

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**EL BENEFICIO O EXCEPCIÓN DE EXCUSIÓN REGULADA EN NUESTRA LEGISLACIÓN,
DESCONOCIMIENTO DE SU EXISTENCIA Y SU FALTA DE APLICACIÓN**



LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio de 2007

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda. Enma Graciela Salazar Castillo
Vocal:	Licda. Rosa Maria Ramírez Soto
Secretario:	Lic. Luis Alberto Pineda Roca

Segunda Fase:

Presidente:	Licda. Marisol Morales Chew
Vocal:	Lic. Luis Roberto Romero Rivera
Secretario:	Licda. Patricia Eugenia Cervantes Chacón

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”, (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Lic. Luis Fernando Pérez Zamora
Colegiado Número 5937
DIRECCIÓN: 6ta. Avenida Norte Número 72
Antigua Guatemala, departamento de Sacatepéquez
Tel. 78320358

Guatemala, 12 de octubre del 2006

Licenciado

Marco Tulio Castillo Lutín

Jefe Unidad de Asesoría de Tesis

Presente

Es un honor dirigirme a usted con el objeto de presentar el dictamen correspondiente al Trabajo de Tesis presentado por la Bachiller **Lisette Noemi Hernández Galindo** titulado inicialmente como: **"EL BENEFICIO O CLÁUSULA DE EXCUSIÓN REGULADA EN NUESTRA LEGISLACIÓN Y SU FALTA DE APLICACIÓN"**. Al asesorar dicho trabajo de tesis, en cumplimiento de la resolución de decanatura emitida con fecha veinticinco de agosto del año dos mil cinco, sugerí como título de tesis **"EL BENEFICIO O EXCEPCIÓN DE EXCUSIÓN REGULADA EN NUESTRA LEGISLACIÓN, DESCONOCIMIENTO DE SU EXISTENCIA, y SU FALTA DE APLICACIÓN"**, por considerarlo adecuado a su finalidad.

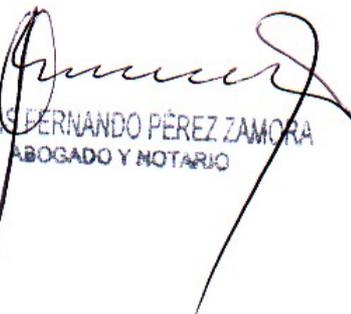
El desarrollo del tema elegido por la Bachiller Hernández Galindo, especialmente el capítulo final que es de gran importancia, ya que con ello se da a conocer una nueva excepción que puede ser planteada ya sea, como bien lo regula la doctrina, como una excepción previa o como una excepción perentoria, en un proceso de conocimiento, o bien como excepción de excusión propiamente, en un juicio de ejecución, la misma no es nominativa en nuestro ordenamiento adjetivo.

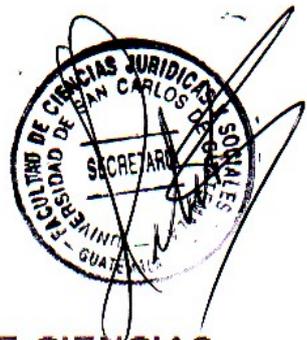


El material de apoyo bibliográfico que se utilizó, se estima que fue el adecuado. Mas conclusiones y recomendaciones que se presentan están orientadas, tanto legislativa como doctrinariamente, el desarrollo del trabajo de tesis, denota una investigación y estudio completos, realizados a través del método jurídico, de interpretación y analítico, así como técnicas de investigación que permitieron llegar a confirmar la hipótesis sustentada como puede establecerse en su contenido.

Por las razones consideradas, se estima que el trabajo de tesis reúne los requisitos que establece el Reglamento para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo cual considero que tiene los elementos necesarios para su aprobación, pues el contenido científico y técnico, es de enorme beneficio para el conocimiento y la aplicación de la excepción de excusión dentro del procedimiento civil, y en ese sentido emito opinión favorable, debiendo continuarse con el trámite correspondiente.

Sin otro particular, atentamente.


LIC. LUIS FERNANDO PÉREZ ZAMORA
ABOGADO Y NOTARIO



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, dos de febrero de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) FERNANDO ALEJANDRO MONTALVO REINA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **LISSETTE NOEMÍ HERNÁNDEZ GALINDO**, Intitulado: **"EL BENEFICIO O EXCEPCIÓN DE EXCUSIÓN REGULADA EN NUESTRA LEGISLACIÓN, DESCONOCIMIENTO DE SU EXISTENCIA, Y SU FALTA DE APLICACIÓN"**.

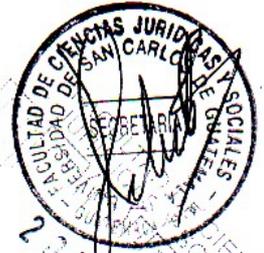
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh

Lic. Fernando Alejandro Montalvo Reina
Colegiado 3451
Sector 31, Casa 14, Residenciales Las Victorias
Palín Escuintla.
Tel. 54143647



Guatemala, 15 de febrero de 2007.

Licenciado

Marco Tulio Castillo Lutín

Jefe Unidad de Asesoría de Tesis

Licenciado Castillo Lutín:

Por medio de la presente, me dirijo a Usted, con el objeto de manifestarle que en cumplimiento a la designación contenida en resolución de fecha dos de febrero del año en curso, procedí a revisar el trabajo de tesis intitulado **"EL BENEFICIO O EXCEPCIÓN DE EXCUSIÓN REGULADA EN NUESTRA LEGISLACIÓN, DESCONOCIMIENTO DE SU EXISTENCIA, y SU FALTA DE APLICACIÓN"**, elaborado por la bachiller **Lissette Noemi Hernández Galindo**, habiendo formulado las observaciones que consideré pertinentes.

El desarrollo del trabajo de tesis, denota una investigación y estudio completos, realizados a través del método jurídico, de interpretación y analítico, así como técnicas de investigación que permitieron llegar a confirmar la hipótesis sustentada, la bibliografía utilizada fue la correcta, como puede establecerse en su contenido.



Considero que el presente trabajo es de gran enriquecimiento y aporte al Derecho Civil Adjetivo, pues a través del capítulo final se plasma una nueva excepción que puede ser utilizada en los casos en que los fiadores son demandados. No obstante haber quedado evidenciado en las encuestas realizadas, que los resultados en su aplicación son inexistentes, las conclusiones y recomendaciones se encuentran acordes a los objetivos del tema de investigación.

En mi opinión, el presente trabajo de tesis llena los requisitos que establece el Reglamento para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo cual considero que tiene los elementos necesarios para su aprobación, pues el contenido científico y técnico, es de enorme benéfico para el conocimiento y la aplicación de la excepción de excusión dentro del procedimiento civil, y en ese sentido emito opinión favorable.

Sin otro particular, me es grato suscribirme de usted, atentamente.

Lic. Fernando Alejandro Montalvo Reina
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, veinticuatro de mayo del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante LISSETTE NOEMI HERNÁNDEZ GALINDO, Titulado EL BENEFICIO O EXCEPCIÓN DE EXCUSIÓN REGULADA EN NUESTRA LEGISLACIÓN, DESCONOCIMIENTO DE SU EXISTENCIA, Y SU FALTA DE APLICACIÓN Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/dlh



DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser supremo, fuente eterna de sabiduría, mi refugio y fortaleza.
- A MI MADRE:** Cony Galindo, por su inmenso amor, por su lucha incesante, por sus sacrificios, a quien dedico este logro de mi vida.
- A MI PADRE:** Felipe Hernández, (Q.E. P. D) .
- A MI HIJO:** Angel Josué (Q.E.P.D), ángel hermoso, que aunque físicamente no estas conmigo, continúas siendo mi razón para alcanzar mis metas.
- A MIS HERMANOS:** Silvia Elizabeth, Edgar Felipe, Reyna Consuelo, Edwin Arturo, Luis Antonio, Sonia Marlene y Rudy Alfredo, infinitas gracias por su apoyo y su inmenso amor, muy en especial a mi hermano Edgar Felipe.
- A MIS SOBRINOS, SOBRINOS Y AHIJADOS:**
Como ejemplo a imitar.
- A MI DEMÁS FAMILIA:** Con respeto y cariño.
- A MIS AMIGOS:** Olga Morales, Rozana Villagrán, Asdrif López, Román López, Nancy Andrade, Sergio Marroquín, Alfonso Mérida, con gran aprecio.
- A LOS PROFESIONALES EN DERECHO:** Donaldo Peláez, Saul Dighero, Fernando Zamora, Fernando Montalvo, Edgar Castillo, Carlos Abrego, Estuardo Castellanos, Rafael Ruiz, a quienes expreso mi

profundo agradecimiento, por su valiosa guía, sus enseñanzas y ejemplo de superación.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, por formar mi camino para ser una profesional.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, gloriosa y tricentenaria institución, formadora de profesionales.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Clasificación general de los contratos.....	1
1.1. Por su naturaleza.....	1
1.2. Por la finalidad del título.....	1
1.3. Por su carácter.....	2
1.4. Por la causa.....	2
1.5. Por sus requisitos extrínsecos.....	2
1.6. Por su objeto.....	3
1.7. De garantía y afirmación de derechos.....	3
1.7.1. Contratos de garantía.....	3
1.7.2. Definición	3
1.7.3. La garantía en general.....	4
1.7.3.1. Garantía real.....	4
1.7.3.2. Garantía personal.....	5
1.7.3.3. Regulación legal.....	5
1.7.3.3.1. La hipoteca.....	6
1.7.3.3.2. La prenda.....	11

CAPÍTULO II

2. El contrato de fianza.....	17
2.1. Evolución.....	17
2.2. Concepto.....	20
2.3. Definición.....	20

	Pág.
2.4. Naturaleza.....	21
2.5. Carácteres.....	22
2.6. Elementos.....	25
2.6.1. Elementos formales	25
2.6.2. Elementos reales.....	26
2.6.3. Elementos personales.....	27
2.7. Clasificación de la fianza.....	30
2.7.1. Por su origen.....	30
2.7.2. Por la legislación que regula.....	34
2.7.3. Por su extensión.....	35
2.7.4. Por la obligación que garantiza.....	37
2.7.5. Por la retribución.....	39
2.7.6. Por su naturaleza.....	39
2.8. Exoneración de la fianza.....	41

CAPÍTULO III

3. Requisitos esenciales del contrato de fianza.....	43
3.1. Capacidad.....	48
3.2. Consentimiento.....	49
3.3. Objeto.....	52
3.4. Forma.....	52

CAPÍTULO IV

4. Derechos y obligaciones que surgen para los sujetos en la celebración del contrato de fianza.....	55
4.1. Consideraciones previas.....	55
4.2. Los sujetos del contrato.....	56

	Pág.
4.2.1 El acreedor.....	56
4.2.2. El deudor.....	58
4.2.3. El fiador.....	59

CAPÍTULO V

5. El beneficio o excepción de excusión regulada en nuestra legislación, desconocimiento de su existencia, y su falta de aplicación.....	63
5.1. Antecedentes.....	63
5.1.1. Beneficio de orden.....	63
5.1.2. Beneficio de división.....	65
5.1.3. Beneficio de excusión.....	66
5.2. Naturaleza jurídica del beneficio de excusión.....	67
5.3. Causas de la inaplicación del beneficio de excusión.....	67
5.4. Definición de excusión.....	68
5.5. Presupuestos para que pueda ejercerse el beneficio de excusión.....	70
5.6. Efectos del beneficio de excusión.....	71
5.7. Casos en que no procede el beneficio de excusión.....	71
5.8. Casos en que aún sin requerimiento del fiador, el acreedor esta obligado a efectuar la excusión.....	72
5.9. Regulación legal del beneficio de excusión.....	73
5.9.1. Las excepciones.....	74
5.9.2. Definición de excepción.....	74
5.9.3. Clases de excepciones.....	74
5.9.3.1. Excepción previa de incompetencia.....	75
5.9.3.2. Excepción previa de litispendencia.....	75
5.9.3.3. Excepción previa de demanda defectuosa.....	77
5.9.3.4. Excepción previa de falta de capacidad legal.....	77
5.9.3.5. Excepción previa de falta de personalidad.....	78

	Pág.
5.9.3.6. Excepción previa de falta de personería.....	79
5.9.3.7. Excepción previa de falta de cumplimiento del plazo o de la condición a que estuviere sujeta la obligación o el derecho que se haga valer.....	80
5.9.3.8. Excepción previa de caducidad.....	81
5.9.3.9. Excepción previa de prescripción.....	81
5.9.3.10. Excepción previa de cosa juzgada.....	82
5.9.3.11. Excepción previa de transacción.....	83
5.9.3.12. Excepción previa de arraigo.....	83

CAPÍTULO VI

6 Encuesta dirigida para establecer si existen casos prácticos en los que se haya hecho uso del beneficio o excepción de excusión y su forma de resolverlo.....	87
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES.....	93
ANEXOS.....	95
ANEXO A	97
ANEXO B.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	101

INTRODUCCIÓN

La inquietud por trabajar el presente problema de investigación, surgió cuando me preparaba para mi examen privado, y fue a raíz de una pregunta que me formulara mi ex jefe, el licenciado Pérez Zamora, respecto al tema “el benéfico o excepción de excusión” quien manifestó que podía ser un punto de tesis. Al analizar el Artículo referente al beneficio de excusión o excepción de excusión, surge la interrogante, respecto a si existen casos concretos en los cuales se haya hecho uso de este beneficio; en caso negativo, dar a conocer el beneficio que tendría el fiador en la aplicación de esta excepción en el supuesto que fuere demandado, pues se considera que existe desconocimiento para su aplicación.

El presente trabajo está dividido en de seis capítulos, el primero referente a la clasificación general de los contratos; el segundo se enfoca al contrato de fianza; el tercero trata acerca de los requisitos esenciales del contrato de fianza; el cuarto relacionado a los derechos y obligaciones que surgen para los sujetos, en la celebración del contrato de fianza; el quinto da a conocer lo relativo al tema principal como lo es el beneficio o excepción de excusión regulada en nuestra legislación, el desconocimiento de su existencia y su falta de aplicación; el sexto alude a las encuestas dirigidas para establecer si existen casos prácticos en el que se haya hecho uso del beneficio o excepción de excusión y su forma de resolverlo.

Se busca establecer con el presente trabajo de investigación si el beneficio o excepción de excusión se ha hecho valer o no por el fiador, en el supuesto que se haya hecho valer, cuál a sido la forma de resolverlo por los órganos jurisdiccionales, y si el juez que conoce del proceso, por ser una norma vigente, debe negar los embargos o medidas precautorias que se soliciten contra el patrimonio del fiador.

Se recurrió para la elaboración de los temas, a ciertos aportes de algunos tratadistas, se consultaron diccionarios jurídicos; y, para establecer lo referente al último capítulo, respecto a los casos prácticos, se llevaron a cabo las encuestas respectivas, tanto con auxiliares de justicia, como abogados litigantes.

La técnica que se aplicó fue la de investigación documental, haciéndose uso de la observación constante en el desarrollo de los fenómenos investigados, los métodos utilizados, el de inducción lógico, respecto de los supuestos jurídicos que fundamentan la investigación, así como el de interpretación de las normas en que se basaron los supuestos jurídicos, así mismo se hizo un análisis doctrinario, que consiste en la investigación bibliográfica que sirvió de base al estudio del tema, y el legal, que se llevó a cabo sobre la normativa relativa al contrato de fianza, en donde se encuentra inmerso el beneficio o excepción de excusión.

CAPÍTULO I

1. Clasificación general de los contratos:

Debemos indicar que en el ámbito contractual se refiere a contratos en múltiples sentidos, tanto así, que de conformidad con lo enunciado en diccionarios jurídicos, hay contratos obligatorios, contratos relativos a los derechos reales, contratos concernientes al derecho de familia, contratos sobre derechos sucesorios, contratos de garantía, etcétera. Por tal motivo y en términos generales, daremos las clasificaciones doctrinales de los contratos:

1.1. Por su naturaleza:

Unilaterales y bilaterales: cuando el contrato obliga a una sola de las partes o recíprocamente a ambas.

1.2. Por la finalidad del título:

Onerosos y gratuitos, si cada una de las partes procura una compensación económica o se otorgue sin la intención de recibir equivalente alguno. Los onerosos se subdividen en conmutativos y aleatorios; los primeros son aquellos en los que la prestación de cada una de las partes es determinable desde el momento en que se celebra el contrato. Los aleatorios son aquellos en que la ganancia o pérdida no se

puede establecer en el momento de su celebración y ésta depende de un acontecimiento incierto, que depende del azar.

1.3. Por su carácter:

Preparatorios, principales y accesorios. Se dividen así, cuando su fin sea previo a otros contratos que tengan valor por sí mismos, o cuando su existencia está sujeta o vinculada a otros. Los preparatorios son los que crean un estado de derecho que a su vez servirá de base para la celebración de un contrato posterior, entre los cuales se pueden mencionar, la sociedad, el mandato y la promesa. Los principales cumplen por sí mismos un fin contractual, verbigracia la compraventa, y los accesorios que deben su existencia a un contrato anterior, al cual la mayoría de las veces lo complementan, entre ellos se cita la fianza.

1.4. Por la causa:

Abstractos y causales, según que conste o no en ellos de una manera explícita el contenido de la declaración de voluntad.

1.5. Por sus requisitos extrínsecos:

Consensuales, reales, y solemnes o formales.

1.6. Por su objeto:

Traslativos de dominio, entre los cuales se pueden mencionar la compraventa, donación, cesión de derechos y acciones, permuta, etc.; traslativos de uso y disfrute entre ellos el arrendamiento, sub-arrendamiento, servidumbres, comodato, mutuo, etc.; de trabajo, podemos mencionar los laborales, de empresa, de transporte y de edición; de gestión individual como lo es el mandato, el de corretaje, y la pública promesa; de gestión colectiva como el de sociedad; aleatorios como el contrato de seguro, renta vitalicia, el juego, la apuesta; abstractos como el reconocimiento de deuda y la promesa escrita al portador.

1.7. De garantía y afirmación de derechos:

Donde se estudian: la fianza, (siendo el contrato objeto particular de estudio, pues como se enuncia, el contrato de fianza es eminentemente un aseguramiento, lo que es lo mismo “una garantía”) la prenda y la hipoteca.

1.7.1 Contratos de garantía

1.7.2. Definición:

Los contratos de garantía son: “Aquéllos que tienen por objeto afectar una cosa o valor determinado al cumplimiento de una obligación constituyendo sobre él un derecho real que es accesorio de la obligación que aseguran, o bien, que obligan

a una persona distinta del deudor a responder también con la obligación.”¹ En esta definición nos damos cuenta que la finalidad de los contratos de garantía es “asegurar la satisfacción de un crédito contra los peligros de la insolvencia, total o parcial del deudor”².

1.7.3 La garantía en general:

En nuestro entorno social, vemos con frecuencia que las obligaciones no se cumplen, y para impedir el incumplimiento de las obligaciones surgió la idea de garantía, por lo que debe ser, por consentimiento particular, mediante los contratos de garantía que se prevenga el riesgo de insolvencia o incumplimiento del deudor. La garantía se divide en: Garantía real y garantía personal, siendo la segunda la que para el efecto de investigación nos interesa.

1.7.3.1 Garantía real:

Dentro de ésta, se presentan la hipoteca y la prenda; garantías que como veremos más adelante tienden a proteger y conservar los derechos del acreedor, creadas debido a la necesidad de evitar que el deudor pueda enajenar, gravar y eludir su patrimonio o acrecentar su pasivo por medios fraudulentos, con el

¹ Vásquez Martínez, Edmundo. **Derecho mercantil**. Págs. 205-206.

² Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tomo IV. Pág. 435.

consiguiente perjuicio para el acreedor, estas garantías serán estudiadas detenidamente en este capítulo.

1.7.3.2 Garantía personal:

Fue creada a modo de intercesión de un tercero que se obliga a cumplir la obligación principal en el modo y tiempo establecidos. La forma típica de garantía personal es la fianza, esta garantía la estudiaremos detalladamente en los capítulos siguientes.

1.7.3.3 Regulación legal:

La prenda y la hipoteca se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento civil en los Artículos del 822 al 916 del título quinto, libro dos, no propiamente como un contrato específico, sino como derechos reales de garantía, y la fianza en los Artículos del 2100 al 2120 del libro quinto, título diecisiete y la cual explicaremos en el siguiente capítulo.

En el sistema de seguridades y garantías que los contratos ofrecen a los particulares, destaca primordialmente la hipoteca, por cuanto ésta constituye un derecho real de gran utilidad, que ofrece en el campo económico una excelente cobertura debido a su continua utilización por los particulares y su carácter funcional. Así también encontramos la prenda que consiste en la transmisión que

de la posesión de una cosa efectúa el deudor, a fin de garantizar el cumplimiento de una obligación, y finalmente la fianza que es el contrato que nos ocupa y el cual juega un papel muy importante porque aumenta la posibilidad de obtener el pago, ya que en vez de tener un solo sujeto pasivo de la obligación, pueden tenerse muchos, esto es, contar con un número mayor de obligados, toda vez que ya no es solamente el deudor quien responderá ante el acreedor. Estudiemos cada una de estas garantías por separado.

1.7.3.3.1. La hipoteca:

La definición proporcionada por el tratadista Puig Brutau, es la siguiente: “La hipoteca consiste en afectar el valor de unos bienes determinados en garantía del cumplimiento de una obligación también determinada o determinable. El gravamen pesa sobre los bienes hipotecados tanto si son del deudor como si no lo son o dejan de serlo”³ La hipoteca constituye una desmembración del derecho de propiedad: traba la enajenación del inmueble, impide la realización de ciertos actos que se podrían ejecutar si no existiera hipoteca. Ahora bien, la definición contenida en nuestro ordenamiento civil en el Artículo 822 es la siguiente: “La hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación”. Es

³ Puig Brutau, José. **Fundamentos de derecho civil**. Tomo III. Pág. 57.

entonces la garantía constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor y que le da derecho a éste en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de dichos bienes en el grado de preferencia establecido por la ley. De esta definición legal se establece la naturaleza jurídica de la institución al considerarla como un derecho real, por un lado, y por otro dándole un carácter inmobiliario.

La hipoteca es uno de los derechos reales más claramente definidos y que reúnen una serie de características que hacen de la misma un tipo orientador de los derechos reales de garantía, siendo por ende ésta su naturaleza jurídica.

Entre las características que diferencian y distinguen a la hipoteca como un derecho real de garantía, podemos mencionar:

- a) *Es un derecho real*, por cuanto que en ella se establecen los elementos esenciales de los derechos reales, que son la inmediatez y absolutabilidad por la sujeción directa de una persona sobre la cosa, y por su eficacia de poder hacerlo valer frente a todos.
- b) *Es un derecho accesorio*, porque nace y se extingue con la obligación principal, cuyo cumplimiento precisamente es el que asegura. De tal suerte, que ésta no se

podrá constituir si no existe un crédito u obligación que garantice, por lo tanto es un derecho dependiente. El Artículo 822 del Código Civil establece que la hipoteca va unida al negocio principal y no se puede concebir independientemente, ni puede tener existencia propia, en virtud de que garantiza la obligación.

- c) Se dice que es *inmobiliario*, porque se constituye sobre bienes inmuebles, ajenos al acreedor y enajenables. Los bienes también deberán ser enajenables, en el sentido de quien grava debe tener libre disposición de los mismos.

- d) Es un *derecho de publicidad* porque la existencia de este gravamen se hace del conocimiento de terceros, mediante la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, con el objeto de proteger los intereses de terceros que podrían salir afectados por el desconocimiento del gravamen. La hipoteca es ineficaz si no se inscribe. El inciso primero del Artículo 1125 del Código Civil regula “En el registro se inscribirán los títulos que acrediten el dominio de los inmuebles y de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

- e) La *inmediatez* también es característica de la hipoteca, ya que recae directamente sobre los bienes gravados. Es decir que es manifestación del carácter inmediato propio de todo derecho real. Significa pues, que para su efectividad, en la hipoteca no se necesita prestación alguna del propietario de la finca gravada, pues llegado

el vencimiento de la obligación, el acreedor puede proceder directamente sobre los bienes procurándose con cargo a ellos y por acto propio (a través de autoridad judicial), la parte de su valor, para cubrir el crédito garantizado.

- f) Otra característica de la hipoteca es el *no desplazamiento*, lo que significa que el bien dado en garantía, no sale fuera del dominio de su propietario.

- g) La *indivisibilidad* consiste en que mientras no se haya cumplido totalmente, la condición u obligación a que estuviere sujeto el constituyente de la hipoteca, dicha garantía continúa vigente en la totalidad del inmueble. Esta característica esta contenida en el Artículo 825 del Código Civil al preceptuar que “La hipoteca es indivisible y como tal subsiste íntegra sobre la totalidad de la finca hipotecada aunque se reduzca la obligación”.

- h) La hipoteca es *contractual* puesto que debe existir la voluntad del propietario del bien para gravarlo, y la aceptación expresa del acreedor. Tal aceptación es importante ya que el acreedor debe justipreciar el bien y asegurarse de que cubra la obligación, pues el deudor no responde personalmente en el caso de que exista saldo insoluto lo cual se encuentra regulado en el Artículo 823 del Código Civil, de acuerdo a la exposición de motivos de nuestro Código Civil, esta norma tiene por objeto defender presiones, la voluntad de los contratantes impidiendo, al incluir la

frase “ni aún por pacto expreso” que la norma sea burlada ante un aparente consentimiento del deudor mediante la presión del acreedor.

En cuanto a la clasificación de la hipoteca, podemos citar la que expone el tratadista Espín Canovas, citado por Puig Peña: ⁴

a) “Por el objeto sobre que recae, la hipoteca puede ser *mobiliaria e inmobiliaria*”.

La primera es la que se constituye sobre bienes muebles, nuestro ordenamiento sustantivo civil no incluye este tipo, dentro de la definición que se da de la hipoteca. La segunda es aquella que recae sobre bienes inmuebles, nuestra legislación la reconoce en el Artículo 822 al establecer que la hipoteca es un derecho que grava un bien inmueble.

b) “Por su origen, *voluntaria y legal*”. La primera, porque surge contractualmente, e implica la existencia de sujeto activo y pasivo de la relación jurídica en el acto de su constitución y aceptación, lo que implica que para su existencia es necesario que los sujetos expresen su voluntad y que conste en escritura pública, llenando las formalidades de ley. La segunda porque su constitución se deriva de una exigencia de la ley, es decir tiene por objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones de ciertas instituciones, que se

⁴ Puig Pena, Federico. **Ob. Cit;** . Vol. II. Págs. 450-451.

pueden considerar como especiales, tal es el caso de la administración de bienes de los ausentes, restitución de bienes, personas que ejercen potestades familiares, etc.

1.7.3.3.2 La prenda:

Se define la prenda como “un contrato real y bilateral perfecto, por virtud del cual el deudor, o un tercero por él, entrega al acreedor o a un tercero una determinada cosa mueble, para garantizar el cumplimiento de una obligación, facultándole para retenerla en su poder en tanto la obligación no se cumpla y, en caso de incumplimiento, venderla y hacerse efectivo su crédito con el precio en venta de la misma”.⁵ Según lo regulado en nuestro ordenamiento civil en su Artículo 880 la prenda “Es un derecho real que grava bienes muebles para garantizar el cumplimiento de una obligación” Podemos indicar como concepto general que la prenda es el contrato por el que un deudor o un tercero entrega al acreedor o a un tercero la posesión de un bien mueble enajenable, para garantizar el cumplimiento de la obligación y su preferencia en el pago, con el producto de su venta en caso de incumplimiento de la misma obligación.

⁵ Puig Peña, **Ob. Cit;** pág. 362.

En cuanto a la clasificación que se hace de la prenda podemos mencionar la siguiente:

a) Voluntaria o legal, según que el contrato se celebre por voluntad espontánea del constituyente, o bien para cumplir con una obligación legal de otorgar esa garantía, pero también en ese caso hay un contrato, aunque no siempre con el mismo acreedor, sino que puede ser con una tercera persona.

b) Civil o mercantil. La prenda civil sobre créditos, no puede cobrar estos créditos el acreedor pignoraticio, pues sólo puede pedir que se deposite su importe, en tanto que en la mercantil puede el acreedor prendario citar su importe.

Entre los elementos de la prenda como un derecho real de garantía, podemos mencionar:

a) Elementos personales: las partes que intervienen son el titular del mismo o acreedor pignoraticio y el constituyente de la prenda, que es el deudor o propietario de la cosa gravada, o bien un tercero, los cuales requieren capacidad general para contratar y el poder o legitimación para disponer del bien objeto de la prenda, porque sólo necesita de la capacidad general para contratar. Tal y como lo establecen los Artículos 885 y 889 del Código Civil. En la constitución de la prenda, no es parte

necesariamente el deudor de la obligación que se garantiza, ya que puede constituirse la prenda por un tercero aún sin el consentimiento de dicho deudor.

b) Elementos formales: La prenda es un contrato real y formal. Formal porque debe constar por escrito en escritura pública o documento privado, y real por ser el único contrato en nuestro derecho con la discutible salvedad hecha, que todavía requiere de la entrega de la cosa para el perfeccionamiento del contrato, dicha entrega puede ser o real o jurídica de la cosa.

c) Elementos reales: Son dos los elementos reales en la prenda; la cosa pignorada y la obligación asegurada.

Los bienes objeto del derecho real de prenda, al tenor del Artículo 880 de nuestro ordenamiento civil, son los muebles, incluyéndose en esta denominación tanto las cosas materiales como inmateriales, como en el caso de la prenda de créditos referida en el Artículo 887 del Código Civil. La prenda puede caer en un bien corpóreo o incorpóreo. Puede recaer sobre bienes fungibles, como frutos y aún sobre dinero.

Los efectos esenciales de la prenda son dos: primero obligaciones personales a cargo del acreedor prendario y segundo, un derecho real a favor del propio

acreedor prendario. Hay, asimismo, efectos eventuales de la prenda, que son obligaciones personales a cargo del constituyente de la prenda, de lo cual proviene su catalogación como contrato sinalagmático imperfecto.

Las obligaciones del acreedor prendario: las obligaciones esenciales son tres:

La primera, proveer a la conservación de la cosa como si fuera propia, y por ello, el acreedor pignoraticio tiene una responsabilidad contractual por su culpa leve en concreto, que lo obliga a reparar o indemnizar por los deterioros y perjuicios que la misma cosa experimente por su culpa o negligencia, con el deber, además de avisar al constituyente de la prenda respecto de las perturbaciones que sufra en su posesión, por ello sin perjuicio de su derecho de recuperar la cosa él mismo, a virtud del derecho de perseguir propio del derecho real. A cargo del acreedor pignoraticio existe también el deber de custodia jurídica y no sólo de conservación material de la prenda, cuando se trata de créditos pignorados, ya que en tal caso debe el acreedor prendario hacer todo lo necesario para que no se altere ni menoscabe el crédito.

La segunda, abstenerse de usar la cosa pignorada, pues no tiene el acreedor prendario el "jus utendi", a menos que expresamente esté autorizado por convenio, ya que si el acreedor pignoraticio abusa de la prenda usando de ella sin estar

facultado para hacerlo, puede exigírsele por el constituyente de la prenda se deposite la cosa en un tercero o que se dé fianza para restituirla en el estado en que la recibió. Tampoco tiene el “jus fruendi” o sea derecho a la percepción de los frutos, ya que, salvo pacto en contrario, los frutos no le pertenecen a él, sino al constituyente de la prenda, pero sin que éste pueda exigir que se le entreguen, dado que los frutos incrementan la prenda y forman parte de ella. Cuando existe tal pacto y los frutos son del acreedor prendario, hay lugar a la antigua “anticresis” y el importe de dichos frutos se imputa primero a los gastos, luego a los intereses y, finalmente al capital del crédito garantizado con prenda.

La tercera, restituir la cosa al constituyente de la prenda, una vez pagada la deuda principal y sus accesorios y reembolsados los gastos de conservación de la misma cosa. El acreedor prendario carece del derecho de retención sobre la cosa pignorada para estrechar en esa forma al deudor al pago de otros créditos diferentes a los ya señalados.

CAPÍTULO II

2. El contrato de fianza

2.1. Evolución:

La fianza fue empleada desde tiempos muy antiguos y procede de la misma condición del hombre, que incapaz de bastarse por sí mismo, precisa de la intervención de los demás. La sociabilidad del hombre es natural y una de las formas de ayuda es facilitarle la relación social con el objeto que sea conocido y, ayudado por otros con quien le unen vínculos que a él no le ligan, es dar una especie de dar garantía.

La forma más usual o corriente de fianza primitiva debió ser el rehén, por el cual se sustituía un prisionero por otro o por varios, para responder de la libertad transitoria de éste o aun la definitiva, lo que se perfeccionó más adelante a influjo del cristianismo, con los rescates personales. El comercio fue gran impulsor de estas garantías, ya que el hombre veía la necesidad de protegerse contra el incumplimiento de ciertas obligaciones derivadas de las transacciones comerciales. Era necesario que una persona respondiera ante el acreedor en caso de que el fiado no lo hiciera. La garantía personal es la forma más antigua de crédito, siendo conocida por tanto,

desde tiempos remotos.

Como expresa la licenciada Hilda Rodríguez, “Algunos tratadistas aseguran que el origen de la fianza se remonta a las antiguas instituciones de Grecia, y se perfeccionó en Roma, en donde se conocieron los contratos de garantía y entre ellos los personales. La sponsio y fideipromessio eran las dos formas sintetizadas de los fidejussores, La importancia de los beneficios de excusión y de división nos mueve a indicar en el Derecho Romano el origen del primero de los nombrados, concedido por Justiniano con el nombre de Beneficiun Excusionis y el segundo, concedido por Adriano con el nombre de Beneficium Divisionis. El contrato de fianza desempeñó un papel preponderante en el Derecho Romano, como medio de garantizar deudas ajenas con el propio crédito, en una época en que –como afirman Colín y Capitant– las tradiciones de la antigua solidaridad de la familia y de las “Gens”, no se habían perdido todavía. Tres formas sucesivas adoptó la fianza: la “Sponsio”, la “Fideipromesio” y la “Fidejussio”. El primitivo fiador –escribe sohm– es un rehén: queda obligado con su cuerpo, en garantía del deudor. En principio los fiadores responden de la totalidad de la deuda “In solidum”, hasta que Justiniano y Adriano les conceden los beneficios de excusión y de división.” “Posteriormente Justiniano exigió para la validez de las mismas, aparte de otros requisitos, la escritura pública suscrita por tres testigos, sin lo cual era nula “ipso jure”.⁶

⁶ Rodríguez Velásquez de Villatoro, Hilda Violeta. **Lecturas seleccionadas y casos de derecho civil IV.** Págs. 603-604.

En lo que se refiere al derecho español, la capacidad para ser fiador se encontraba también sumamente restringida, tanto es así que de conformidad con las partidas, no podían ser fiadores las siguientes personas: militares, caballeros de mesadas, obispos, clérigos regulares, recaudadores de impuestos y siervos, finalmente los labradores, quienes solamente podrían ser fiadores de otros labradores o de la Hacienda Pública. Todas estas prohibiciones y de conformidad con la evolución que ocupa nuestro estudio, han sido eliminadas por nuestro Código Civil vigente. Sin embargo, en la Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la Republica de Guatemala, en su Artículo 70 inciso “d” encontramos una prohibición especial, que afecta a los jueces y Magistrados quienes no pueden ser fiadores, salvo cuando se refiera a obligaciones asumidas por sus parientes.

Es hasta el año 1840, cuando se considera el nacimiento de las instituciones de fianza, porque en ese año se organizó en Inglaterra la primera institución de este tipo a la cual se le denominó “The Guarantee Society” (la garantía social), siendo este un negocio organizado con el propósito de asumir riesgos para obtener un provecho pecuniario y sobre una base impersonal, mediante formas contractuales uniformes, redactadas por el propio fiador con el fin de proteger sus intereses.

2.2. Concepto:

Jurídicamente el contrato de fianza tiene dos acepciones a saber: la primera, la que le considera como sinónimo de todos los de garantía, siendo consecuentemente un criterio sumamente amplio y en él se incluyen también la hipoteca y la prenda, las cuales se encuentran reguladas separadamente en nuestro derecho sustantivo civil; la segunda, la que simplemente la denomina como “contrato de fianza” entendida como garantía puramente personal, y a la que también se le denomina, “seguridad personal”⁷

2.3. Definición:

Fianza se deriva del latín *fio, as, are*, cuyo significado se traduce claramente en “fiar”. Podemos afirmar categóricamente que es imposible tratar de unificar las acepciones de la fianza, sin embargo la más frecuente es la que a continuación se describe. “Aquel contrato por cuya virtud una persona denominada fiador, se obliga frente al acreedor de una determinada obligación, a garantizar el cumplimiento de la misma, para el caso de que éste no se reintegre del deudor principal”⁸. Aunque podemos mencionar también las siguientes: “Es el contrato por el que una persona, llamada fiadora, distinta del deudor y del acreedor en una determinada obligación, se

⁷ Lozano Noriega, Francisco. **Cuarto curso de derecho civil**. Pág. 379.

⁸ Puig Peña, **Ob. Cit**; tomo III. Pág. 1051.

obliga con este último a pagar dicha obligación en caso de que el primero no lo haga”⁹. “Es un contrato por virtud del cual un tercero, llamado fiador, promete a un acreedor pagarle su deuda si el deudor no ejecuta su obligación”.¹⁰ La Real Academia Española define la fianza como: “Obligación que uno adquiere de hacer algo a lo que otro se ha obligado en caso de que este no lo haga”.¹¹ La fianza es una subespecie de los contratos de garantía. De conformidad con lo regulado en nuestro ordenamiento civil, específicamente en el Artículo 2100, por el contrato de fianza una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra. Es aquel contrato que se celebra entre un acreedor preexistente y un tercero completamente ajeno a la relación establecida con anterioridad entre el acreedor y el deudor, tanto así que este último no es parte de la relación contractual, la cual ha sido celebrada entre el titular del derecho (acreedor) y una tercera persona, que es la que se compromete, que se obliga a pagarle en caso de incumplimiento del deudor.

2.4. Naturaleza:

Civilistas, mercantilistas y procesalistas están conformes en caracterizar la fianza como garantía pecuniaria o patrimonial, ante el caso de incumplimiento o insolvencia de un deudor o ante la transgresión, con consecuencias penales, de una actitud de acción u omisión preestablecida. La fianza se funda en dos nobles actitudes

⁹ Sánchez Medal, Ramón. **De los contratos**. Pág. 499.

¹⁰ Colín, Ambrosio y H. Capitant. **Curso elemental de derecho civil**. Tomo V. Pág. 19.

¹¹ Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**. Pág. 962.

humanas: una se patentiza en la solidaridad efectiva, no entendida con el rigor jurídico sino por cuanto representa agregarse, sin estricto deber previo, a garantizar un cumplimiento o una abstención ajena, pero además es evidente que el fiador, al obligar su patrimonio o bienes singulares, por acto voluntario, procede a una liberalidad eventual, aunque cuente con un resarcimiento, algo problemático, por no existir seguridad de que cumpla con él el que no cumplió con otro. Cuando la fianza es solidaria, el fiador se constituye en deudor de reserva. La fianza no es una simple garantía eventual, sino que configura plena seguridad cuando se concreta mediante el depósito de dinero, con la entrega que caracteriza a la prenda o con el rigor registral de la hipoteca. La fianza conduce a que por una sola deuda, por una prestación o importe pecuniario, exista más de un deudor u obligado, que llega a pagar por alguien realmente insolvente. La fianza es una aseguración privada contra la insolvencia.

2.5. Caracteres:

Entre los caracteres del contrato de fianza están:

La Accesoriedad, porque su objeto es el cumplimiento de otra obligación (art. 1580 Código Civil); la doctrina reconoce que sin una obligación principal, válida y preexistente entre el acreedor y el deudor principal, cuyo cumplimiento garantiza el fiador, no puede haber fianza. La obligación afianzada no puede existir, sin una obligación principal válida aunque sea futura; no puede exceder a la obligación principal en cuantía, ni sujetarse a condiciones más duras; el fiador puede oponer las

excepciones inherentes a la deuda principal; la obligación del fiador se extingue al hacerlo la principal y sufre el reflejo de todas sus vicisitudes y la cesión de la obligación principal, incluye la fianza.

La *subsidiariedad*, consiste en que, normalmente, sólo puede hacerse efectiva cuando el deudor de la obligación principal ha incumplido y su acreedor no ha podido hacer efectiva la obligación con el patrimonio del deudor, sea porque éste fuere insuficiente (en cuyo caso, el fiador responderá por el saldo), o porque el deudor principal era insolvente (en cuyo caso, el fiador responderá por la totalidad de la deuda).

Es consensual y solemne; porque nace del consentimiento de las partes, sin que se requiera la entrega de cosa alguna, pero no basta que el fiador exprese su voluntad de asumir la obligación, para que exista el contrato, sino que para su validez, se requiere que conste por escrito. (Artos, 1577, 2100, 2101 del Código Civil).

Puede ser *unilateral, o bilateral*. La unilateralidad del contrato de fianza es evidente si se tiene en cuenta que normalmente, de él nacen únicamente obligaciones a cargo del fiador, salvo que por parte del acreedor se asumieren ante el fiador obligaciones recíprocas. (Art. 1587 del Código Civil). El segundo párrafo del Artículo 2100 del Código Civil acepta que se pacte una remuneración entre el fiador y el

deudor, y en ese caso, la fianza sería un contrato bilateral imperfecto, pues el deudor (que es tercero en el contrato de fianza) no está asumiendo una contraprestación a favor del fiador, sino otorgando a favor de éste una remuneración por el hecho de que éste haya asumido otra obligación a favor del acreedor. En otras palabras, el fiador no asume frente al deudor obligación recíproca alguna (Artículo 1587 del Código Civil), que pudiera tipificar como bilateral el contrato de fianza. Diferente es, si es el acreedor quien remunera al fiador por sus servicios, pues ello daría nacimiento a obligaciones recíprocas y, en consecuencia, a un contrato oneroso y bilateral.

Es *gratuito* en la mayoría de las veces, aunque esto no impide que pueda establecerse de manera *onerosa o remuneratoria*. El párrafo final del Artículo 2100 del Código Civil, indica que el fiador puede estipular con el deudor una remuneración por el servicio que presta. Norma que nos da a entender que la fianza es normalmente gratuita, aunque mediante convenio, se puede establecer una remuneración a favor del fiador, sin embargo el hecho de que el deudor pague al fiador una remuneración no convierte al contrato en oneroso, pues si atendemos a la definición contenida en el Artículo 1590, de la ley citada, en cuanto a los contratos onerosos, notamos que en ese caso no se estipulan provechos y gravámenes recíprocos. En otras palabras, el hecho de que un tercero (como lo es el deudor), pague al fiador una remuneración por garantizar la obligación, no perfecciona un contrato oneroso.

2.6 Elementos:

2.6.1 Elementos formales:

La mayoría de los códigos establecen que la aceptación de las obligaciones que surgen para el que otorga afianzamiento debe hacerlo en forma expresa, agregando algunos de ellos que deben ser por escrito. Por el contrario, en cuanto a la aceptación del acreedor, consideran que puede ser expresa o tácita, conforme a los principios generales, ya que el fundamento del precepto es sólo evitar los peligros que la fianza implica para el deudor. El consentimiento, así como la capacidad del sujeto y el objeto lícito son requisitos esenciales de los contratos en general. Es necesario, entonces que dos o más personas consientan de un modo válido en crear entre sí un vínculo contractual.

En nuestro derecho positivo, claramente se expresa que, hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación y, por otra parte, expresamente coloca a la declaración unilateral de voluntad entre las fuentes de las obligaciones de hechos lícitos "sin convenio". Así pues, la conformidad de las partes es suficiente para la constitución del contrato, si lo manifiestan recíprocamente con el objeto de dar vida a la relación contractual. La mayoría de autores aceptan que en la formación del consentimiento existen dos etapas bien diferenciadas; una etapa interna y una externa, la primera indican que debe existir un

acuerdo en cuanto a querer de ambas partes, en concordancia de lo que desea el uno de la otra, luego la decisión de hacer obligatorio el acuerdo, acto éste que determina la conclusión del contrato; y la etapa externa en que debe darse la publicidad necesaria al acuerdo exterior para que el mismo tenga fuerza obligatoria. Cuando todo esto se ha producido y expresado dentro de los cánones que la ley establece, podemos decir que el contrato ha cobrado existencia. Las formas de manifestación del consentimiento son: *expresa*, esto es: verbal, por escrito, por signos inequívocos. El consentimiento es expreso cuando no se necesita ser inferido de hechos o actos que lo presupongan y exista la certeza de que se produjo. *Tácita*: cuando el mismo proviene de actos y hechos que autoricen a presumirlo, salvo en los casos que la ley o las partes convienen en que ha de ser expreso. En consecuencia, la fianza no se presume sino debe ser expresa.

2.6.2 Elementos reales:

El contrato de fianza tiene por fin garantizar al acreedor la satisfacción de su crédito, cumpliendo el fiador en última instancia, el contenido económico de la prestación a que se había obligado el deudor principal, es así que el objeto de este contrato no puede ser otro que el que forma la materia de la obligación principal, ya sea ésta, consistente en dar, hacer o no hacer, debiendo cumplirse por el fiador, entregando la suma estipulada, Artículo 1320 del Código Civil. Donde

encontramos ciertas dificultades es cuando la obligación principal consiste en hacer o ejecutar una obra determinada con carácter intuitu personae, así como en abstenerse u omitir cierta conducta personal, ya que entonces, el fiador no cumplirá haciendo u omitiendo, sino mediante el pago de los daños y perjuicios a que hubiese dado lugar. Artículo 1324 del Código Civil.

Ilustrando lo dicho, se contrata a un pintor famoso para que ejecute el retrato de una persona, pero aquel no cumple, entonces, no se cumplirá la obligación si el fiador ejecuta el retrato, sino que únicamente dará lugar a la compensación económica proveniente de los daños y perjuicios ocasionados, ya que es de suponer que las dotes artísticas del deudor principal fueron factor decisivo para la celebración del contrato, e incluso pueden ser insustituibles. En cuanto que la obligación consiste en abstenerse de ejecutar determinados actos personales, se cumplirá por el fiador, como en el caso anterior, destruyendo lo hecho indebidamente o pagando los daños y perjuicios provenientes del ejercicio ilícito practicado por el deudor, si lo hecho fuere indestructible.

2.6.3 Elementos personales:

Los elementos personales de la fianza son tripartitos: por un lado el fiador, que responde subsidiaria o solidariamente con respecto al principal obligado; el deudor,

con una obligación común de cualquiera índole y el acreedor para el cual constituye garantía el fiador. Tal y como asentamos en el inciso dedicado a “Evolución” de este trabajo, antiguamente se prohibía ser fiador a varias personas: como a la esposa, labradores, militares, etcétera. En la actualidad puede ser fiador cualquier persona – física o jurídica- que tenga capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones y además que sea poseedor de los medios económicos para que sirvan de aseguramiento del cumplimiento de la obligación contraída. Aunque como lo dijimos anteriormente en el Artículo 70 inciso “d” de la Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República encontramos una prohibición especial, que afecta a los Jueces y Magistrados quienes no pueden ser fiadores, sino cuando se refiera a obligaciones asumidas por sus parientes.

Podemos decir entonces que la fianza queda constituida desde el momento en que el acreedor acepta la participación del tercero, que es el que ofrece la promesa de que el contrato se cumplirá; sin embargo, es importante hacer constar que en la mayoría de las veces al momento de la celebración del contrato principal, ambos participantes coinciden y aceptan la participación de este tercero, pero puede suceder que como afirma Puig Peña. Que esto suceda “por simple inteligencia con el fiador, quedando entonces al margen el principal obligado”.¹²

¹² **Ob. Cit;** pág. 1056.

De acuerdo con los usos aceptados normalmente, son tres los sujetos que aparecen en el contrato; pero también y debido a la circunstancia de ser gratuito, es corriente que se celebre solo entre el acreedor y el fiador, toda vez que será entre ellos que se realice al no cumplirse la obligación principal. En cuanto al deudor, si la ley lo manda expresamente o el pacto le obliga, será necesaria su concurrencia y esto sucede en la mayoría de las veces debido a la necesidad de adoptar una conducta de presentación, esto es, presentación de la persona que le servirá de garante de la prestación que se ha comprometido a realizar.

Como principio general hay que aceptar que, para otorgar fianzas, basta la capacidad para contratar; pero esta regla general está sujeta a las excepciones establecidas en nuestra legislación, la cual indica que no podrán ser fiadores: los menores de edad, los incapaces, los que no se hallen en la libre administración de sus bienes, los declarados en estado de interdicción, es decir, todos aquellos que por una razón u otra no puedan disponer de su patrimonio, los jueces y magistrados quienes no pueden ser fiadores, sino cuando se refiera a obligaciones asumidas por sus parientes. Bien sabido es, que para servir de garante se debe tener con que cubrir la responsabilidad contraída. Es decir tener bienes que respondan de la obligación.

Respecto de lo anterior y al analizar algunos de los Artículos de nuestro Código Civil referente al contrato de fianza, se puede constatar que en el Artículo 2112 y que

se refiere a que “si el fiador viniere a estado de insolvencia, puede el acreedor exigir al deudor otro fiador abonado”. El Artículo 2113 establece “La solvencia del fiador se estima atendiendo a sus bienes y al Estado de sus negocios”, en consecuencia es necesario que el sujeto que otorga garantía tenga bienes suficientes para poder responder de la obligación que garantiza.

Doctrinariamente se acepta que no podrá compelerse al deudor principal a que presente otro fiador, en caso que el anterior viniese a insolvencia, únicamente en el supuesto de que haya sido el acreedor quien expresamente lo hubiese escogido.

2.7 Clasificación de la fianza:

En forma general y como clases especiales de la fianza se señalan las siguientes:

2.7.1 Por su origen:

Convencional, legal o judicial. La fianza convencional nace de un contrato, es decir por voluntad de las partes y se rige exclusivamente por las normas del Código Civil. A diferencia de las fianzas judiciales o legales, que se les denomina también fianzas no contractuales, en las que las partes son libres de celebrar o no el contrato. La fianza

legal requiere para su existencia de una disposición expresa y especial que la constituya. A la fianza judicial en cambio la definen como aquella que ordena el juez o tribunal para fines eminentemente de procedimiento. Entonces como lo indica el autor Ruiz Serramalera "las fianzas judiciales y legales se distinguen de la convencional, en que la celebración del contrato viene impuesto, como acto debido, por la ley o por los tribunales, toda vez que la garantía en sí misma no se constituye por la sola declaración judicial o legal".¹³

La constitución, para que se den la fianza legal o judicial, es condición de determinadas situaciones o medidas. Se caracterizan estos tipos de fianzas, en que la aceptación de las mismas corresponde al juez, ya que en el momento de la constitución no hay un verdadero acreedor. Borda¹⁴ nos dice al respecto: "La ley prescinde en estos casos de la voluntad del acreedor, porque como la prestación de la fianza es una exigencia de la misma ley, si la aceptación dependiera del eventual acreedor, resultaría que a éste le bastaría con rechazar los fiadores propuestos, cualquiera fuera su solvencia, para privar a la otra parte de los derechos que la ley le confiere. Por ello basta con que la solvencia sea suficiente a criterio del juez".

¹³ Ruiz Serramalera, Ricardo. **Derecho civil**. Pág. 402.

¹⁴ Borda, Guillermo A. **Tratado de derecho civil**. Tomo II. Pág. 624.

Como ejemplo de fianzas legales tenemos: las contenidas en nuestro Código Civil, y que se indican a continuación: la garantía que deben prestar los parientes que solicitan la administración de los bienes del ausente, Artículo 57; la garantía de la obligación de prestar alimentos, de la persona que pretende contraer matrimonio y que tiene hijos menores de un matrimonio anterior, Artículo 95; la garantía que debe prestarse para el cumplimiento de los puntos del convenio de divorcio de común acuerdo, Artículo 163; la garantía que debe prestar el que ejerce la patria potestad de un menor que tiene bienes, cuando contrae aquél nuevo matrimonio o es declarado en quiebra, Artículo 270; la que se presta para garantizar las futuras pensiones alimenticias, cuando el obligado fue demandado, Artículo 289; la que debe prestar el tutor o el protutor, Artículo 325; la que debe prestar el usufructuario, Artículo 721; la garantía que ha de prestarse por el titular de un derecho de uso, Artículo 749.

Ejemplo de fianzas judiciales podemos mencionar las contenidas en nuestro Código Procesal Civil como las siguientes: la garantía que debe prestar la persona arraigada que desea ausentarse del lugar en que se sigue el proceso, Artículo 524; las garantías a constituirse por quien solicita una providencia precautoria, Artículo 531; la contragarantía que presta el demandado para levantar las medidas precautorias, Artículos 532 y 533. Cuando desee ejecutarse una sentencia nacional y que esté pendiente de recurso de casación, Artículo 342 numeral dos.

Respecto a la fianza de carácter procesal, en el derecho administrativo podemos mencionar: el depósito de determinada cantidad de dinero, a manera de afianzamiento, para que la persona física o jurídica que desee tramitar expediente de obtención de derechos para exploración o explotación de petróleo, pueda presentar su solicitud. Además existen gran número de obligaciones de prestar fianza que se encuentran diseminadas en nuestro derecho positivo. Resulta importante hacer notar que tanto en la fianza legal o judicial el sujeto que servirá de garante debe tener, así como en la convencional, la capacidad de goce y de ejercicio, o sea la facultad suficiente para ser sujeto de derechos y obligaciones, deberá reunir también los requisitos que en el supuesto de que el obligado, ya sea por mandato judicial o legal, no tuviese en su poder los medios suficientes o no encontrarse la persona adecuada, podrá otorgar en su lugar prenda o hipoteca, con las cuales cubra a cabalidad su responsabilidad.

Asimismo, los tipos de fianza tanto legal como judicial *en ningún momento podrá el fiador alegar a su favor los benéficos de excusión de los bienes del deudor principal*, puesto que dada su naturaleza especial, como es de servir de garante no ante un particular, sino generalmente ante el Estado, a través de sus órganos, administración pública, organismo judicial, etc. Podemos indicar que toda fianza judicial es legal, pero no toda fianza legal es judicial.

2.7.2 Por la legislación que regula:

Civil, mercantil, administrativa. Es fianza civil aquella que es emitida por una persona individual o por una sociedad civil, en forma no lucrativa e impulsada como un “acto de favor” a un tercero que la solicita, como solidaridad social o colaboración con el acreedor o el deudor, y se da cuando los actos realizados por los contratantes y el fiador son aislados en la mayoría de las veces y no constituyen su ocupación habitual u ordinaria.

Es fianza mercantil aquella que se refiera a una entidad comercial que habitualmente, en forma profesional en nombre propio y con fines de lucro, se dedica a servir de fiadora, siendo su fin eminentemente lucrativo, y para su perfecta constitución necesita obligadamente de la concurrencia de los elementos contenidos en los Artículos 1024, 1025 del Código de Comercio Decreto número 2-70 del Congreso de la República; es decir, que sean otorgadas por afianzadora autorizadas de conformidad con la ley, que se haga constar en una póliza, o a falta de ella la fianza se probará por la concesión de la afianzadora, o por cualquier otro medio, si hubiere un principio de prueba por escrito, que tenga por objeto asegurar un acto mercantil y que sea a título oneroso.

Es fianza administrativa aquella que se constituye con el objeto de asegurar las

consecuencias que pudieran derivarse del desempeño de determinados cargos, principalmente los que conlleven el manejo de fondos, o de la ejecución de obras y servicios públicos, asegurándose así el exacto y debido cumplimiento de la obligación contraída.

2.7.3 Por su extensión:

Definida o limitada e indefinida o ilimitada. Entendemos que se refiere al propósito del fiador, de garantizar el todo o parte de la obligación. La fianza definida o limitada, se da cuando se ha trazado el límite hasta abarcar la responsabilidad del fiador. Desde este punto de vista este tipo de fianza es absolutamente igual a la simple, cuando se habla de la extensión de la fianza, debemos partir del principio establecido en el Artículo 2102 del Código Civil, que regula que el fiador sólo será responsable por aquello a que expresamente se hubiere comprometido, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiere obligado a más, se tendrá por reducida su obligación en cuanto al exceso. Por lo prescrito en dicha norma debemos entender que toda fianza es limitada, por el monto y características de la obligación principal y sus accesorios, que no es jurídicamente aceptable una fianza ilimitada, permanente o abierta, en que el fiador se obliga a responder de todas las obligaciones, presentes y futuras de determinada persona.

Entendemos como fianza indefinida o ilimitada, la regulada por el Artículo 2103 del nuestro código civil, cuando el fiador no limita claramente su responsabilidad, y en ese caso, el fiador queda obligado no sólo por la obligación principal sino por el pago de intereses, indemnizaciones de daños y perjuicios en caso de mora y gastos judiciales; pero el fiador no responderá de otros daños y perjuicios y gastos judiciales, sino de los que se hubieren causado después de haber sido requerido para el pago. Será en ese sentido que nos referimos a la fianza ilimitada. Toda limitación a la responsabilidad del fiador debe ser expresa, de modo que en ausencia de estipulación en ese sentido, deberá entenderse que la fianza es ilimitada, ello se desprende del claro texto de las normas legales antes citadas. ¿Cómo puede el fiador limitar su responsabilidad? Puede solicitar que se establezca claramente en el contrato un tope de su responsabilidad, el que debe ser menor que el monto de la obligación principal y sus accesorios, en el caso que constituyere prenda o hipoteca, a favor del acreedor, pues en ese caso, el acreedor no podría perseguir otros bienes del fiador y el precio que produzca la enajenación forzada del bien hipotecado o pignorado, constituiría el límite de la responsabilidad del fiador. Debe recordarse como hemos visto, que tanto en la hipoteca como en la prenda, el deudor no queda obligado personalmente; pero que el deudor prendario puede renunciar a ese derecho, mediante pacto expreso. (Artículos 823 y 881 del Código Civil).

Se plantea la duda, en caso de la fianza garantizada con prenda, si el fiador

puede renunciar al beneficio de limitación de responsabilidad que establece el Artículo 881 del Código Civil, dada la redacción del Artículo 2103 del mismo cuerpo legal. Creemos que nada hay que impida al fiador que constituye prenda para garantizar una obligación a cargo de un tercero renunciar expresamente al derecho de limitación de responsabilidad por saldos insolutos, en cuyo caso la fianza o garantía se convertiría en ilimitada, pues el acreedor podría perseguir otros bienes del fiador, para lograr el pago de saldos insolutos derivados del remate de la prenda. *En ese caso, la prenda no sería más que un refuerzo de garantía real a la garantía personal que ofrece el fiador.*

El autor Valencia Zea ¹⁵ sostiene que la fianza debe ser siempre personal, y llevar el respaldo pleno del patrimonio del deudor, Artículo 1329 del Código Civil, y que en los casos de constitución de prenda o hipoteca para garantizar una obligación ajena, no existe fianza, sino constitución de garantía real por un tercero, dice el mismo autor además que la prenda y la hipoteca son garantías reales diferentes a la fianza.

2.7.4 Por la obligación que garantiza:

Simple y doble o subfianza, la fianza simple es la más común de todas, y garantiza una obligación principal, que es lo más usual en este tipo de contrato, y de

¹⁵ Valencia Zea, Arturo. **Derecho civil**. Tomo IV. Pág. 482.

donde depende su accesoriedad. Se contraponen lógicamente a la fianza doble a la que comúnmente ha dado en llamarsele “contrafianza”, y la cual se constituye con el objeto de garantizar otra obligación, la que a su vez es consecuencia de una principal.

Los efectos de la fianza simple lógicamente son diferentes a los de la doble, basando en esto su diferencia, puesto que aquella –simple- se limita a dar garantía de una obligación primaria, principal e independiente, de la cual ha obtenido su nacimiento a la vida jurídica y ha sido posible manifestarse en el ámbito de la legalidad, estando subordinada a ella. El propósito de la fianza doble es de garante a otra obligación, es decir asegurar al acreedor en forma más amplia, garantizando la obligación del fiador, el cual a su vez sirve de garante al deudor principal.

Tanto la fianza simple como la doble se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento sustantivo civil, siendo la primera prototipo de este contrato y la segunda está contenida en el Artículo 2119 al ser aceptada en forma tácita cuando se dice “el fiador del fiado...” éste último goza del beneficio de excusión respecto del deudor principal y del primer fiador. Es decir, el acreedor deberá ejecutar en primer término al deudor principal, luego al primer fiador y recién entonces está en condiciones de dirigir su acción contra el segundo. Característica importante es que para que se haga valer una acción contra un cofiador, primeramente debe atacarse al deudor principal, luego al fiador y sólo en tercer lugar podrá

perseguírsele a él, gozando en consecuencia de los beneficios de orden y excusión, tal como si su afianzado fuese el deudor principal, para con el cual se encuentra en situación semejante.

2.7.5 Por la retribución:

Gratuita o a título oneroso. En cuanto a la gratuidad de la fianza, como quedó asentado es otorgada como un favor al deudor, ante las exigencias del acreedor, el cual desea garantizarse el cumplimiento de la obligación, dando participación a un tercero (que sería el fiador), a quien se trasladará la carga de ella al no cumplir el deudor. Esta persona, pues, actúa en mero acto de beneficencia, sin que reciba ningún aporte, recuperando a lo sumo, lo que ha dado; actuando “donandi causa”.

2.7.6 Por su naturaleza:

Común o simple y solidaria. En la fianza simple, el fiador goza plenamente del beneficio de excusión y si existiere varios fiadores obligados en forma simple ante el acreedor se aplicarían además las normas de la mancomunidad simple y cada uno de ellos sólo sería responsable por una parte alícuota de la obligación principal y cada parte constituye una deuda o un crédito separado, Artículo 1348 del Código Civil.

La solidaridad del fiador con el deudor o fianza solidaria, excluye la subsidiaridad y el acreedor puede dirigirse contra el fiador si hubiere incumplimiento del deudor, sin previa excusión de los bienes del deudor y si la fianza se ha prestado en forma mancomunadamente solidaria entre fiadores solidarios (solidariedad de fiadores entre sí). El acreedor puede exigir a cada uno de ellos el pago de la totalidad de la obligación a cargo del deudor. ¿Podría existir una fianza simple en lo que se refiere a las relaciones de los fiadores con el deudor y solidaria entre los fiadores? No, ya que en ese caso, cada uno de los fiadores gozaría del benéfico de excusión de bienes del deudor y podría excepcionarla frente a la demanda del acreedor, pero si la excepción de excusión no prosperare, cada uno de los fiadores respondería individualmente y por la totalidad de la obligación frente al acreedor.

La fianza solidaria no convierte al fiador en deudor, pues con excepción de la eliminación de la subsidiaridad y del beneficio de excusión, “en todo lo demás la fianza solidaria queda sujeta a las reglas de la fianza simple”,¹⁶ Lo que según el mismo autor se hace evidente en los siguientes casos y situaciones que no se presentan en las obligaciones mancomunadamente solidarias. a) Si la obligación principal es nula, también lo será en cuanto al fiador solidario; b) si la obligación principal se ha hecho de cumplimiento imposible para el deudor por causa de fuerza mayor, el fiador queda también liberado de responsabilidad; y c) el fiador solidario

¹⁶ Borda, **Ob. Cit**; pág. 620.

puede exigir al deudor principal que lo libere de la fianza en algunos casos, Artículos. 2105 y 2110 del Código Civil. Borda¹⁷ discute si el acreedor puede dirigirse contra el fiador, sin haber interpelado o requerido el cumplimiento de la obligación principal al deudor y arriba a la conclusión de que sin mora no puede haber incumplimiento de la obligación principal al deudor, y por lo tanto, si el deudor no ha sido constituido en mora, no se puede demandar al fiador; el criterio de Borda es válido y aplicable en Guatemala, pues: i) si la obligación principal del fiador hacia el acreedor es cumplir la obligación de otro, si éste la ha incumplido; y ii) para que haya incumplimiento por parte del deudor, se requiere de la interpelación del acreedor (requerimiento), salvo que éste no sea aplicable por existir solidaridad entre el deudor y el fiador. Artículos 1428 y 1429 del Código Civil.

2.8 Exoneración de la fianza:

Nuestro ordenamiento civil sustantivo, en su Artículo 2110 regula que “El fiador puede pedir que se le exonere de la fianza haciendo el depósito judicial de la cantidad de dinero adeudado y los intereses hasta el vencimiento del plazo”. Ahora bien ¿qué razón tiene que el fiador pida la exoneración de la fianza, si ya pago? Al respecto consideramos que si el pago extingue la fianza, el pedir la exoneración de la misma sería innecesario; sin embargo, lo que interesa es que el fiador quede liberado de su

¹⁷ **Ibid.** Pág. 621.

obligación, por lo tanto el pago debe estar legalmente aprobado, lo que quiere decir que al realizar el pago, lo que estamos haciendo es consignar el monto de la deuda principal, consignación que debe estar legalmente aprobada, es decir que debe cumplir con los requisitos que la ley señala para que el pago sea válido.

La norma anterior es aplicable a las fianzas que garantizan obligaciones dinerarias, líquidas o en aquellas otras que tuvieren cláusula de indemnización clara y determinada, pues en otros casos, sería imposible determinar y liquidar la obligación previamente, y que en ese caso de pago anticipado de la obligación, el fiador debe pagar al acreedor los intereses hasta la fecha de vencimiento del plazo y aún los no causados.

Así también, en el caso que al fiador se le hayan embargado bienes que superen la cantidad reclamada, puede este pedir la exoneración de la fianza haciendo el depósito del dinero reclamado con sus intereses y solicita se deje sin efecto el embargo y se le exonere de la fianza, o bien puede oponer la excepción de excusión.

La fianza se extingue por tiempo indefinido cuando el contrato contiene condición resolutoria expresa, es decir que el fiador puede exigir al acreedor que le exonere de la misma, después de transcurrido un año desde la fecha del contrato de fianza. Artículo 2118 del Código Civil.

CAPÍTULO III

3. Requisitos esenciales del contrato de fianza

En general los requisitos esenciales de un contrato, son aquellos sin los cuales el mismo no tiene valor, o degenera en otro diferente, estos son:

La *capacidad*, la cual se subdivide en capacidad de goce, que es la aptitud jurídica para ser titular de derechos subjetivos, y la capacidad de ejercicio que es la aptitud jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones sin representación de terceros. Es preciso hacer constar que la capacidad no es un presupuesto de la existencia del consentimiento, sino un presupuesto de validez y de la eficacia del negocio. El Artículo 1254 del Código Civil señala “toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo a aquellas a quienes la ley declare específicamente incapaces”.

De lo anterior se deduce que la regla general es la *capacidad de obrar* para celebrar todo tipo de contrato. Sin embargo, el menor de edad no es una persona que sea total y absolutamente incapaz, sino que es una persona con una capacidad de obrar limitada, como consecuencia del especial estado civil en que se encuentra colocada, de la dependencia a que la ley la somete respecto de los órganos familiares

y de la especial protección que se le concede o se le dispensa.

El *consentimiento*, es el requisito considerado como primordial, y consiste en la concordancia de las dos o más voluntades de las partes que celebren el contrato, que contiene su reglamentación y se proyecta sobre todos los elementos que lo integran. Será nulo, el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo. Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección. Hay violencia, cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación, cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona, el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato. La violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato. Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho. Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá

ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga, al que lo empleó, a indemnizar daños y perjuicios.

El *objeto*, el término objeto es susceptible de numerosas acepciones: objeto como fin, como prestación, como materia del negocio, como la obligación que por el contrato se constituye, como sustancia, como resultado del contrato, como elemento del contenido, etcétera, que en definitiva ponen de relieve la relación entre el objeto como elemento cualificativo del contenido y la causa entendida como fin, pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio humano, aun las futuras, pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres. Como objeto del contrato podemos entender aquella realidad material o jurídica sobre la que el mismo recae, el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes.

Al objeto del contenido se refiere el artículo 1538 del Código Civil "Objeto del contrato. No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con

tal que el contrato fije las reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contratantes.

La causa, se entiende por causa del contrato, el propósito o fin común que persiguen las partes con su celebración, para cada parte contratante, la entrega o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los de pura beneficencia, verbigracia el contrato de donación, la mera liberalidad del bienhechor; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera. Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita. Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario. En nuestro Código Civil, no se exige la causa como requisito esencial del contrato (el Código Civil de 1877, que en su artículo 1406 exigía la causa como requisito para la validez del contrato)

En algunos ordenamientos jurídicos y para algunos contratos puede exigirse como validez también la *forma*, en otros es posible que se exija una forma específica de celebración, e incluso su inscripción registral de acuerdo a la ley. Un ejemplo, puede ser también que sea necesaria la forma escrita, la firma ante notario o

ante testigos, etc. El Código Civil en su artículo 1256 indica: “Cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente”. Sin embargo en materia civil cabe apreciarse una cierta tendencia al formalismo contractual.

Doctrinariamente, existen también los llamados elementos *naturales*, y los elementos *accidentales*, los primeros se dice que se integran en cada tipo contractual y que se imponen por el legislador a falta de una disposición en contrario de las partes. Hay que considerar que en realidad, no son sino meras consecuencias de determinados contratos que las partes pueden excluir, pero que, en virtud del esquema legislativo de cada tipo contractual, no tienen necesidad de pactar, no son elementos sino efectos normales del negocio; los segundos son aquellos que por voluntad de las partes pueden acompañar a un determinado contrato, como ocurre con la condición, el plazo y el modo. Es de advertir que estos elementos sólo lo son en el sentido de que pueden introducirse o no en el contenido del contrato a voluntad de las partes, puesto que si se introducen son constitutivos del contrato de que se trata, y en este sentido esenciales al mismo.

Nuestro Código Civil establece en su Artículo 1251 que para que un contrato se revista de validez debe cumplir con los requisitos esenciales establecidos en la ley como lo son: la capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, el consentimiento que no adolezca de vicio , y que el objeto sea licito. El

contrato queda perfeccionado desde el momento en que se ha celebrado con todos los requisitos requeridos por la ley para que pueda ser reconocida su existencia y fuerza obligatoria. El Artículo 1517 del Código Civil indica, que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.

Los elementos esenciales o requisitos del contrato de fianza, son:

3.1. Capacidad:

Para determinar la capacidad de las partes para celebrar el contrato de fianza, debemos estarnos a lo dispuesto en las reglas generales en cuanto a celebrar un contrato, lo que significa que pueden celebrar el contrato de fianza las personas que tengan aptitud jurídica para poder contratar. La capacidad de ejercicio es el elemento inicial para contratar, es decir las personas mayores de dieciocho años, que tenga libre disposición de sus bienes, que no hayan sido declaradas en estado de interdicción, por padecer enfermedad mental que les prive de discernimiento o por abusos de bebidas alcohólicas o estupefacientes, y que tampoco padezcan de ceguera o sean sordomudos que no puedan darse a entender en forma indubitable.

En el supuesto que exista causa de nulidad proveniente de la incapacidad relativa del deudor, el fiador aún ignorando tal incapacidad, responderá como

codeudor. Siendo el objetivo del contrato de fianza responder en caso de que no lo haga el deudor principal, lógicamente el que fía debe tener un patrimonio, pues de éste es en última instancia de donde se tomará lo necesario para el pago. El Artículo 2113 del Código Civil regula: “La solvencia del fiador se estima atendiendo a sus bienes y al estado de sus negocios. No se tomarán en cuenta para este objeto los bienes litigiosos ni los que estén garantizando alguna obligación”. En consecuencia, no basta únicamente con la capacidad legal del sujeto, sino que también es presupuesto imprescindible que el fiador posea bienes, de lo contrario se desvirtúa el propósito del aseguramiento.

3.2. Consentimiento:

El consentimiento es un elemento común del negocio jurídico contractual. El DRAE, lo define como: “Conformidad de voluntades entre los contratantes, o sea entre la oferta y su aceptación, que es el principal requisito de los contratos”¹⁸.

Para que haya contrato se exige la existencia previa de dos o más manifestaciones de voluntad recíprocas y correlativas, concurrentes a un fin común a las partes que las producen. De donde resulta que la fianza es un contrato, pues exige un acuerdo de voluntades entre el fiador y el acreedor, cuyo crédito es garantizado.

¹⁸ Diccionario de la lengua española. **Real academia española.** Pág. 546.

Regula nuestro Código Civil en sus Artículos 1518 y 1519 que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley.

El consentimiento supone: que las personas puedan emitirlo de una manera racional y consciente, estando adornadas de las condiciones que exige el derecho para que sus actos produzcan efecto jurídico; que no exista ninguna circunstancia o vicio que excluya o disminuya aquella cualidad; que sea manifestado o exteriorizado oportunamente, y que exista concordancia entre la voluntad real y la declarada. Desde que se perfecciona el consentimiento obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio jurídico celebrado.

El consentimiento puede ser: expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos o incluso mediante gestos que tienen convencionalmente atribuido ese significado, puede ser dado expresamente por el titular con sus capacidades civiles intactas, y es tácito, cuando resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por la ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente. En ese orden de ideas, el artículo 1252 indica: “La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita y resultar también de la

presunción de la ley en los casos en que ésta lo disponga expresamente”. Dada la naturaleza del contrato de fianza, es requisito el consentimiento del fiador para la creación del mismo, puede decirse que éste no existe sin aquel. La calificación de perfecto aplicada a un contrato significa que reúne todas las condiciones esenciales desde el punto de vista legal para su existencia.

La fianza constituida para garantizar una obligación anulable, es válida y surte todos sus efectos, hasta el momento en que se declare su nulidad, ello de conformidad con lo que para el efecto preceptúa el Art. 1309 del Código Civil; pero al ocurrir esa declaratoria, se extinguiría automáticamente la fianza, de conformidad con lo que dispone el Artículo 1308 del Código Civil. Sin embargo, los vicios del consentimiento de donde se derivaría la anulabilidad del contrato, generan acciones y excepciones personales oponibles por el deudor principal (error, dolo, violencia, simulación), de las cuales puede valerse el fiador al serle requerido el pago por el acreedor y la renuncia que de tales acciones o excepciones hiciere el deudor sea expresamente o mediante ratificación de las obligaciones, no afecta al fiador quien siempre podría plantearlas, frente al acreedor, Artículo 2109 del Código Civil.

3.3. Objeto:

No es dable concebir un contrato sin una referencia material sobre la que coincidan las declaraciones de voluntad emitidas por las partes. El contrato ha de reunir siempre el elemento de ser determinado, posible y lícito, pues nadie puede obligarse a algo que es imposible, el objeto de nuestro contrato no es sino el de servir de garantía al acreedor y que la satisfacción de su crédito sea cumplida por el deudor y si éste no lo verificare, entonces cumplirá el fiador, que en última instancia se le hará compensación económica de la prestación. Lógicamente, el objeto de la fianza no puede ser otro que el de garantizar el cumplimiento de la prestación que constituye la obligación principal, de cuya materia no puede desligarse, o sea que su finalidad es garantizarle al acreedor su crédito. No es necesaria mayor explicación, toda vez que este punto lo analizamos cuando vimos los elementos reales.

3.4. Forma:

Debe otorgarse por escrito tal y como lo preceptúa el Artículo 2101 del Código Civil. Con lo que debemos asumir que puede ser otorgada a través de un documento público o privado, sin exigir ningún otro formalismo. Podemos afirmar también, que la fianza se perfecciona con sólo el consentimiento de las partes que en él participan, pero dicha acepción debe necesariamente hacerse por escrito. Esta exigencia es

sumamente lógica, puesto que el fiador se está exponiendo a un riesgo sobre su patrimonio, siendo necesario entonces que la intención del contratante quede expresada de una manera inequívoca, sin que sea suficiente una manifestación tácita de voluntad, que no sería lo suficientemente formal. Así también la interpretación de la voluntad del fiador debe hacerse siempre en forma restrictiva, ya que como lo estipula el Artículo 2102 del Código Civil “El fiador sólo será responsable por aquello a que expresamente se hubiere comprometido y que solamente puede obligarse a menos pero nunca a más que el deudor principal, y en caso se hubiese comprometido a algo más, se tendrá por reducida su obligación en cuanto al exceso.” Al rebasar la obligación principal, la obligación del fiador carecería de objetivo o sería algo distinto a la fianza.

CAPÍTULO IV

4. Derechos y obligaciones que surgen para los sujetos, en la celebración del contrato de fianza.

4.1 Consideraciones previas:

Algunos autores indican que el contrato de fianza se asemeja grandemente al codeudor solidario, toda vez que la obligación principal de aquel es responder por el crédito concedido a su fiado, por lo que puede ser compelido a hacer efectiva esa prestación. Es esencial para la existencia de la fianza, que la obligación a garantizarse sea válida. Tal y como se indica en el Artículo 2104 del Código Civil, “Es nula la fianza que recae sobre una obligación que no es válida. Se exceptúa el caso en que la nulidad proceda de incapacidad personal del deudor, si el fiador tuvo conocimiento de la incapacidad al tiempo de obligarse”.

En el caso de varios fiadores de una misma obligación, cada uno de ellos se obliga por la totalidad para con el acreedor y no solamente en una parte alícuota (salvo el caso de la fianza simple). Antiguamente, el fiador no era sino otro deudor, sin embargo, en el derecho romano apareció lo injusto de este proceder, por lo que Justiniano concedió el beneficio de excusión y Adriano el beneficio de división,

beneficios éstos que se describen en forma más detallada en el capítulo siguiente de este trabajo de investigación. Vemos entonces que las responsabilidades y obligaciones del deudor hacia el fiador no nacen de un contrato entre ellos, sino de la ley. Artículo 2114.

4.2 Los sujetos del contrato:

En la fianza, necesariamente tienen participación tres personas, las cuales son: el acreedor, el deudor y el fiador, aunque para la existencia del contrato se requiere únicamente el consentimiento de dos de ellas, el acreedor y el fiador. El consentimiento del deudor no es necesario y la falta de consentimiento del deudor no afecta la validez, ni efectividad de la fianza.

4.2.1 El Acreedor:

El DRAE define la palabra Acreedor como: “Que tiene acción o derecho a pedir el cumplimiento de alguna obligación. Que tiene derecho a que se le satisfaga una deuda”.¹⁹ En nuestro ordenamiento civil no se define, ni refiere cualidades especiales con relación al acreedor, por consiguiente la norma general es que sean las personas mayores de edad, sin embargo, puede serlo un menor o incapaz, siendo en estos

¹⁹ **Ibid.** Pág. 33.

casos sus representantes legales quienes puedan aceptar la constitución de fianzas a favor de ellos, sin necesidad de autorización judicial. (Artículos: uno y ocho del Código Civil). El acreedor es el beneficiario directo de la fianza.

Los derechos del acreedor nacen directa y necesariamente de la existencia del contrato de fianza y se manifiestan en el derecho que tiene de exigir al fiador el cumplimiento de la obligación o de su equivalente, en caso de obligaciones no dinerarias, en caso de que el deudor no lo haya hecho o haya incurrido en multa. Para los efectos del contrato, el cumplimiento de la obligación del deudor implica hacerla efectiva en el lugar, modo y tiempo convenidos. Dada la subsidiariedad de la fianza, los derechos del acreedor ante el fiador pueden ejercerse únicamente en caso de incumplimiento del deudor de la obligación principal. Nada impide que el acreedor pueda dirigirse directamente contra el fiador, sin haber procedido previamente contra el deudor, pero si lo hiciere, el fiador puede enervar la acción planteando la excusión como excepción previa contra el acreedor, luego de que éste lo requiera para el pago y es condición para que pueda prosperar, que el fiador señale bienes realizables del deudor que sean suficientes para cubrir la obligación. Artículo 2108 del Código Civil. Por supuesto, el acreedor, debe dirigir diligentemente su acción en contra de los bienes señalados por el fiador y podría volver a plantear su reclamo al fiador, únicamente en caso de que los bienes señalados por éste hubieren resultado insuficientes, sin mediar culpa suya.

4.2.2. El deudor:

El DRAE define el término deudor como: “ Que debe, o está obligado a satisfacer una deuda”.²⁰ Antiguamente al deudor se le llamó el sujeto pasivo de la obligación, quien respondía del cumplimiento de la misma con su persona y hasta con su propia vida, porque el sujeto activo o sea el acreedor podía disponer de él en forma absoluta, tomándolo como esclavo. El derecho del acreedor tenía como garantía la persona misma del deudor. Con el correr del tiempo y el desenvolvimiento de las diversas corrientes ideológicas, el sujeto pasivo o deudor, ya no responde del cumplimiento de una obligación con su persona; responde ahora, con sus bienes, los cuales son en síntesis la garantía de los acreedores, salvo las excepciones que el legislador ha considerado adecuadas.

Ahora bien puede darse el caso que el patrimonio del deudor disminuya por diversas causas, entre ellas: a) El fraude. Cuando el deudor oculta sus bienes mediante enajenaciones fraudulentas; b) Porque enajene sus bienes en forma lícita, de buena fe, pero queda en insolvencia; c) Por negligencia manifiesta en la dirección de su patrimonio; d) Porque disminuya su activo aumentando exageradamente su pasivo, esto es, contrayendo deudas para que los acreedores sean tratados de

²⁰ **Ibid.** Pág. 738.

conformidad con las leyes del concurso. Ante estas cuatro posibilidades, el acreedor se verá en muchas dificultades para poder resarcirse de lo que le pertenece y que ha sido mal empleado por su deudor; es entonces cuando para evitar estos peligros y asegurarse el efectivo cumplimiento de las obligaciones que han surgido diversas figuras, que como ya señalamos pueden ser reales o personales, nos referimos a la prenda e hipoteca y a la fianza.

4.2.3. El fiador:

El DRAE define el término fiador como: “Persona que responde por otra de una obligación de pago, comprometiéndose a cumplirla si no lo hace el que la contrajo”.²¹

El fiador necesariamente debe tener la capacidad necesaria para obligarse, ya que nunca adquiere por ello derechos, sino únicamente obligaciones. La obligación del fiador ante el acreedor, es accesoria y subsidiaria a la del deudor, por lo que está supeditada a la obligación principal. El fiador puede exigir al acreedor, en caso de fianza mancomunadamente simple, mediante la excepción de excusión, que previamente dirija su acción contra el principal obligado y puede participar en esa etapa del juicio.

²¹ **Ibid.** Pág. 962.

Además, la obligación del fiador simple (no solidario), es cumplir lo que correspondía al deudor, después de haber hecho excusión de los bienes de éste y, aun después de ello, puede oponer al acreedor todas las excepciones personales que tuviere contra éste y, además, las que pudiera haber tenido el deudor. El fiador también goza frente al acreedor, de todos los derechos que la obligación principal otorga al deudor, tales como el de requerimiento para ser constituido en mora, así también podrá hacer valer las excepciones que contra el acreedor correspondan al deudor, aunque éste las hubiere renunciado. Esa norma no puede interpretarse restrictivamente, para limitar la defensa del fiador únicamente a las excepciones que correspondían al deudor, sino en forma lógica debe aceptarse que esas excepciones pueden ser planteadas por el fiador en adición a las personales que tenga contra el acreedor y las que deriven del título o documento.

Lo anterior significa que si el deudor renuncia a la prescripción ya consumada, o si ratifica la obligación anulable o no hace valer la anulabilidad cuando se le reclama o si, en general, omite hacer valer en tiempo o en su oportunidad, cualquier causal que pudiera resultar en la extinción de la obligación, ello no afecta al fiador y cuando éste es demandado puede plantear la correspondiente excepción, como si nada hubiere pasado.

En lo relativo al requerimiento al fiador, éste producirá, además de los

efectos normales derivados de la mora, el hacer recaer sobre el fiador responsabilidad por otros daños y perjuicios y gastos judiciales causados después del requerimiento, Artículo 2103 del Código Civil.

Nuestro Código Civil es claro, en el sentido de que los padres y los tutores no pueden otorgar fianza en representación de sus pupilos (Artículos: 265 y 332, inc. 1). Así también en la Ley del Organismo Judicial, encontramos una inhabilitación especial, que afecta a los Jueces y Magistrados quienes no pueden ser fiadores, sino en cuanto a obligaciones asumidas por sus parientes (Art. 70, inciso “d” del Decreto 2-89 del Congreso. El fiador debe ser persona solvente, pues si deviene insolvente, puede el acreedor exigir al deudor otro fiador abonado, tal y como lo establece el Artículo 2112 del Código Civil.

Las responsabilidades y obligaciones del deudor hacia el fiador no nacen de un contrato entre ellos, sino de la ley. Artículo 2114 del Código Civil. Aunque no exista una relación contractual entre el fiador y el deudor, aquel tiene derechos contra el deudor para que le garantice las resultas de la fianza en los cinco casos detallados en el Artículo 2105 del Código Civil y los cuales son los siguientes:

- a) Si el deudor esta para ausentarse de la República;
- b) Si el deudor ha sufrido menoscabo en sus bienes, de modo que se halle en riesgo de insolvencia;

- c) Si hubiere temor justificado de que el deudor oculte o dilapide sus bienes;
 - d) Si el fiador ha sido demandado por el acreedor para el pago de la deuda;
- y,
- e) Cuando el deudor se haya obligado a obtener el relevo de la finaza dentro de cierto plazo y éste se haya vencido. Esto es lo que llamamos contragarantía que puede consistir en una garantía real constituida por el deudor o un tercero a favor del fiador.

Tales garantías serían, eventuales y adquirirían eficacia únicamente en caso el fiador se viere obligado a pagar y no pudiese reembolsarse con bienes del deudor. Salvo que el contrafiador fuere solidario con el deudor o hubiere renunciado al beneficio de excusión, el fiador no podría exigirle el pago por cuenta del deudor, sino después de haber hecho excusión de los bienes de este.

En nuestro ordenamiento encontramos dos clases de contragarantía, siendo estas la que el deudor o un tercero presta a favor del fiador, en ésta el fiador es el acreedor del contrafiador y éste garantiza al deudor frente al fiador; y la que un tercero presta a favor del acreedor y que tiene por objeto garantizar las obligaciones del fiador. En este caso, se constituye a favor del acreedor una segunda línea de garantías, para el caso de que la otorgada por el fiador resultare insuficiente. En la actualidad es poco común encontrarnos con este tipo de contragarantías, no obstante que la misma este regulada.

CAPÍTULO V

5. El beneficio o excepción de excusión regulada en nuestra legislación, desconocimiento de su existencia, y su falta de aplicación.

5.1 Antecedentes:

En el derecho civil, a pesar de que el fiador tiene una obligación secundaria, como lo es la de satisfacer lo que no solviente el deudor principal, tiene determinados derechos o beneficios, entre ellos podemos mencionar: el beneficio de orden, el beneficio de división y el beneficio de excusión.

5.1.1 Beneficio de orden:

Nació en el derecho romano y precisamente fue Justiniano quien lo llevó a la vida jurídica, llamándolo “beneficio de orden”, tomando en consideración al que había de observarse en la reclamación, o sea nominándose lógicamente *qué sujeto es el primeramente obligado y quien lo es después*.

En un caso hipotético de que ya siendo exigible la obligación, el acreedor en virtud de otra obligación deba al deudor principal y al fiador, y ante el temor que éstos

puedan invocar la compensación, llega a un entendido con ellos para que le permitan la prescripción de su deuda (del acreedor) y que él por su parte, tiene conocimiento que no poseen bienes por lo que una vez prescrita la deuda que tiene a favor de ellos, los demandará, pero al hacerse la excusión de su activo y no encontrarse ningún patrimonio (del deudor y fiador), dirigirá su acción contra el subfiador, el que deberá hacer efectiva la prestación.

Este beneficio de orden es similar al de excusión. Por supuesto en nuestro ordenamiento positivo, se omite hacer pronunciamiento alguno sobre lo relativo al beneficio de orden, concretándose únicamente al beneficio de Excusión, el legislador al omitirlo, toma en consideración que el Artículo 2105 del Código Civil establece que el fiador tiene el derecho de pedir a su fiado que garantice el resultado de la fianza en los casos allí establecidos. Aunque podría decirse también que nuestra legislación lo regula en el Artículo 2119 del Código Civil, el cual establece el impedimento del acreedor de accionar en contra del fiador, sin antes haberse establecido el incumplimiento del deudor principal y de su fiador o fiadores. Lógicamente en el caso de la fianza simple, el beneficio de orden no existe y en ningún momento puede ser invocado por el fiador.

5.1.2 Beneficio de división:

Podemos definir este beneficio de la manera siguiente: *Es el derecho que se confiere al fiador, de exigir al acreedor, que divida su reclamación entre todos los cofiadores establecidos.* Si hubiere dos o más fiadores simples (no obligados en forma solidaria), su responsabilidad y garantía por la obligación principal se entenderá dividida entre ellos en la misma forma como lo son las obligaciones simplemente mancomunadas, (Artículo 1348 del Código Civil) y en caso el acreedor se dirigiere contra uno de los codeudores, para exigirle el pago de la obligación, éste puede plantear la excepción de división y en esa forma, obligarle a reducir su reclamo, a la parte que a dicho codeudor le corresponde.

En el antiguo derecho romano no existió este beneficio ya que los cofiadores, salvo pacto en contrario, respondían solidariamente por la totalidad de la deuda, pero como esto daba lugar a injusticias o fraudes, el emperador Adriano concedió el *beneficium divissionis*, a los cofiadores, *obligando así al acreedor a dividir su reclamación entre todos estos.* Ahora bien puede existir la duda de cómo dividir la obligación entre los cofiadores; y a este respecto pueden darse las siguientes variantes:

a) Dividir la obligación en tantas partes como fiadores existan. Esto se aplica en caso de que no se hubiesen fijado límites a la responsabilidad de cada fiador.

b) Dividirla proporcionalmente entre los fiadores, atendiendo al monto por el que cada uno se obligó.

En nuestra legislación, al igual que el beneficio de orden, no encontramos el reconocimiento del beneficio de división; sin embargo, se contempla el caso de la existencia de varios fiadores en el Artículo 2115 del Código Civil, estableciendo que en caso de que alguno de los cofiadores requeridos del pago total de la obligación éste podrá repetir a prorrata contra los demás cofiadores. Igualmente consideramos que podría repetir en contra del deudor principal por el pago efectuado, y en su defecto acudir a los cofiadores.

5.1.3 Beneficio de excusión:

En el derecho romano el tratadista Justiniano, atendiendo a la naturaleza de ayuda desinteresada que rodea un contrato de fianza, concedió al fiador, el llamado *Beneficium Excussionis*, en virtud del cual, podía rechazar la demanda del acreedor, si éste no se había dirigido previamente en contra del deudor principal. Se concretó en tres especies distintas, la primera en la facultad que las *novelas* de Justiniano reconocían al garante para constreñir al acreedor a perseguir primeramente en juicio al deudor principal, y a reclamar después del garante tan solo la parte cuyo pago no hubiera podido lograr, la segunda en el derecho de obligar al acreedor que gozara de

un derecho de hipoteca especial, sobre ciertos bienes, a hacerse pago con los afectados al crédito hipotecario especial, si bastaban para su pago e indemnización, antes que recurrir al gravamen genérico sobre el patrimonio inmobiliario, era denominado beneficio de excusión real, la tercera, en la facultad del tercer poseedor de un bien hipotecado, para que el acreedor procediera en primer término contra las personas obligadas a pagar la deuda, ya fueran el deudor principal o sus garantes, conocido como beneficio de excusión personal.

5.2. Naturaleza jurídica del beneficio de excusión:

Constituye una excepción previa en juicio (según la doctrina este beneficio solo procede una vez, aunque si comparamos criterios de juristas, y dependiendo el proceso que se trate, podría plantearse como excepción perentoria.)

5.3. Causas de la inaplicación del beneficio de excusión:

Una de las causas es el hecho de que los contratos que garantizan una obligación, ya no se realiza por medio de la fianza, sino que buscan otras garantías más eficaces, otra causa es que en los contratos se excluye el derecho que tiene el fiador a hacer uso de este beneficio, y por último podemos decir que no se aplica por el hecho de no tener el principal obligado bienes suficientes que cubran su obligación.

5.4. Definición de Excusión:

La definición proporcionada por el DRAE es la siguientes: “Derecho o beneficio de los fiadores para no ser compelidos, por regla general, al pago mientras tenga bienes suficientes el obligado principal o preferente”²². “En materia de obligaciones, derecho con que cuenta, salvo haberlo renunciado o estar excluido por ley, el que puede obligar al acreedor a que previamente intente hacerse el pago con los bienes del deudor principal. Es característico de la fianza, donde se le denomina beneficio de excusión, ante la eventualidad de la exigencia judicial del credito”.²³ Se llama beneficio de excusión al derecho que tiene el fiador de oponerse a hacer efectiva la fianza, en tanto el acreedor no haya ejecutado todos los bienes del deudor. Este derecho encuentra su justificación en la razón de ser de la fianza, que consiste en proporcionar al acreedor más firmes perspectivas de satisfacción de su crédito contra el deudor principal, pero sin desplazar definitivamente a este último de su obligación.

La excusión de todos los bienes del deudor no tiene el carácter de una condición previa ineludible para el acreedor. El puede iniciar su acción directamente contra el fiador sin necesidad de demostrar que previamente se dirigió contra el deudor principal; pero se expone a que el fiador paralice su acción invocando este

²² **Ibid.** Pág. 932.

²³ Cabanellas, Guillermo y Alcalá Zamora Luis. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 14ª. Edición. Pág. 279.

beneficio que funciona como excepción dilatoria, y que debe oponerse en la oportunidad que las leyes procesales señalen para éstas o cuanto más, al contestar la demanda. “El beneficio de excusión es el derecho que tiene el fiador de oponerse a hacer efectiva la fianza en tanto el acreedor no haya ejecutado todos los bienes del deudor, es decir, se le dice al acreedor se dirija en primer término contra los bienes del deudor principal antes de dirigirse contra el que dio fianza. Este derecho se justifica por la razón de ser de la fianza, que consiste en proporcionar al acreedor más firmes herramientas de satisfacción de su crédito contra el deudor principal, pero sin desplazar definitivamente a este último de su obligación”.²⁴

Nuestro ordenamiento Civil en sus Artículos 2106 y 2108, indica que el beneficio de excusión consiste en el privilegio que tiene el fiador a no ser compelido a pagar la obligación, si antes no se ha agotado el patrimonio del deudor principal. Pues el acreedor debe dirigirse en primer lugar contra el deudor y únicamente que no haya obtenido de él el cumplimiento de la obligación, puede tomar acción contra el fiador. Este derecho que se le reconoce al fiador, de oponerse a cumplir la obligación principal, sin que previamente al ser requerido, no se establezca la insolvencia total o parcial del deudor. El carácter accesorio de la garantía debe conservarse en la fase ejecutiva, y no servirse de ella sino “accesoriamente”, ante la imposibilidad de

²⁴ " [http://es.wikipedia.org/wiki/Beneficio de excusión](http://es.wikipedia.org/wiki/Beneficio_de_excusi3n)" Categoría: Derecho de obligaciones. 23 junio 1996

cumplimiento del deudor y de resarcimiento del acreedor con el patrimonio del principal obligado.

5.5. Presupuestos para que pueda ejercerse el beneficio o excepción de excusión:

Nuestro Código Civil establece en su Artículo 2108, los requisitos que condicionan el uso de este beneficio son dos: *El primero*, que consiste en que el fiador oponga al acreedor el beneficio de excusión, luego de haber sido requerido de pago, y *el segundo*, que el fiador señale bienes realizables del deudor que sean suficientes para cubrir la obligación. De lo anterior se deduce que el beneficio de excusión esta revestido del carácter de excepción, debiendo interponerse antes de contestar la demanda, ya que el omitir su uso empleando otros medios de defensa, significaría la renuncia tácita de aprovechar tal derecho. Doctrinariamente existen distintos criterios en cuanto a la aplicación de este benéfico, algunos tratadistas opinan que ha de oponerse previo a la contestación de la demanda, en carácter de excepción, otros les objetan que dicho beneficio no contiene ese carácter, pudiendo invocarse en cualquier estado del proceso, argumentando que la solvencia del deudor principal puede mejorar posteriormente.

En el caso de que el acreedor haya dirigido su acción en contra del deudor principal, y habiéndolo encontrado insolvente, entable posteriormente la litis en contra

del fiador; éste último no podrá emplear dicho beneficio aduciendo que el deudor ha mejorado de fortuna, siendo nuevamente solvente, sino que únicamente tendrá derecho de repetir en contra del deudor, subrogando los derechos del acreedor. Se dice que esta es la interpretación correcta de la ley, basados en que hay que considerar al acreedor, ya que suficiente obstáculo es, el que su acción de cobro tenga que ejercerla en orden por dos o más veces, como para que se le obstaculice aún más dentro de un segundo proceso, al remitirlo al primer obligado.

5.6. Efectos del beneficio de excusión:

- a) Cesa la persecución contra el fiador ya que se suspende la entrada en juicio.
- b) Si el acreedor efectúa la excusión de forma omisa o negligente, y el deudor cae entretanto en notoria insolvencia, el fiador solo es responsable en lo que exceda al valor de los bienes que hubiere señalado para la excusión.
- c) Si el acreedor obtiene el pago con la excusión, se produce extinción total o parcial de la fianza según el caso.

5.7. Casos en que no procede el beneficio de excusión:

Nuestro Código Civil en su Artículo 2107, establece los casos de excepción en los que no podrá ejercitarse este benéfico contra el acreedor, siendo éstos:

- a) Cuando el fiador ha renunciado expresamente a él, por su naturaleza, tal beneficio es renunciable, pero dicha renuncia deberá ser expresa;
- b) Cuando el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor, en este caso el acreedor podrá ejercitar su acción en contra de ambos simultáneamente;
- c) En caso de quiebra o cesión de bienes del deudor.

En cualquiera de estos casos deberá ser comprobada en forma fehaciente la insolvencia del deudor, no pudiendo obligarse al acreedor a presentarse al concurso, ya que para ello tiene a su favor la alternativa de la fianza. Además el fiador a quien se reclama el pago, puede ejercer ante el acreedor las excepciones y defensas que corresponden al deudor. Artículo 2109 del Código Civil. Cuando el fiador paga la deuda, tiene derecho a que el fiado (deudor principal de la obligación) le reembolse la totalidad de lo pagado. Artículo 2114 del Código Civil.

5.8 Casos en que aun sin requerimiento del fiador, el acreedor está obligado a efectuar la excusión:

Pueden mencionarse dos casos, el primero es cuando las partes así lo han estipulado, y otro cuando el fiador se hubiere obligado tan solo a lo que no se pudiese obtener del principal deudor. En este caso, el fiador no será responsable de la

insolvencia del deudor siempre que concurren los requisitos que señala el Artículo 2108 del Código Civil.

5.9 Regulación legal del beneficio de excusión:

En nuestro ordenamiento civil, únicamente encontramos el beneficio de excusión en el Artículo 2106. En nuestro Código Procesal Civil y Mercantil se ha omitido la inclusión de las excepciones de división, orden y excusión, porque aparte del desuso en que han caído en nuestro medio, por referirse a modalidades de las obligaciones, podrían plantearse al amparo del inciso 7º., del Artículo 116 referente a la falta de cumplimiento del plazo o de la condición a que estuviere sujeta la obligación o el derecho que se haga valer.

La subsidiariedad se manifiesta en este inciso, indicando que es una excepción previa que el fiador puede plantear al acreedor, si éste no ha agotado antes su reclamo contra el deudor principal. El Artículo 2106 del Código Civil preceptúa que no puede compelerse al fiador a pagar al acreedor, sin previa excusión de los bienes del deudor, el Artículo 2108 del Código Civil agrega que el fiador solo puede aprovecharse del beneficio de excusión si lo plantea como excepción previa.

5.9.1. Las excepciones:

5.9.2. Definición de excepción:

“Título o motivo que, como medio de defensa, contradicción o repulsa, alega el demandado para excluir, dilatar o enervar la acción o la demanda del actor. Es la defensa fundada en un hecho impeditivo o extintivo que el juez puede tomar en cuenta cuando el demandado la invoca.”²⁵ Couture, citado por Aguirre Godoy, concibe la excepción como “el poder jurídico del demandado, de oponerse a la pretensión que el actor ha aducido ante los órganos de la jurisdicción.”²⁶

5.9.3. Clases de excepciones :

La división más común es: previas y perentorias. Las primeras como su nombre lo indica, se interponen previamente a contestar la demanda, dilatan el curso de la acción, postergan la contestación de la demanda, pueden referirse a la persona del juez o a la del demandante, al negocio o materia de la demanda, al modo de pedir o de proponer ésta, por creerla defectuosa. Estas excepciones son resueltas en la vía incidental, y entre ellas se encuentran las reguladas en los Artículos 116 y 117 del Código Procesal Civil y Mercantil y son las siguientes:

²⁵ Cabanellas, y Alcalá Zamora. **Ob. Cit.** Pág. 268.

²⁶ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala.** Tomo I. Pág. 479.

5.9.3.1. Excepción previa de incompetencia:

La competencia es un presupuesto procesal que el juez debe estudiar de oficio o el demandado puede alegar a través de la excepción de incompetencia, que se da cuando el juez ante quien se plantea la acción carece de competencia, conforme a las reglas de ésta, ya sea por razón de materia, territorio o cuantía para conocer de ella. En el Código esta situación se encuentra regulada en el Artículo 6º. el cual dice: "Es obligación de los tribunales conocer de oficio de las cuestiones de jurisdicción y de competencia, bajo pena de nulidad de lo actuado y de responsabilidad del funcionario, salvo aquellos casos en que la competencia de los jueces puede ser prorrogada, por tratarse de competencia territorial", lo regulado en este Artículo se encuentra en concordancia con los Artículos 62 y 120 de la Ley del Organismo Judicial.

5.9.3.2. Excepción previa de litispendencia:

Esta excepción procede cuando se siguen dos o más procedimientos iguales en los cuales deben concurrir necesariamente las tres identidades: personas, objeto y causa, y tiene como fin evitar fallos distintos en dos procesos con identidad de causa, partes y objeto, así como también que el fallo en uno haga prejuzgar al juez respecto

del otro. Para la procedencia de esta excepción es necesario que existan dos procesos en los que las personas y cosas sean las mismas, debiendo probarse la existencia del otro proceso.

Esta excepción se encuentra contemplada en el Artículo 540 del Código Procesal Civil y Mercantil, que reza: "Cuando la demanda entablada en un proceso sea igual a otra que se ha entablado ante juez competente, siendo unas mismas las personas y las cosas sobre las que se litiga, se declarará la improcedencia del segundo juicio y se condenará al actor, en costas, daños y perjuicios".

Alsina, citado por Aguirre Godoy, sostiene "que la excepción de litispendencia tiene un alcance amplio y procede no solamente tratándose de las tres identidades mencionadas, sino que por la íntima conexidad de los casos donde se discute parte de la relación total del derecho".²⁷ La litispendencia prevee garantizar la cosa juzgada como fin supremo de la jurisdicción, evitando dos fallos sobre un mismo caso.

²⁷ **Ibid.** Pág. 491.

5.9.3.3. Excepción previa de demanda defectuosa:

Cuando la demanda no llena los requisitos de contenido y forma que establece la ley, y el juzgador no haga uso de la facultad que el concede el Artículo 109 del Código Procesal Civil y Mercantil, de repeler de oficio las demandas que no contengan los requisitos establecidos por la ley, procede la excepción previa de demanda defectuosa.

5.9.3.4. Excepción previa de falta de capacidad legal:

La capacidad en términos generales es la aptitud de la persona para ejercer derechos y contraer obligaciones. Según el Artículo 8 del Código Civil la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad, y es la falta de esta capacidad la que tiene por fundamento esta excepción.

El Artículo 44 del Código Procesal Civil y Mercantil, nos indica que: "tienen capacidad para litigar las personas que tengan el libre ejercicio de sus derechos. Las personas que no tengan el libre ejercicio de sus derechos, no podrán actuar en juicio sino representadas, asistidas o autorizadas conforme a las normas que regulen su

capacidad. Las personas jurídicas litigarán por medio de sus representantes conforme a la ley, sus estatutos o la escritura social. Las uniones, asociaciones o comités, cuando no tengan personalidad jurídica, pueden ser demandadas por medio de sus presidentes, directores o personas que públicamente actúen a nombre de ellos.” En consecuencia, esta excepción procede cuando quien litiga carece de capacidad de ejercicio, o de la aptitud necesaria para comparecer en juicio personalmente.

5.9.3.5. Excepción previa de falta de personalidad:

Esta excepción en la práctica ha dado mucha dificultad y su problema se refiere al presupuesto procesal de la falta de legitimación de las partes. Jaime Guasp, citado por el doctor Aguirre Godoy, expone que “para que un proceso se desarrolle válidamente es preciso que las partes no solo tengan aquel grado de aptitud genérica que marca el derecho positivo, sino una idoneidad específica, derivada de su relación con la situación jurídica en litigio, que justifique su intervención : normalmente, la titularidad de la relación jurídica material, excepcionalmente la titularidad de otras relaciones jurídicas que la ley precisa en cada caso (representación, sustitución)”.²⁸

²⁸ **Ibid**, pág. 500.

La legitimación se refiere a la relación de las partes con el proceso concreto. Su concepto viene de la legitimatio ad causam romana, o sea la facultad para demandar (legitimación activa) y obligación de soportar la carga de ser demandado (legitimación pasiva), según la situación en que se encuentran las partes en cuanto al objeto del proceso. Procede esta excepción cuando no concurren las calidades necesarias para comparecer a juicio en los sujetos procesales, es decir para ser sujeto activo o pasivo de la obligación que se demanda.

5.9.3.6. Excepción previa de falta de personería:

Por personería se entiende la aptitud que tiene una persona de ejercitar derechos o acciones en juicio, en representación de la que es titular de los mismos. Esta excepción tiene lugar cuando se alega una representación sin tenerla o bien cuando teniéndola, carece de los requisitos formales necesarios para su validez.

El Artículo 45 del Código Procesal Civil y Mercantil regula que los representantes deberán justificar su personería en la primera gestión que realicen, acompañando el título de su representación, y manda que el juez no admita el título de representación si no se encuentra debidamente registrado en la oficina correspondiente. La falta de estos

presupuestos procesales da origen a la excepción previa de falta de personería.

5.9.3.7. Excepción previa de falta de cumplimiento del plazo o de la condición a que estuviera sujeta la obligación o el derecho que se haga valer:

Esta excepción tiene la característica de ser una excepción previa preclusiva; es decir únicamente puede interponerse antes de contestar la demanda, y procede en los siguientes casos: a) Cuando el supuesto es la falta de cumplimiento del plazo, porque se ha fijado día y hora para el cumplimiento de la obligación sin que éste haya vencido, exigiéndose el cumplimiento anticipado; b) Cuando el supuesto es la falta del cumplimiento de la condición, y se exige el cumplimiento de la obligación cuando el acontecimiento no se ha realizado.

Debe tenerse cuidado al interponerse esta excepción, pues en muchos casos se interpone conteniendo los dos supuestos, que son completamente distintos, dando lugar a que la misma al momento de ser calificada se desestime, porque al momento de interponerse no se hizo la distinción necesaria del caso al que se adapta.

5.9.3.8. Excepción previa de caducidad:

Esta excepción procede cuando los derechos o acciones que se reclaman se ha extinguido por el transcurso del plazo que la ley o la voluntad de los particulares establece para el ejercicio de los mismos. Aguirre Godoy define la caducidad como “el decaimiento de una facultad procesal que no se ejercita dentro de un determinado plazo.”²⁹ La caducidad tiene relación con los plazos llamados preclusivos, o sea que los actos deben realizarse durante su transcurso, ya que de otra manera se produce la caducidad. El Código Procesal Civil y Mercantil regula algunos casos en que se produce la caducidad.

5.9.3.9. Excepción previa de prescripción:

El derecho sustantivo regula la prescripción adquisitiva o positiva que es aquella por la cual se adquieren derechos por el transcurso del tiempo y la prescripción extintiva, negativa o liberatoria, que es aquella por la cual se extinguen derechos u obligaciones por el transcurso del tiempo, esta prescripción puede ejercitarse como acción o como excepción por el deudor. La prescripción no opera de oficio, sino que debe ser declarada al ejercitarse como acción o excepción.

²⁹ **Ibid**, pág. 510.

Procede la excepción previa de prescripción cuando el acreedor no exige el cumplimiento de la obligación dentro del tiempo que establece la ley. Para que se produzca la prescripción deben reunirse los siguientes requisitos:

- * La existencia de una obligación susceptible de extinguirse por este medio;
- * La inactividad del sujeto activo de la relación obligacional.
- * El transcurso de tiempo que la ley establece
- * La alegación por parte del deudor, a través de la acción o la excepción.

5.9.3.10. Excepción previa de cosa juzgada:

Esta excepción tiene su fundamento legal en el Artículo 155 de la Ley del Organismo Judicial que establece que hay cosa juzgada cuando la sentencia es ejecutoriada, siempre que haya identidad de personas, cosas, pretensión y causa o razón de pedir. Es decir que esta excepción procede cuando existe otro proceso en el cual hay sentencia ejecutoriada con los presupuestos enumerados anteriormente.

5.9.3.11. Excepción previa de transacción:

El Código Civil en su Artículo 2151, establece que la transacción es un contrato por el cual las partes, mediante concesiones recíprocas, deciden de común acuerdo algún punto dudoso o litigioso, evitan el pleito que podría promoverse o terminan el que está principiado. La excepción previa de transacción, procede ante la existencia de un acuerdo de voluntades que antes o durante la realización de un juicio, ha decidido evitar el mismo o ponerle fin. Algunos tratadistas estiman que en realidad es un modo anormal de ponerle fin al proceso.

5.9.3.11. Excepción previa de arraigo:

Esta excepción tiene su fundamento en garantizar la continuidad de un proceso judicial, cuando el actor es extranjero o transeúnte y el demandado guatemalteco, logrando con ello la protección de intereses de nacionales protegiéndolos de los daños y perjuicios que pudieran sufrir por parte del extranjero que promoviere una demanda sin sustentación legal.

Cabanellas, define el arraigo como “acción o efecto de arraigar o arraigarse, el

arraigo en juicio es la obligación impuesta en ciertos casos al litigante de afianzar su responsabilidad o las resultas del juicio”.³⁰

Como características de las excepciones previas podemos mencionar: que su objeto principal es depurar el proceso, es decir que atacan la forma del mismo, haciendo ver la inexistencia de los presupuestos procesales que impiden conocer el fondo de la pretensión, interrumpen el curso normal del proceso ya que el asunto principal se suspende hasta que sean resueltas en definitiva y retardarlo, se interponen y resuelven antes de la contestación de la demanda, pues su finalidad es depurar la relación jurídico procesal, y son nominadas, porque en la ley que las crea se les ha dado un nombre.

Las segundas o sea las perentorias, se entienden como la defensa procesal que atacan el fondo del asunto litigioso, extinguen o excluyen la acción del actor para siempre. Entre las características de estas excepciones podemos mencionar: que su objeto principal consiste en destruir la pretensión del demandante; se interponen en la contestación de la demanda; no suspenden el desarrollo normal del proceso; se resuelven al decidir el asunto principal, o sea, al dictar sentencia; son innominadas, pues la ley no las determina en su nombre o número, sino que pueden

³⁰ **Ob. Cit;** pág. 366.

nominarse por el demandado según sea la causa que extinga la obligación y la acción, Artículo 118 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Finalmente podemos indicar que existen también las excepciones mixtas, se trata de aquellas excepciones que se presentan combinando las características de las excepciones previas y las perentorias. son previas; pero por sus efectos producen consecuencias procesales, que al ser declaradas procedentes, destruyen la acción del demandante. Son las excepciones que en las disposiciones legales pueden hacerse valer en cualquier tiempo y estado del proceso, ya previo al juicio, ya durante su tramitación, siempre que no se haya dictado sentencia definitiva. Se califican como excepciones mixtas: la caducidad, la prescripción, la cosa juzgada y la transacción. Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 120 del Código Procesal Civil y Mercantil al igual que las excepciones previas de litispendencia, falta de capacidad legal, falta de personalidad y falta de personería, es posible interponerlas en cualquier estado del proceso. Nuestro Código Civil preceptúa en su Artículo 2109 “El fiador podrá hacer valer las excepciones que contra el acreedor correspondan al deudor, aunque este las hubiere renunciado”.

Ahora bien, la excepción que en mayor grado nos interesa, es la excepción previa contenida en el numeral séptimo del Artículo 116 del Código Procesal Civil y Mercantil, o sea la excepción previa de falta de cumplimiento

del plazo o de la condición a que estuviere sujeta la obligación o el derecho que se hace valer. Esta excepción contiene dos supuestos, lo cual produce confusión al momento de oponerse, uno de ellos se refiere al plazo, ya que las obligaciones y los derechos tienen un determinado plazo para ser ejercitados; otro es el referente a las condiciones, de manera que al cumplirse o incumplirse hagan adquirir el derecho hasta que esa condición se realice o no, lo cual nos lleva a la conclusión que la excepción de excusión o beneficio de excusión, se encuadra en este segundo supuesto, ya que al tenor de lo regulado en el Artículo 2108 del Código Civil el beneficio de excusión debe oponerse cuando se le haga al fiador el requerimiento de pago. Dicha norma preceptúa “Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de excusión, debe oponerlo al acreedor luego que éste lo requiera para el pago y señalarle bienes realizables del deudor que sean suficientes para cubrir el importe de la obligación”. Ello equivale a ejercer por parte del fiador, su derecho de excepcionar ante la demanda que se entable en su contra, por el incumplimiento de la obligación del principal obligado, pudiendo ejercer su derecho, al plantear esta excepción, provocando con ello la desestimación de la acción en su contra.

CAPÍTULO VI

6. Encuesta dirigida para establecer si existen casos prácticos en el que se haya hecho uso del beneficio o excepción de excusión y su forma de resolverlo.

Luego de realizar las encuestas respectivas, tanto a jueces y oficiales, de los Juzgados Octavo, Noveno y Décimo de Primera Instancia del Ramo Civil del departamento de Guatemala, el resultados de las mismas fue el siguiente: En estos juzgados no existe un solo caso en el que se haya hecho uso de este beneficio, pues no consta que la persona que figura como fiador, en los procesos, haya hecho uso de la excepción de excusión. Por lo tanto, podemos indicar que los resultados obtenidos en dichas encuestas fueron los que a continuación se indican:

Referente a la primer pregunta formulada, la cual fue la siguiente: En los procesos tramitados en su Juzgado, ¿conoce usted algún caso en que haya sido el fiador quien pague la deuda del principal obligado?. La respuesta en un noventa por ciento fue afirmativa, lo que equivale a decir que es efectivamente es el fiador quien cumple con la obligación del principal obligado.

En cuanto a la segunda pregunta formulada, relacionada a la primer pregunta y la cual fue la siguiente: De ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, ¿en qué

clase de procesos se ha presentado esta situación? La respuesta en la mayoría de los casos fue, en juicios sumarios y ejecutivos.

La tercer pregunta formulada, consistente en que si en la tramitación de los procesos mencionados, ¿se había hecho uso de la excepción de excusión, por parte del fiador? La respuesta en un cien por ciento fue negativa, con lo cual se comprueba el desconocimiento en la aplicación de este benéfico o de esta excepción de excusión en casos concretos.

El resultado de la respuesta anterior es que la pregunta cuatro relacionada a ¿cuál ha sido la forma de plantearla, como excepción previa o como excepción perentoria? la misma no fue respondida.

Respecto a la quinta pregunta formulada, ¿Recuerda algunos otros casos en los que se haya hecho uso de la excepción de excusión?. También la respuesta fue negativa, por lo que se infiere que las preguntas seis y siete, que fueron formuladas en la siguiente forma: ¿En qué clase de proceso fue aplicada? y ¿Cuál fue la forma de resolverla?), no fueron respondidas.

La pregunta ocho fue la siguiente: ¿Considera usted que el planteamiento de la excepción de excusión o beneficio de excusión es favorable para la persona que figura

como fiador?. La respuesta en un noventa y nueve por ciento fue afirmativa, lo que equivale a hacerse la interrogante, del porqué entonces no se aplica.

Finalmente, la respuesta a la pregunta nueve ¿En qué cree usted que le beneficia al fiador el hacer uso de la excepción de excusión?. Fue: en la mayor parte de las respuestas: a) que lo libera de la obligación contraída, b) que puede obtener el levantamiento de medidas que le hubieren decretado,

También se practicó dicha encuesta a los abogados litigantes, siendo el resultado de las mismas es el siguiente: De la primer pregunta formulada: De los procesos promovidos en los distintos juzgados del ramo civil, ¿recuerda usted algún caso en que haya sido el fiador quien pague la deuda del principal obligado?. La respuesta en un sesenta por ciento fue afirmativa.

La segunda pregunta formulada, de ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, ¿en qué clase de procesos se ha presentado esta situación? La respuesta fue, en juicios ejecutivos, sumarios y sumario mercantil.

La tercera pregunta formulada, si dentro de la tramitación de los procesos mencionados, ¿se ha hecho uso de la excepción de excusión, por parte del fiador? La respuesta en un noventa y nueve por ciento fue negativa. Por consiguiente la

pregunta cuatro, ¿cuál ha sido la forma de plantearla, como excepción previa o como excepción perentoria? no fue respondida.

Respecto a la quinta pregunta formulada ¿Recuerda algunos otros casos en los que se haya hecho uso de la excepción de excusión?. También la respuesta fue negativa, por lo que las respuestas a las preguntas seis y siete no fueron respondidas. (¿En que clase de proceso fue aplicada? y ¿Cuál fue la forma de resolverla?

La pregunta ocho ¿Considera usted que el planteamiento de la excepción de excusión o beneficio de excusión es favorable para la persona que figura como fiador?. La respuesta en un noventa y ocho por ciento fue afirmativa.

La respuesta a la pregunta nueve, ¿En que cree usted que le beneficia al fiador el hacer uso de la excepción de excusión?. Fue, que lo libera o lo excluye de la obligación contraída, y que puede obtener el levantamiento de medidas que hubieren decretado en su contra.

CONCLUSIONES

1) El contrato de fianza es una figura jurídica revestida de elementos personales, reales y formales. En la prenda y en la hipoteca se gravan derechos reales, como bienes determinados de antemano, afectando únicamente los bienes tanto muebles como inmuebles, de los cuales el acreedor ha considerado como suficientes para cubrir el valor de la obligación adquirida por el deudor. La fianza es más general, pues la persona que la otorga compromete todos sus bienes enajenables que forman su patrimonio,

2) El fiador no puede ser compelido al pago, ni al cumplimiento de la obligación, si no lo ha sido antes el deudor principal; lo cual da lugar al llamado beneficio de excusión o excepción de excusión. Nuestro ordenamiento civil otorga este beneficio a favor del fiador, sin embargo los mecanismos para lograr esos benéficos, no han sido aplicados, y por consiguiente no han satisfecho la necesidad que conlleva el poner en práctica lo que es la excepción de excusión o benéfico de excusión.

3) Se comprueba la hipótesis, pues en los juzgados en los cuales se practicaron las encuestas, no existe un solo caso práctico, en el que el fiador, haya hecho uso de la excepción de excusión o benéfico de excusión y por consiguiente se desconoce la forma de resolverla.

RECOMENDACIONES

1. A los abogados litigantes que defienden los intereses de personas que figuran como fiadores, al interpretar el contenido del contrato de fianza, lo hagan en forma restrictiva, en lo que grave al fiador, ya que su voluntad debió ser manifestada en forma expresa, estableciéndose el límite de su obligación, y en caso de que por alguna razón esta sobrepase a la del deudor principal, vea que esta debe tenerse por reducida en cuanto al exceso.
2. Que los abogados litigantes planteen como excepción previa, el beneficio de excusión, para que el fiador pueda hacer uso de este derecho que le confiere la ley, ya que en la práctica existe la tendencia a evitarlo, lo cual acarrea como consecuencia que el fiador se obligue en forma solidaria con el deudor principal, lo cual constituye ventaja para el acreedor, puesto que ante su incumplimiento podrá dirigirse la acción contra el fiador.
3. Que los jueces, le den el trámite correspondiente a la excepción de excusión, como excepción previa, por ser una norma vigente que se encuentra regulada en nuestro ordenamiento civil, y que aplicada como excepción previa, no solamente pueda ser utilizada por el fiador, sino también en el caso de que existan subfiadores, en cuyo caso, estos deberán agotar su acción contra las personas que se obligaron

originalmente, siendo ellas el deudor principal, y el fiador.

4. A las personas que figuran como fiadores, indicarles que el beneficio de excusión o excepción de excusión puede ser invocado, recurriendo primeramente contra el principal obligado, y en caso existan cofiadores puede reclamárseles lo pagado, debiendo rebajarse lo que a él por su parte le corresponda.

ANEXOS

ANEXO A

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE TESIS

TEMA: "EL BENÉFICIO O EXCEPCIÓN DE EXCUSIÓN REGULADA EN NUESTRA
LEGISLACIÓN, DESCONOCIMIENTO DE SU EXISTENCIA, Y SU FALTA DE
APLICACIÓN"

Encuesta dirigida a jueces y oficiales de los juzgados octavo, noveno y décimo de
primera instancia del ramo civil de la ciudad capital.

Persona entrevistada: Juez Oficial

1. En los procesos tramitados en su Juzgado, ¿conoce usted algún caso en que haya sido el fiador quien pague la deuda del principal obligado?.
2. De ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, ¿en qué clase de procesos se ha presentado esta situación?
3. En la tramitación de los procesos que hubiere mencionado, ¿se ha hecho uso de la excepción de excusión, por parte del fiador?

ANEXO B

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE TESIS
TEMA: "EL BENÉFICIO O EXCEPCIÓN DE EXCUSIÓN REGULADA EN NUESTRA
LEGISLACIÓN, DESCONOCIMIENTO DE SU EXISTENCIA, Y SU FALTA DE
APLICACIÓN"

Encuesta dirigida a Abogados litigantes en los Juzgados de Primera Instancia del
Ramo Civil de la Ciudad Capital.

1. De los procesos promovidos en los distintos juzgados del ramo civil, ¿recuerda usted algún caso en que haya sido el fiador quien pague la deuda del principal obligado?.
2. De ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, ¿en qué clase de procesos se ha presentado esta situación?
3. Dentro de la tramitación de dichos procesos, ¿se ha hecho uso de la excepción de excusión, por parte del fiador?

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala. ed., reimpresión; 1973**, 1t., Guatemala, Guatemala: Ed. Talleres Gráficos, Universidad Rafael Landivar, 1986.
- BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Perrot, 1978.
- CABANELLAS, Guillermo y Alcalá Zamora, Luis. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 14ª, ed., Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1979.
- COLÍN, Ambrosio y H. Capitán. **Curso elemental de derecho civil**, 3ª. ed. Madrid, España: Ed. Reus. 1938.
- LOZANO NORIEGA, Francisco. **Cuarto curso de derecho civil, contratos**. México, D.F.: Ed. Porrúa 1962.
- PUIG BRUTAU, José. **Fundamentos de derecho civil**. Barcelona España: Ed. Casa editorial, S.A. Urgel. 3ra. ed. t.3, 1983.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 3ª. ed. Madrid, España, Ed. Nauta S.A. 1966.
- RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ DE VILLATORO, Hilda Violeta. **Lecturas seleccionadas y casos de derecho civil IV**. ed., corregida y aumentada, Guatemala, Centro América: Ed. Estudiantil Fénix, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1998.
- Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**, 21ed., 2t.; Madrid, España: Ed. Espasa Calpe S.A, 1992.

RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. **Derecho civil**, derecho de obligaciones II, Madrid, España: Ed. Universidad Complutense, 1982.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. **De los contratos civiles**. 9ª. ed. México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A. 1978.

VALENCIA ZEA, Arturo. **Derecho civil** . Ed. Temis, Bogotá, Colombia: 1974.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Derecho mercantil**. VOL. 53. Ed. Universitaria. Guatemala, C.A. 1966.

Legislación:

Código Civil, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

Código de Comercio, Enrique A Claverie Delgado, Presidente, Congreso de la República, Decreto número 2-70, 1971.

Ley del Organismo Judicial. Alfonso Alonso Barillas, Presidente, Congreso de la República, Decreto número 2-89, 1989.