El reglamento de la Ley de Minería, establece en su artículo 14, que la **fianza o garantías para responder por los daños o perjuicios que se causen al Estado o a terceros**, como consecuencia de la ejecución de las operaciones mineras, será otorgada a favor del Ministerio, estando obligado el Titular a presentar a la Dirección el original del documento, previo a la emisión del Acuerdo correspondiente. Tal garantía deberá mantenerse vigente durante el tiempo que duren las operaciones, ésta, en ningún caso será menor de cincuenta mil colones ni mayor de trescientos mil colones por kilómetro cuadrado.

El monto de la garantía podrá ampliarse cuando sea necesaria mayor cobertura, siempre que no exceda el límite superior señalado en el inciso anterior. Cuando el monto de la garantía resulte insuficiente para cubrir los pagos, el Titular estará obligado a compensar la totalidad de los daños y perjuicios causados.

- FIANZAS QUE DEBEN RENDIR LOS MOTORISTAS DE OFICIO Y CONDUCTORES JUVENILES

Según el artículo 152 del Reglamento General de Tránsito de Seguridad Vial, los motoristas de oficio y conductor juvenil, rendirán fianza por la suma de cinco mil colones, por los daños y perjuicios que ocasionen a terceros al conducir los vehículos a su cargo. Dicha fianza podrá ser otorgada por cualquier institución autorizada para ello.

La fianza tendrá valor hasta el final del año en que ha sido otorgada y caducará cuando el fiador de aviso que retirará la fianza; respondiendo el fiador por las responsabilidades pendientes hasta la fecha de su retiro.

Toda fianza podrá caducar cuando la Dirección General de Tránsito tenga motivos legalmente comprobados y con audiencia de la parte interesada, y en este caso el motorista deberá presentar una nueva fianza, sin la cual no podrá seguir conduciendo vehículo alguno.

Quedan exceptuados de la obligación de rendir fianza, los conductores particulares y los motoristas.

- FIANZA QUE DEBERAN RENDIR LOS CENTROS DE CONTROL DE EMISION DE GASES.

El Reglamento General de Transito y Seguridad Vial, establece en el Art. 219, que la verificación del funcionamiento de los vehículos automotores en lo referente a emisiones de gases, humos y partículas, se efectuará a través de una Empresa Supervisora y Contralora, y de Centros Privados de Control de Emisiones (en adelante denominados Centros de Control), inscritos a nombre de personas naturales o jurídicas y debidamente autorizados por la Comisión Reguladora de Transporte Terrestre

Según el Art. 221, para ser autorizados por la Comisión, los Centros de Control deberán estar legalmente establecidos y rendir una fianza de ¢200.000.00 al Vice Ministerio de Transporte.

**- FIANZA QUE DEBERAN RENDIR LOS IMPORTADORES DE VEHICULOS
USADOS.**

Establece el articulo 10 de las Normas de Importación de Vehículos Usados y Otros Medios de Transporte, que las persona que introduzcan vehículos usados con el propósito de su posterior venta, tienen el derecho de circular y permanencia temporal de tales vehículos por un plazo improrrogable de noventa días, a partir de la fecha de entrada en el país. Para acogerse a tal derecho, deberán rendir una fianza de cien mil colones, que servirán para garantizar el interés fiscal relativo al impuesto de introducción correspondiente.

- FIANZA QUE DEBERA RENDIR EL TUTOR PARA EJERCER SU CARGO.

El Código de Familia, establece en el Art. 306, que los Tutores nombrados para poder ejercer actos de administración en beneficio del Pupilo debe rendir facción de inventario, valúo y constitución de garantía.

Establece el Código de Familia, **LA FIANZA DE ADMINISTRACION**, que también de llama de fiel cumplimiento. Solo el testador lo puede relevar de la obligación de rendir fianza. La garantía podrá consistir en hipoteca o prenda, o **en fianza otorgada por instituciones de crédito o empresas de seguros o de fianzas**. La garantía personal, aun la caución juratoria, será admisible, siempre que a criterio del juez fuere suficiente, tomando en cuenta el valor de los bienes inventariados y la solvencia y buena reputación del tutor.

**- FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO QUE DEBEN OTORGAR FUNCIONARIOS
MUNICIPALE Y DEUDORES DEL MUNICIPIO.**

El Código Municipal, en el Art. 97, establece que el Tesorero, funcionarios y empleados que tengan a su cargo la recaudación o custodia de fondos, deberán rendir fianzas a satisfacción del Consejo, excepto cuando el cargo fuere desempeñado por algún miembro del mismo.

La misma normativa establece que si una persona es deudora del Municipio, y solicitare solvencia, se le podrá extender toda vez caucione el monto adeudado, admitiéndose como caución el deposito de dinero en efectivo; Fianza Hipotecaria, Fianza Bancaria, y el Deposito de letra o bonos, Cédulas Hipotecarias u otros títulos garantizados por el Estado o Instituciones Oficiales Autónomas. Para el caso la **LEY DE LA COMISION EJECUTIVA HIDROELECTRICA DEL RIO LEMPA**, establece en su Art. 17, que los bonos de la comisión serán inversiones legales y podrán aceptarse en garantías y fianza por cualquier oficina publica; así mismo, se faculta al Banco Central de Reserva de al Salvador para realizar operaciones de mercado abierto de acuerdo con su Ley y Estatutos, con los bonos emitidos por la Comisión.

10. EXTINCION DE LA FIANZA MERCANTIL

1. La extinción de la fianza sea civil o mercantil, puede serlo: a) por vía principal y b) por vía de consecuencia.

Como obligación accesoria que lo es, la fianza se extingue **por vía de consecuencia**, cuando se extingue en todo o en parte la obligación principal, según lo dice el número 3 del artículo **2131 C.**

Por **vía principal**, cuando se extingue por cualquiera de los medios que señala el artículo **1438 C.** que señala los modos de extinción de las obligaciones.

2. Además, según el mismo artículo **2131 C.** especificados en sus numerales 1 y 2, la fianza se extingue: a) por el relevo de la misma, en todo o en parte, concedido por el acreedor al fiador, y b) en cuanto el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse.

3. Asimismo, la fianza se extingue según el artículo **2132 C.**, que se refiere a la “**dación en pago**”, o sea cuando el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal, en descargo de la deuda, un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, caso en que la fianza queda irrevocablemente extinguida, aunque después sobrevenga evicción del pago.

4. Al propio tiempo la fianza se extingue por la **confusión** de las calidades de acreedor y fiador, o de deudor y fiador; pero en este segundo caso, o sea la confusión entre deudor y fiador, la obligación del subfiador subsistirá.

5. Con el objeto de que el fiador no permanezca indefinidamente con la incertidumbre de una responsabilidad eventual, el acreedor debe hacer efectiva la fianza en un término razonable después de que se hace exigible la obligación garantizada. En lo mercantil la fianza prescribe a los tres años

11. DIFERENCIAS ENTRE FIANZA CIVIL Y

FIANZA MERCANTIL

Las diferencias entre la fianza civil con la fianza mercantil, son las siguientes:

1. En El Salvador, fue a partir de la promulgación del vigente Código de Comercio, que expresamente quedó clarificada la situación de la existencia de dos ordenamientos jurídicos para el contrato de fianza: el civil (Título XXXVI) y mercantil (Capítulo II, Título XIV).
2. El artículo 1539 Com. preceptúa que el contrato de fianza únicamente lo pueden constituir **empresas** que se dediquen a esa clase de giros, así como las **instituciones bancarias**. Esto se comprende por la doctrina que inspira al Código de Comercio vigente, que es la doctrina moderna, conocida con el nombre de “acto en masa realizado por empresa”. En lo Civil, **cualquier persona** puede ser fiador.
3. Lo expuesto en el número anterior (2) 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 en lo mercantil, no podrían dedicarse profesionalmente a otorgar fianzas gratuitas, pues ello estaría en contradicción con el concepto mismo de empresa. En materia civil el contrato de fianza es generalmente gratuito, pero también puede estipularse una remuneración a favor del fiador.
4. En lo mercantil, el contrato de fianza es **solemne**, ya que está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto. Por su parte el artículo **1541 Com.** indica que la fianza mercantil se hará constar en póliza y con los requisitos que se exigen en el mismo precepto. En lo civil, la fianza no es solemne como en lo 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.

5. En el campo mercantil el fiador responde solidariamente por el fiado (**Art. 1540 Com.**). En cambio en lo civil la responsabilidad es subsidiaria y excepcionalmente solidaria; por consiguiente en lo mercantil el fiador no goza del beneficio de excusión de bienes como sucede en lo civil. Dos circunstancias especiales con relación a la fianza civil se evidencian en el artículo 1540 Com.: que en lo mercantil el fiador responde solidariamente por el fiado; y b) que el fiador no goza del beneficio de excusión de bienes.

Obligación solidaria es aquella 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. En lo mercantil, pues, fiador y 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.

6. Con relación al momento en que puede el acreedor o beneficiario exigir el cumplimiento de la obligación son los artículos **1544 y 1545 Com.** los que reglamentan los “Efectos de la Mora”. Entendiéndose por mora, retardo o tardanza en el cumplimiento de la obligación, ya sea del deudor o del acreedor o de ambos. En el Código Civil se regla la mora del deudor en el artículo **1422** y la mora del acreedor en distintas normas. **1419, 1421, 1550 y 1630.**

En lo civil, de conformidad al artículo 1422 C. el deudor está en mora: 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora. 2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

En lo mercantil se aplica la misma disposición, con la excepción en los casos en que la ley concede términos de gracia.

Siendo la fianza un contrato accesorio de lo principal, es lógico que cuando el deudor cae en mora recaerá esa mora también en fiador.

7. 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: 1. La acción de reembolso; 2. La acción de subrogación y, 3. La acción de mandato.

La acción de **reembolso** está comprendida en el artículo 2120 C. que dice: “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 acción **subrogatoria** se encuentra en el artículo 1480 No. 3 C., se efectúa por ministerio de ley y aun contra la voluntad del acreedor, a 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 transfiere con sus mismas calidades y vicios al fiador.

La acción de **mandato** se regula en el artículo 2121 C. que dice: “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 competa 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 del mandato contra el mandante; b) la de reembolso; y c) la de subrogación.

CAPITULO IV.

1. TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

Los Tratados de Libre Comercio son acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales resultantes de negociaciones internacionales, cuyo propósito es liberar el intercambio de bienes y servicios, así como promover e incrementar las inversiones entre los países o grupos de países, eliminando los aranceles y otras barreras no arancelarias al comercio recíproco.

2. BENEFICIOS DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

- El **Tratado de Libre Comercio** se constituye como un instrumento de desarrollo de la economía salvadoreña, con expectativas de generar más y nuevos empleos directos e indirectos.
- Mayores **oportunidades** para el consumidor de adquirir en el mercado local productos a precios competitivos.
- El Tratado consiste en un **marco jurídico** que otorga certidumbre al comercio y a la inversión entre las Partes que lo suscriben, garantizando un clima de negocios seguro que permita a los sectores productivos la búsqueda de mejores oportunidades.

- Un **amplio acceso** de nuestros productos al mercado del nuevo socio comercial con importantes ventajas frente a los productos competidores de terceros países. Con expectativas de acrecentar las exportaciones de nuestro país.
- Una **amplia oportunidad** para la adquisición de materia prima e insumos para la elaboración de productos beneficiarios de las preferencias arancelarias establecidas en el Tratado, conformando de esta forma nuevas cadenas productivas.
- La creación en el país de un **clima propicio y preferente** que fomenta la inversión del nuevo socio comercial, lo cual adquiere trascendental importancia en función de las nuevas fuentes de trabajo que generará.
- El Tratado establece **mecanismos eficaces** para la aplicación, cumplimiento y administración de las preferencias consignadas en el mismo, que garantizan a los agentes económicos participar en condiciones de competencia dentro de la zona de libre comercio.

De acuerdo a la Constitución de la República, **el Presidente tiene entre sus atribuciones la de celebrar tratados y convenciones internacionales**, y posteriormente someterlos a la ratificación de la Asamblea Legislativa. En materia de comercio, el Presidente lo hace a través del **Ministerio de Economía** coordinándose con dependencias del Estado directamente relacionadas para construir una posición nacional.

Para llegar a las mesas de negociaciones, el gobierno realiza las consultas respectivas, de acuerdo a su marco interno. De esta manera, entre los interlocutores involucrados en el proceso de consultas destacan:

Ciudadanos interesados (organizaciones no gubernamentales, estudiantes universitarios y sector académico, intelectuales y público en general) manifiesten y expresen su opinión en temas relacionados al comercio; y dentro de este esfuerzo se ha puesto a disposición una dirección electrónica, la cual fue creada con el objeto que este sector tenga un espacio a donde pueda remitir sus aportes y opiniones en materia de comercio.

Sector Productivo: Bajo el Sistema de Negociaciones Comerciales de El Salvador, las consultas con el sector productivo se efectúan a través de una organización creada para tales fines denominada: “Oficina de Apoyo del Sector Productivo para las Negociaciones Comerciales (ODASP)”, la cual está organizada con participación de representantes de todos los sectores empresariales, y el enlace con la Dirección de Política Comercial (entidad responsable de las negociaciones comerciales) se hace a través de un coordinador designado para tales propósitos.

NEGOCIACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES AREA DE LIBRE COMERCIO DE LAS AMERICAS (ALCA)

En el proceso del establecimiento de un área de libre comercio de las Américas, los 32 países participantes reconocen la necesidad de una participación creciente de los distintos sectores de la Sociedad Civil como una forma de reafirmar el compromiso con el principio de transparencia. Es así como durante la IV Reunión Ministerial celebrada en San José Costa Rica, en el mes de marzo de 1998; los Ministros acordaron la creación de un Comité Consultivo, otorgándole el mandato de recibir los aportes de la sociedad civil del hemisferio, analizarlos y reportar los diferentes puntos de vista a los Ministros. De esta manera se crea el Comité de Representantes Gubernamentales sobre la Participación de la Sociedad Civil.

En su labor, el Comité ha extendido tres invitaciones públicas para fomentar la participación de diversos sectores; la más reciente se lanzó el 1º. de noviembre del 2001 y luego de ella se han recibido varios aportes referentes las diferentes mesas de negociación y los Comités Especiales. En esta actividad se ven involucrados grupos de organizaciones de la sociedad civil, académicos, grupos de estudiantes, gremiales y público en general

CAPITULO V.

1. CONCLUSIONES

Después de haber realizado el presente trabajo investigativo, puede decirse primeramente que, siendo la fianza, en términos generales un instituto de gran raigambre, merece un análisis final que de manera sistemática y especializada muestre aspectos relevantes acerca de esta, que han sido objeto de estudio y que han llevado a conclusiones lógicas y de mucha importancia.

De modo que así por ejemplo cuando hablamos de fianza civil y fianza mercantil, no nos estamos refiriendo a dos grandes ramas del derecho, si no que claramente quiere enfatizarse una vez mas que la fianza mercantil es una rama especializada de la fianza civil, pero que si bien no se pueden confundir, no pueden tampoco estudiarse aisladamente una de la otra, puesto como ha venido considerando y de hecho y en derecho así se contempla, el derecho civil contiene una serie de principios reglas y normas que son de aplicabilidad esencial en las distintas ramas del derecho privado.

Por lo tanto se dice que: La fianza civil ofrece una amplia gama de principios doctrinarios y legales que son de carácter esencial para su aplicación, por lo que al estudiar la fianza mercantil, nos encontramos con que esta es necesario aplicar la mayoría de dichos principios, puesto que sin ellos se desnaturaliza la figura misma de la fianza.

Para el caso la característica mas relevante quizá seria la de ser accesoria, y esto se aplica a ambos tipos de fianza puesto que si la fianza mercantil, dejara de tener este carácter se estaría en presencia de una figura totalmente distinta de la fianza; lo mismo sucede con otros aspectos generales de la fianza, como la de poseer requisitos para su otorgamiento y valides.

La fianza mercantil, a sido considerada como un contrato de garantía propiamente dicho; y en efecto doctrinalmente se puede decir que se trata de un contrato que sirve para asegurar el cumplimiento de una

obligación principal ajena, pero aparejada a esta aseveración se encuentra la manera en que este contrato ha venido operando evolutivamente, desde la época romana la cual se considera el antecedente más remoto de la fianza hasta estos días en que la función que esta presta, mediante la celebración del mismo, entre empresas ha cambiado gradualmente a medida que las sociedades han adoptado diversos tipos de economías las cuales han sido el eje directriz para la celebración de contratos de fianza entre otros.

En el caso de EL Salvador C.A. en este momento coyuntural en el cual se ve envuelto en una serie de cambios económicos como lo son primeramente la bilateralización monetaria, y la más trascendental la firma del Tratado de Libre Comercio con Los Estados Unidos de Norte América siendo estos cambios meramente drásticos para la economía salvadoreña, el Contrato de Fianza Mercantil, estaría desempeñando un papel bastante protagónico en el funcionamiento de las operaciones mercantiles, ya que mediante el otorgamiento masivo de créditos, habrá necesidad de afianzar los mismos tanto por las empresas nacionales y extranjeras que realicen dichas operaciones.

Por lo tanto la Fianza Mercantil ofrece hoy día una mayor y más amplia utilidad práctica, por medio de la cual tanto las empresas afianzadoras, bancos y entidades autorizadas para realizar este tipo de contratos, así como el sector micro, pequeño y grandes empresarios estarían inmersos en una política económica que les ofrecerá mayor amplitud de beneficios y de oportunidades mediante el funcionamiento de todas las importaciones, exportaciones y operaciones en general que se lleven a cabo entre los países Centro Americanos y Los Estados beneficiados con el TLC.

Para finalizar, puede enfocarse en términos estrictos que debido al afloramiento de las transacciones económicas que se llevarán a cabo en los siguientes meses y años, en esta nación, no solamente el Ministerio de Economía será el encargado de intervenir en dichas operaciones, sino que le compete y de manera directa el intervenir al órgano Legislativo y como consiguiente también al Judicial en lo referente a la reglamentación de Tratados, decretos, leyes y reformas que haya que hacerle a la legislación mercante que rige hoy día.

Le compete pues el regular y establecer normas de carácter imperativo que vayan de acorde con los distintos tipos de políticas económicas que se manejen a nivel empresarial, y que servirán para el buen funcionamiento y resultadote todos los micro, pequeño, y grandes operaciones que se realicen en todo el marco de negocios que a la vista son de carácter inminente para el país.

2. RECOMENDACIONES.

A la Asamblea Legislativa:

- Promover reformas a los Artículos del Código de Comercio que regulan el Contrato de Fianza Mercantil, tendientes a la regulación de forma clara en que se debe celebrar dicho contrato y sus diferentes clasificaciones adecuando dicha regulación al tratado de Libre Comercio que rige dentro de la nueva normativa social de nuestro País.

Ministerio de Relaciones Exteriores:

- Gestionar ante Organismos Internacionales, recursos y capacitaciones para el personal involucrado en el tratamiento de los Empresas y la forma de garantizar las obligaciones sobre los servicios prestados y beneficios que se obtienen a través de ellas, tomando como parámetro el Tratado de Libre Comercio de nuestro país con otros países.

Ministerio De Economía:

- Ampliar la información y capacitaciones a todo el sector Empresarial, tanto a la grande, pequeña y mediana Empresa para obtener un mejor respaldo de las obligaciones y beneficios emanados de los contratos de garantía específicamente del Contrato de Fianza Mercantil a efecto de obtener un mejor rendimiento dentro de la relación mercado-empresa.

A la Universidad de el Salvador

- A la Biblioteca actualizar la información sobre temas relacionados al derecho mercantil; ya que el Derecho es una Ciencia que evoluciona y actualiza constantemente.

BIBLIOGRAFIA.

- Código Civil
- Código de Comercio
- Ley de Sociedades de Seguros.
- Ley de Procedimientos Mercantiles
- Reglamento de la Ley de Sociedades de Seguros
- Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.
- Ley General de Presupuesto
- Reglamento de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado
- Ley de Bancos.
- Ley de Bolsa de Valores.
- Ley de creación del Banco Multisectorial de inversiones
- Ley de Medio Ambiente
- Código Tributario.
- Código de Familia.
- Ley de Marcas.
- Ley de Derechos de Autor.
- Ley de Minería.
- Ley de Simplificación Aduanera.
- Ley del Medio Ambiente.
- Ley Orgánica de la Aviación Civil.
- Reglamento General de Tránsito y Seguridad Vial.
- Código Municipal.

AMENOS



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS

GUIA DE ENCUESTA: Para obtener información acerca de la importancia y el conocimiento jurídico del Contrato de Fianza Mercantil.

OBJETIVO: Medir el conocimiento acerca de la aplicación del Contrato de Fianza Mercantil.

DIRIGIDA A: Jueces, Fiscales, Procuradores y Estudiantes de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la zona Oriental.

INSTRUCCIÓN: Responda cada una de las preguntas enunciadas conforme cree conveniente, marcando con una "X".

1. ¿Sabe que es una fianza civil?

Si No No Se

2. ¿Sabe que es una fianza mercantil?

Si No No Se

3. ¿Sabe para que sirve una fianza mercantil?

Si No No Se

4. ¿Sabe quien extiende una fianza mercantil?

Si No No Se

5. ¿Sabe que es una fianza de fidelidad?
Si No No Se

6. ¿Sabe que es una fianza de daños a terceros?
Si No No Se

7. ¿Sabe que es una fianza de cumplimiento de Obra?
Si No. No Se

8. ¿Sabe que es una fianza ambiental?
Si No No Se

9. ¿Sabe que es una fianza judicial?
Si No No Se

10. ¿Sabe que es una fianza fiscal?
Si No No Se

11. ¿Sabe si los bancos extienden fianzas?
Si No No Se

12. ¿Sabe que son sociedades afianzadoras?

Si No No Se

13. ¿Sabe que son las sociedades de garantía recíproca?

Si No No Se

14. ¿Sabe si los Motoristas del Servicio Público de Pasajeros rinden algún tipo de fianza?

Si No No Se

15. ¿Sabe si los empleados públicos rinden fianza para desempeñar su trabajo?

Si No. No Se

16. ¿Sabe si las sociedades corredoras de bolsa rinden fianza, para ejercer la G venta de valores?

Si No No Se

17. ¿Sabe si las sociedades Clasificadoras de Riesgo rinden fianza?

Si No No Se

18. ¿Sabe si los Agentes Aduanales rinden fianza?

Si No No Se

19. ¿Sabe que es el Reafianzamiento?

Si No No Se

20. ¿Sabe que es el Coafianzamiento?

Si No No Se

21. ¿En que circunstancias ha oído hablar de que una persona debe rendir

fianza?

22. ¿Sabe desde cuando existen las sociedades de Seguros y Fianzas?

Si No No Se

23. ¿Sabe desde cuando existen las sociedades de garantía reciproca?

Si No No Se

MODELO DE FIANZA.

“POLIZA No. FF-11560 VENCE. 1º. DE FEBRERO DE 2008.

“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 para los cargos en los cuales están afianzados por esta Póliza, aun cuando tales actos los cometiere el empleado junto con terceras personas, quedando limitada la responsabilidad 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 o liquidaciones a favor del Estado o de las Empresas e Instituciones 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 Empresas e Instituciones Oficiales Autónomas; sin exceder por cada 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 1° de febrero de 2003, 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 Republica 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 febrero de 2003.

Dr. PRUDENCIO LLACH
Presidente

LUIS FIGUEROA G.
Gerente General.

FRANCISCO ENRIQUE NUILA VILLALTA
Jefe de Departamento de Emisión.

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 denominar “El BANCO” por el presente documento OTORGA:

Que el Banco se constituye fiador de la COOPERATIVA ALGODONERA SALVADOREÑA LIMITADA, a favor de la COMPAÑÍA DE ALUMBRADO ELECTRICO DE SAN SALVADOR, de esta plaza, hasta por la suma de NUEVE MIL OCHOCIENTOS DÓLARES, para garantizar el pago de la energía eléctrica que dicha compañía le suministre a la Cooperativa Algodonera Salvadoreña limitada en el periodo inactivo comprendido del primero de mayo al treinta 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 contados a partir de este día, el monto de la garantía se hará efectivo total o parcial 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, diecisiete de noviembre del año dos mil dos.

