

LA FIANZA JUDICIAL COMO MEDIDA DE CONTRACAUTELA EN EL PROCESO DE SUSPENSIÓN DE OBRA NUEVA *

NOADIS MILÁN MORALES

Profesora Asistente de Derecho Civil y Familia de la Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Cuba.

CELIA ARAUJO QUINTERO

Profesora Instructora de Derecho Civil y Familia de la Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Cuba.
Jueza del Tribunal Provincial Popular de Santiago de Cuba

RESUMEN:

No se concibe una sociedad sin contratos, vistos como figura central en la economía de mercado a nivel de orbe, de ahí que todo sistema legal está en la obligación de propiciar y reforzar su acatamiento. Pese al rol que juega no podemos esquivar los riesgos que entraña su incumplimiento, ante tal contingencia el Derecho habrá de erigir un conjunto de mecanismos jurídicos abocados a asegurar su cumplimiento; uno de estos mecanismos son las denominadas garantías personales, siendo la fianza la que destaca por su valía.

Tomando como rambla la fianza judicial en la presente investigación dentro de la fianza en general, y su aplicación en los procesos de Suspensión de Obra Nueva; nos dimos a la tarea de examinar la conceptualización de la fianza según el criterio de varios autores, sus rasgos distintivos, clasificación, efectos y modos generales y especiales de extinguirse, sin dejar a un lado la óptica comparada. Elementos que nos permitieron visualizar su regulación en la norma sustantiva civil y procesal cubana, sus imperfecciones, así como aciertos y desaciertos dentro del proceso de Suspensión Obra Nueva.

PALABRAS CLAVE:

Contratos, garantías, fianza judicial, procesos civiles, Suspensión de Obra Nueva.

ABSTRACT:

No society is conceived without contracts, viewed as a central figure in the market economy orb level, hence every legal system is obliged to promote and strengthen compliance. Despite the role it plays can not avoid the hazards associated with their failure, to such a contingency the law will erect a set of legal mechanisms to ensure

* Recibido en fecha 06/05/2014. Aceptada su publicación en fecha 20/06/2014.

compliance doomed, one of these mechanisms are known as personal guarantees, with the guarantee which highlights for their worth.

On the boardwalk the bail bond in this investigation within the bond in general and their application in the process of suspension of new construction, giving us the task of examining the conceptualization of the bond at the discretion of various authors, their distinctive features, classification, effects and general and special modes of extinction, leaving aside the comparative perspective. Elements that allowed us to visualize its regulation in the civil and procedural substantive standard Cuban imperfections and strengths and weaknesses in the process of Suspension New Work.

KEY WORDS:

Contracts, guarantees, bail bond, civil, Suspension New Work.

SUMARIO:

LA FIANZA JUDICIAL COMO MEDIDA DE CONTRACAUTELA EN EL PROCESO DE SUSPENSIÓN DE OBRA NUEVA	13
I. Notas introductorias	14
II. Matices de la fianza como garantía contractual	15
1. Antecedentes romanos de la fianza	15
A) La adpromissio:.....	16
B) El mandatum pecunise credendse:	16
C) El constitutum debiti alieni:	16
2. Definiciones acerca de la fianza. Caracteres y clasificaciones	17
3. Efectos y extinción de la fianza	22
A) Relaciones entre el fiador y el acreedor	22
a) Beneficio de orden	23
b) Beneficio de excusión	23
c) Beneficio de división.....	24
B) Caracteres especiales de este beneficio	25
C) Relaciones entre el fiador y el deudor	25
a) Derechos del fiador antes del pago	25
b) Derechos del fiador después del pago	26
D) Relaciones entre el fiador que paga y los demás cofiadores	27
III. La fianza judicial en los procesos de Suspensión de Obra Nueva. Una mirada en Cuba y en el Derecho Comparado	27
IV. Consideraciones finales.....	33
Bibliografía.....	33

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

La directriz fundamental que ha propiciado la presente ponencia, obedece al desconocimiento de la fianza judicial como garantía contractual en los asuntos de

suspensión de obra nueva a cargo de la parte reclamante; existiendo criterios contrapuestos al respecto en base a la naturaleza, contenido y alcance de esta, pues su finalidad se constriñe a asegurar procedimientos judiciales.

Al brindar a *grosso modo*, las peculiaridades de la fianza, a partir de su concepto, características, y clasificaciones; aspectos que tributaron a la oferta de fundamentos a juicios de las autoras en torno a la fianza judicial como una peculiar garantía crediticia, donde se entremezclan reclamante – deudor, fiador y órgano judicial en pos de respaldar la demolición e indemnización de los daños y perjuicios que provengan de la continuidad de la obra paralizada. Con mira en el derecho comparado examinamos la regulación tanto de la fianza como de la suspensión de obra nueva en sus normas sustantivas civiles y procesales, previa selección de países que conforman el continente americano, y España, nación que pese a ubicarse fuera de esta geografía resultaría imperdonable su soslayo dada la influencia ejercida sobre nuestro derecho, contrastes que nos procuraron una breve noción del tratamiento jurídico de ambas figuras. Tantear el tema en nuestro país fue interesante, al confirmar la estrecha relación que pueden darse entre instituciones contenidas en la norma civil en paralelismo con la ley de procedimiento, y que en ocasiones se desligan, dando al traste a equívocas interpretaciones con trascendencia práctica.

II. MATICES DE LA FIANZA COMO GARANTÍA CONTRACTUAL

Sabido es que la solvencia del deudor se torna un interés prioritario del acreedor, toda vez que en el marco negocial se difiera la exigibilidad de una obligación, tanto más cuando esta es dineraria. Muchas figuras contractuales se volverían poco eficaces de no contar los contratantes con medios que sirvan de garantía de ejecución de las prestaciones respectivas. La noción de garantía viene, entonces, como imperativo de la realidad económica y social, a asegurar y fomentar el desarrollo de los negocios, cubriendo la eventual insolvencia de aquel que se ha comprometido a pagar, convirtiéndose incluso en un accesorio esencial del crédito.

Constituye, pues, un instrumento jurídico al servicio del acreedor. Y asimismo del deudor, por cuanto la posibilidad de garantizar su obligación redundará indubitadamente a su favor, en lo que respecta a la confianza que podrá éste obtener en las transacciones. Precisamente es la fianza un medio muy difundido de garantía, cuyos antecedentes pueden rastrearse hasta el derecho romano¹.

1. ANTECEDENTES ROMANOS DE LA FIANZA

La fianza tiene sus lejanos antecedentes en la *adpromissio* romana que evoluciona a través de tres fórmulas que -en teoría, al menos- llegaron a coexistir, si bien, en la práctica, la más nueva fue desplazando a la más antigua. Las tres se desarrollaron bajo la estructura de la *stipulatio*. Con el correr del tiempo, fueron reemplazadas -en la práctica- por el *mandatum credendse pecunia* y el *constituto debiti alieni*.

¹ GHERSI, Carlos ALBERTO, *Contratos civiles y comerciales, Partes general y especial*, Tomo I, 4ta ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 687.

A) *La adpromissio*:

Transcurre por tres etapas:

a) En una primera etapa, se empleó el verbo *spondere*. Interrogaba el acreedor *¿ídem daré spondes?*; contestaba el adpromissor (fiador) *Spondeo*. Sólo podían acudir a ella los ciudadanos romanos, en garantía de obligaciones *verbis*, y la obligación no pasaba a los herederos.

b) En una segunda etapa, el verbo empleado fue el *fidepromittere*: *¿ídem daré fidepromittis? Fidepromitto*. Ese verbo podía ser empleado tanto por los ciudadanos como por los peregrinos. Por esa vía, los deudores encontraron mayores posibilidades de obtención de crédito, al ampliarse el número posible de fiadores. Pero, para el acreedor, presentaba los mismos inconvenientes que la *sponsio*: solo podían garantizarse obligaciones *verbis* y la relación no pasaba a los herederos del fiador.

Esos inconvenientes se vieron agravados por dos disposiciones de la Ley Furia que beneficiaron a los *sponsores* y *fidepromissores* de Italia: quedaban liberados a los dos años de tornarse exigible la deuda, y cuando había pluralidad de ellos, el acreedor estaba obligado a dividir su crédito entre ellos, fueran solventes o no.

c) Para superar esos inconvenientes, la *adpromissio* alcanza su tercera etapa evolutiva: la *fidejussio*. Cambia el verbo empleado y la interrogación del acreedor se convierte en *¿ídem fide tua esse jubes?*

Con ella, las obligaciones garantizables no se limitan a las nacidas *verbis*, sino que lo son las derivadas de cualquier causa; la relación de fianza pasa a los herederos del fiador; no se produce la liberación a los dos años; en el caso de pluralidad de fiadores, no se divide la deuda entre ellos. Pero esto último experimenta una modificación por un rescripto de Adriano, que acuerda a los *fidejussores* el beneficio de división.

B) *El mandatum pecunise credendse*:

En la forma de un contrato *verbis*, no servía para un contrato entre sordos o mudos, ni podía concluirse entre ausentes. Con el *mandatum pecunise credendse*, el Derecho Romano da un paso más. Se acude al contrato consensual de mandato.

C) *El constitutum debiti alieni*:

Pero el *mandatum pecunise credendse* tenía el inconveniente de que debía preceder a la obligación principal. El *constitutum debiti alieni* permitió alcanzar las finalidades económicas de la fianza respecto a deudas preexistentes. El *constitutum* es un pacto pretoriano por el cual "alguien toma la obligación de pagar a día fijo una deuda preexistente". Ese "alguien" puede ser el propio deudor (*constitutum debiti proprii*) o un tercero (*constitutum debiti alieni*)².

² Cfr. LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO, *Teoría de los Contratos*, Tomo V, Parte Especial 4, Zavalía Editor, Buenos Aires, Argentina, 1995, pp. 8-11.

2. DEFINICIONES ACERCA DE LA FIANZA. CARACTERES Y CLASIFICACIONES

La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple. La fianza puede constituirse, no sólo a favor del principal, sino de otro fiador³.

IVÁN ESCOBAR FORNOS⁴ citando los artículos 3653 y 3676 del Código Civil de Nicaragua expresa que la fianza, es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple. La fianza es un contrato en el que interviene la voluntad del acreedor y del fiador. No es preciso la voluntad del deudor o del primer fiador, si se refiere a éste.

Según el artículo 1986 del Código Civil argentino habrá contrato de fianza, cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente por un tercero, y el acreedor de ese tercero aceptase su obligación accesoria⁵.

La fianza es un tipo especial de garantía que se produce cuando un tercero se compromete a ejecutar la prestación debida por el deudor al acreedor. El fiador garantiza el cumplimiento de una deuda ajena, obligándose personalmente⁶.

El fiador debe ser un tercero, distinto del deudor de la obligación principal, pues de otro modo carecería de objeto la fianza, que es una garantía para el acreedor. Hay, pues, que considerar en la fianza tres personas: el acreedor y el deudor de la obligación principal, y el fiador, deudor de la misma.

No debe confundirse la fianza con la novación, pues el que se obliga en el caso de novación reemplaza al deudor primitivo, el cual queda libre, lo que no ocurre en la fianza, la que existe como un accesorio de la obligación principal. Tampoco debe confundirse con la delegación, pues, como hemos dicho, en el contrato de fianza se trata de una obligación accesoria añadida como garantía de la principal y no de un simple encargo hecho por el deudor.

La fianza se distingue sustancialmente de la prenda y de la hipoteca, en que estas dan al acreedor acción real, para pagarse con la cosa dada en garantía; y aquella, personal contra el patrimonio del fiador. Por esta razón, el obligado a rendir una fianza no puede sustituir a ella, contra la voluntad del acreedor, una hipoteca o prenda, y recíprocamente, pues lo convenido debe cumplirse en la forma estipulada.

³ ERRAZURIZ BARROS, ALFREDO, *Curso de Derecho Civil*, Volumen III, 4ta. ed. corregida y aumentada, Ed. Nascimento, Santiago, Chile, 1932, citando al artículo 2335 del Código Civil chileno, p.430.

⁴ ESCOBAR FORNOS, IVÁN, *Curso de Contratos*, Ed. Hispamer, Colección Textos Jurídicos, Managua, Nicaragua, 1988, pp. 262-263.

⁵ *Cit pos* LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los Contratos*, cit., p. 7.

⁶ DIEZ-Picazo, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Volumen II, 4ta. ed., Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 414, *cit. pos* OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY DE LA C. y DELGADO VERGARA, TERESA, *Teoría general de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil Cubano*, La Habana, Cuba, 2000, p. 168.

La fianza favorece al acreedor, porque le da una garantía para su crédito; y al deudor, porque merced a ella obtiene las facilidades que necesita, puede tener lugar en toda especie de contrato u obligación principal, a saber: en la venta, permuta, arrendamiento, sociedad, depósito, comodato, mutuo, etc.⁷.

PUIG PEÑA hace una aguda crítica de esta garantía: “A pesar de esta vieja historia, la garantía personal es figura totalmente desacreditada. No produce, en efecto, frente al acreedor, las seguridades que le proporcionan las garantías pignoraticias o hipotecarias; fomenta, por así decirlo, en la persona del deudor (en la mayoría de los casos) una situación de apatía e inmoralidad, incitándole a declarar su irresponsabilidad en perjuicio del fiador, y constituye ciertamente a éste en un peligro constante de tener que cumplir una prestación por deuda que no contrajo. Desde el punto de vista social hace de la amistad un instrumento peligroso y abusivo, porque el deudor se atreve con más facilidad a exigir del amigo la garantía que el contenido económico de la obligación garantizada; contando, además, con que éste encontrará más dificultad en negarse al abonamiento personal, pues de momento no sufre su patrimonio, aunque a la larga sea el que tenga que cumplir. Desde el punto de vista jurídico, produce una complejidad de relaciones tal que en ocasiones causa un verdadero trastorno en el ámbito del derecho. Lo anterior no obsta, sin embargo, para que en algunos supuestos el contrato de fianza tenga una utilidad evidente”⁸.

Por más que la crítica de PUIG PEÑA es en general justificadísima, no puede negarse que la fianza desempeña un papel económico fundamental como instrumento de crédito. Muchas veces la escasa cuantía de la deuda no justifica apelar al recurso costoso, molesto y lento de las garantías reales; otras, el deudor no tiene bienes para ofrecer en garantía. La fianza es un recurso expeditivo, simple y eficaz, que por lo común garantiza satisfactoriamente al acreedor (puesto que éste se asegurará de la solvencia del fiador); por más que, desgraciadamente, muchas personas inescrupulosas se sirven de ella para lograr del amigo la garantía de una deuda que luego no piensan pagar. Es servicio que se puede exigir del amigo; y muchos se sienten autorizados a descalificar en el plano amistoso a quien prudentemente se niega a prestar su fianza, conociendo la poca solvencia económica (y a veces moral) del que la pide⁹.

La fianza presenta caracteres que la distingue como garantía personal, dentro de los que podemos señalar los siguientes:

1. Es un contrato accesorio, que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella. De aquí se deduce:

a) Que la fianza se extingue en todo o parte por la extinción de la obligación principal en todo o parte, así el fiador demandado puede oponer la compensación producida en el todo o parte de la deuda, porque como ella extingue, por ministerio de la ley, en todo o parte, la obligación principal, suprime en igual forma la obligación del fiador que es accesorio.

⁷ *Ídem*, pp. 430-431.

⁸ *Cit. pos* BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil, Contratos*, Tomo II, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 492.

⁹ *Ídem*, p. 492.

b) La nulidad de la obligación principal acarrea la nulidad de la fianza, porque lo accesorio no puede subsistir sin lo principal.

c) Por lo que toca a la cuantía de la fianza, el fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal, pero puede obligarse a menos.

d) En cuanto al tiempo, lugar, condición o modo del pago o a la pena impuesta por la inexecución del contrato a que accede la fianza, el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor. Así, no puede el fiador obligarse a pagar la deuda dentro de un término más corto que el concedido al deudor, ni a entregar la cosa en un lugar donde tuviese más valor que en donde el deudor ha de entregarla, ni a dar pura y simplemente lo que el deudor no debe sino bajo cierta condición, ni a someterse a una cláusula penal a que el deudor no se ha sometido.

e) La interrupción de la prescripción que obtiene el acreedor respecto al deudor principal produce efecto respecto del fiador, porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal; pero la obtenida contra el fiador, no produce efecto respecto del deudor principal.

2. Es contrato consensual, la fianza se perfecciona por el solo consentimiento del acreedor y del fiador.

En cuanto a la formalidad algunas legislaciones admiten que la fianza deba realizarse de cualquier forma verbal o escrita¹⁰, otras establecen que debe ser estrictamente escrita¹¹.

3. Es un acto voluntario de parte del fiador. Por regla general, la obligación de la fianza es contraída voluntariamente por el fiador.

Pero, en los casos en que, el deudor es obligado a prestar fianza, en virtud de la disposición legal o del mandato del juez, el fiador no es libre para fijar las condiciones de la fianza; deberá someterse a los términos de la disposición legal o del mandato del juez.

4. Es unilateral y por lo general gratuito¹². La fianza es un contrato unilateral, porque en virtud de ella solo contrae obligación el fiador respecto del acreedor de la obligación principal. Es, además, por su naturaleza, un acto de beneficencia, un buen oficio que el fiador hace al deudor; de modo que si nada se dice, se entiende que es gratuito, tanto respecto del deudor, como respecto del acreedor.

5. La fianza es, una obligación subsidiaria, no en el sentido de que el acreedor no pueda demandar directamente al fiador, sino en cuanto este puede invocar el beneficio de excusión; solo puede hacerse efectiva cuando se ha hecho infructuosa la excusión de los

¹⁰ El artículo 3683 del Código Civil de Nicaragua dispone que la fianza puede contratarse en cualquier forma: verbalmente, por escritura pública o privada; pero si fuere negada en juicio sólo podrá ser probada por escrito cuando exceda de cien pesos; lo mismo sucede con el Código Civil argentino en su artículo 2006, excepto la cuantía que no la menciona.

¹¹ Para el Código Civil cubano la fianza requiere la forma escrita, artículo 280.4.

¹² El Código Civil español en su artículo 1823 señala que la fianza puede ser gratuita u onerosa, de igual manera lo reconoce el Código Civil mexicano en el precepto 2795.

bienes del deudor principal, salvo que el fiador haya renunciado a este beneficio o se trate de una fianza mercantil¹³.

6. Pueden afianzarse toda clase de obligaciones. Todas las obligaciones pueden ser afianzadas, sean civiles o naturales, accesorias o principales, deriven de un contrato, de la ley o de un hecho ilícito; cualquiera sea el acreedor o deudor y aunque el acreedor sea persona incierta; tampoco importa que la deuda sea de valor determinado o indeterminado, líquido o ilíquido, inmediatamente exigible o a plazo o condicional, finalmente, tampoco importa la forma del acto principal. La fianza puede ser otorgada también en garantía de una obligación futura. Pueden afianzarse no solo las obligaciones de dar sumas de dinero, sino también las de entregar cosas ciertas o inciertas y las de hacer o no hacer.

En cuanto a la clasificación atendiendo al origen o fuente de donde arranca la obligación de prestar fianza, esta puede ser convencional, legal o judicial.

La fianza convencional para muchos autores foráneos es la que emana de un contrato¹⁴, para nuestro Código Civil la fianza puede constituirse por cualquier acto jurídico ya que aquel no le atribuye naturaleza contractual, pero como diría la profesora OJEDA RODRÍGUEZ es a través del contrato por el que con mayor frecuencia se manifiesta¹⁵.

Fianza legal es la que emana de la ley, nuestro Código Civil no la reconoce. Distinto a lo que acontece con un número significativo de Códigos Civiles en América Latina, así Bolivia contempla la fianza de tipo legal como una de sus clases, unido a la convencional y la judicial¹⁶. Chile regla esta clase de fianza, apuntando que su constitución es ordenada por ley, la cual se registrará por las mismas normas que la fianza convencional, siempre que el Código Civil o la Ley de Enjuiciamiento Civil estipulen cosa diferente¹⁷.

Argentina por su lado contempla la fianza legal y la judicial, sin que haga alusión a la convencional, pues depende quien la ordene dígase la ley o el juez¹⁸. México hace referencia a tres clases de fianza, judicial, legal y convencional obedeciendo su distinción al origen en que la garantía debe su otorgamiento¹⁹.

¹³ Nuestro Código Civil en su artículo 282 establece con respecto a esta característica que el acreedor no puede compeler al fiador a pagar sin antes haber requerido al deudor para el cumplimiento de su obligación.

¹⁴ ESCOBAR FORNOS, *Curso de Contratos*, cit., p. 271; ERRAZURIZ BARROS, *Curso de Derecho Civil*, cit., p. 435-436; DIEZ PICAZO, LUIS, GULLÓN, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, 6ta. ed., Ed. Tecnos S.A, Madrid, España, 1992, p. 548; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los Contratos*, cit., p. 27.

¹⁵ OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría general de las Obligaciones*, cit., p. 169.

¹⁶ Artículo 919 del Código Civil de Bolivia.

¹⁷ Artículo 2336 del Código Civil de Chile.

¹⁸ Artículo 1998 del Código Civil de Argentina. Un ejemplo de la fianza legal que establece este Código es la recogida en el artículo 2851, el que señala el usufructuario debe prestar fianza antes de entrar en el uso de la cosa sujeta al usufructo.

¹⁹ Código Civil mexicano, artículo 2795.

En igual orden Uruguay y Nicaragua preconizan con extrema claridad en sus Códigos Civiles²⁰ los tipos de fianza relacionado en líneas precedentes, saltando a la vista que cada normativa con su propia peculiaridad deja sentado que la fianza sea convencional, legal, o judicial obedece su clasificación al origen de su constitución.

El Código Civil español, al referirse a la naturaleza y extensión de la fianza señala que esta puede ser convencional, legal o judicial, gratuita o a título oneroso y que también puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino al del otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo éste²¹.

La fianza judicial es la que exigen o imponen los tribunales, mediante las actuaciones judiciales. Esta modalidad no está regulada por el Código Civil cubano, pero es posible su existencia teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 277 de la Ley de Procedimiento Penal y los artículos 420, 470 y 606 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

Las fianzas judiciales las puede exigir el juez solo en base a la ley. Si no existe una ley o artículo que lo autorice no puede obligar a las partes a que rindan fianza. De aquí que un sector doctrinal sostiene que solo hay dos clases de fianzas: la convencional y la legal²².

La fianza judicial tiene lugar cuando el juez decreta el afianzamiento en ciertos casos, con base también en un texto legal, aunque con facultades más o menos amplias de apreciación y que tendrán relación con la situación patrimonial del deudor que examinará el magistrado. El caso más común es el de la garantía que debe prestarse ante el pedido de ciertas medidas cautelares, tales como embargos o inhibiciones, ordenados en un juicio. Es la llamada contracautela, que regulan los códigos procesales, como eventual cobertura por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar el dictado de una medida precautoria.

Debe quedar claro que tanto en un caso como en el otro, la obligación que asume el fiador es de plena voluntad. Lo que dispone la ley o el juez está destinado concretamente al deudor y no a la persona del fiador, que siempre será libre de comprometerse o no, siendo aquí el juez quien determinará la aceptación de tal o cual fiador, en cada situación²³.

Por la obligación que garantiza la fianza, esta puede ser: simple o normal y doble. La fianza simple garantiza el cumplimiento de la obligación del deudor, ya sea en forma ilimitada o limitada. La fianza doble garantiza el cumplimiento de otro fiador, dando lugar a la conocida subfianza. Es preciso no confundir la obligación del subfiador con la

²⁰ Artículo 2103 del Código Civil uruguayo y 3654 del Código Civil de Nicaragua, los artículos 62, 416, 423 y 1503 de este Código establecen casos en que la fianza es legal, ejemplos: la fianza que deben otorgar los herederos del ausente para que se le entreguen los bienes; la fianza que deben dar los guardadores para garantizar los intereses del pupilo; la fianza que debe rendir el usufructuario antes de entrar en el goce de los bienes.

²¹ Código Civil español, artículo 1823.

²² ESCOBAR FORNOS, *Curso de Contratos*, cit., p. 271.

²³ GHERSI, *Contratos civiles y comerciales*, cit., p. 689.

del cofiador. El primero garantiza la obligación de otro fiador; en cambio el segundo garantiza junto con los otros cofiadores la misma obligación del deudor principal.

Por la extensión de la fianza, o sea por su relación con la obligación del deudor, la fianza puede ser limitada o ilimitada.

La fianza limitada es aquella en que la obligación del fiador queda constreñida por los límites establecidos en el negocio jurídico constitutivo de la fianza, que pueden estar dados en que el fiador solo responde por la obligación principal o que su obligación es más leve o menor que la del deudor, este tipo de fianza determina o especifica la obligación del fiador. La fianza es ilimitada cuando garantiza la obligación principal y sus accesorias y comprende sus intereses, los daños y perjuicios y los gastos que origina su ejecución, tal como lo dispone el artículo 281 del Código Civil Cubano.

Por el vínculo establecido entre el fiador y el acreedor la fianza puede ser ordinaria o extraordinaria, otros autores la denominan simple o subsidiaria y solidaria²⁴. En la fianza ordinaria el acreedor no puede dirigirse directamente contra el fiador, sino en forma subsidiaria, es decir, hasta agotar sus pretensiones contra el deudor principal; ya que el fiador goza del beneficio de excusión u orden, es decir, el fiador solo responderá cuando el deudor incumpla. En cambio en la fianza solidaria el acreedor puede reclamarle directamente al fiador la totalidad de la deuda²⁵.

La profesora NANCY OJEDA establece otra clasificación según la legislación que la regula y esta puede ser: civil, mercantil y administrativa²⁶.

3. EFECTOS Y EXTINCIÓN DE LA FIANZA

La autora antes citada, identifica dos clases de efectos producidos por la fianza: unos que nacen directamente del contrato de fianza y que se conocen como relaciones o efectos entre el fiador y el acreedor; otros efectos que no nacen directamente del contrato sino de hechos posteriores a su concertación, tales como el pago que el fiador efectúa de la obligación principal, o la insolvencia sobreviviente de un fiador, u otros hechos similares cuyos efectos se conocen como relaciones o efectos entre el fiador y el deudor principal o entre diversos cofiadores entre sí²⁷.

A) Relaciones entre el fiador y el acreedor

Como hemos venido afirmando en acápite anteriores el fiador no puede ser compelido a pagar hasta que el deudor incumpla. Como la fianza es un contrato subsidiario y accesorio, puesto que el fiador no se obliga sino en defecto del deudor principal, lo natural es que el acreedor demande primero a este para que le pague la deuda.

²⁴ ESCOBAR FORNOS, *Curso de Contratos*, cit., p. 272.

²⁵ Artículo 280.2 del Código Civil cubano, artículo 3680 del Código Civil de Nicaragua.

²⁶ OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría general de las Obligaciones*, cit., p. 170.

²⁷ *Ídem*, p. 172.

Según el antiguo Derecho Romano, el acreedor podía exigir el cumplimiento de la obligación al fiador, sin que este tuviera el derecho de hacer reconvenir antes al deudor principal.

Justiniano templó el rigor de este derecho estableciendo a favor de los fiadores el beneficio de orden o de excusión, siendo estos medios de defensa contra la reclamación del acreedor. Veamos en qué consisten:

a) Beneficio de orden

El beneficio de orden consiste en que el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin que primeramente sea reconvenido el deudor o lo que es lo mismo, que antes de demandar al fiador o de continuar la demanda formulada contra este, debe el acreedor haber ya demandado y terminado el juicio respectivo contra el deudor principal, sin haber podido cobrar a este por falta de bienes y no por otra causa. Este beneficio es una excepción dilatoria.

b) Beneficio de excusión

Si el acreedor requiere pago al fiador, este tiene la facultad de oponerle tal beneficio, es decir, obligarle a que persiga todos los bienes del deudor. En tal caso ha de señalar bienes de este realizables dentro del territorio que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda. El beneficio de excusión consiste también en la excepción dilatoria que debe valer precisamente al contestar la demanda para el efecto de que antes de proseguirse o continuarse el juicio contra él, proceda judicialmente el acreedor en contra del deudor principal y embargue o ejecute sobre los bienes de este.

Una vez hecha valer la excepción dilatoria de beneficio de excusión por parte del fiador debe el acreedor principal que lo hubiere demandado hacer valer cualquiera de estas variantes: intentar el mismo el juicio de excusión y ejecutar sobre los bienes que se hubieren señalado por el fiador o bien exigir que sea el fiador el que inicie el juicio de excusión y lo termine en el plazo que al efecto señale la autoridad judicial. En este juicio de excusión que promueva el fiador contra el deudor principal estaría ejecutando aquel una acción subrogatoria, o sea estaría ejercitando en lugar del acreedor la acción que este podría haber intentado contra el deudor.

Si el fiador hizo valer el beneficio de excusión y el acreedor no siguió ninguno de los dos caminos antes indicados, el mismo acreedor se hace responsable de los perjuicios que pudieran resultar al fiador a causa de la insolvencia superviniente del deudor principal, perjuicios que han de cuantificarse hasta por el importe de los bienes que hubiere designado el fiador para la excusión²⁸.

Hay autores que asimilan el beneficio de orden al de excusión²⁹, pero como bien señala la profesora OJEDA RODRÍGUEZ cuando se hace valer el primero no es menester que el fiador señale los bienes del deudor principal que basten para la deuda, cosa que si

²⁸ *Ibidem*, pp. 174-175.

²⁹ *Vid.* ERRAZURIZ BARROS, *Curso de Derecho Civil*, cit, p. 439.

es necesario para oponer el beneficio de excusión. Sin embargo hay que reconocer que el beneficio de excusión no puede existir sin el beneficio de orden³⁰.

Para gozar del beneficio de excusión, son necesarias las condiciones siguientes:

1. Que no se haya renunciado expresamente.
2. Que el fiador no se haya obligado como codeudor solidario, pues entonces puede el acreedor intentar su acción contra cualquiera de los dos, sin más trámite.
3. Que la obligación principal produzca acción, pues si se trata de una obligación natural, el acreedor solo tiene acción contra el fiador.
4. Que la fianza no haya sido ordenada por el juez, porque en este caso la garantía debe ser más fácil para hacerla cumplir.
5. Que se oponga el beneficio luego que sea requerido el fiador, salvo que el deudor al tiempo del requerimiento no tenga bienes y después los adquiera. En otros términos, este beneficio debe ser alegado judicialmente como excepción dilatoria, tan pronto como se inicie el juicio. Si el fiador reconvenido no lo opone luego, se entiende que tácitamente lo renuncia. El fiador debe oponerlo a tiempo, para que el acreedor haga inmediatamente todas sus gestiones contra el deudor principal.
6. Que se señalen al acreedor los bienes del deudor principal.

En cuanto a los bienes que se toman en cuenta, se requiere que sean bienes que estén a la vista y que no estén gravados, de manera que constituyan una seguridad para el acreedor. No se tomarán en cuenta para la excusión: los bienes existentes fuera del territorio del Estado y los bienes embargados o litigiosos, o los créditos de dudoso o difícil cobro.

Por lo que toca a los efectos del beneficio de excusión opuesto en debida forma, el primer resultado es paralizar la acción dirigida contra el fiador, debiendo el acreedor hacer valer inmediatamente sus derechos contra el deudor principal y sobre los bienes indicados por el fiador. Si el acreedor es omiso o negligente en la excusión, y el deudor cae entre tanto en insolvencia, no será responsable el fiador sino en lo que exceda al valor de los bienes que para la excusión hubiere señalado.

c) Beneficio de división

Este beneficio se da cuando son varios los fiadores de un mismo deudor en una misma deuda. Estos fiadores pueden obligarse de dos maneras: o simplemente, esto es, sin expresar que cada uno se obliga por el todo; o solidariamente, esto es, expresando que todos y cada uno de ellos se obligan por el total de la deuda.

Si los fiadores se obligaron solidariamente, puede el acreedor proceder contra todos juntos o contra cualquiera de ellos en particular para que le pague la deuda por entero; pagada por uno de los cofiadores solidarios, los demás quedan libres respecto del acreedor. En este caso no procede el beneficio de división; en caso de que se obligaran

³⁰ OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría general de las Obligaciones*, cit., p. 175.

simplemente, procede la división para el pago. Se llama beneficio de división el derecho que tiene el cofiador simple que se ve demandado por toda la deuda, para obligar al acreedor a que divida su acción entre los cofiadores, por partes iguales.

Esta excepción viene del Derecho Romano. En un principio, entre los romanos por el hecho de obligarse a favor de un deudor muchos fiadores, quedaban responsables cada uno de ellos por toda la deuda; pero esa disposición pareció demasiado dura, y el emperador Adriano introdujo el beneficio llamado de división, que es el mismo que ha conservado la legislación moderna.

B) Caracteres especiales de este beneficio

a) La división procede *ipso iure* entre los fiadores simples, o sea, la deuda se entenderá dividida entre ellos, por ministerio de la ley, y no podrá cobrar el acreedor a ninguno sino la cuota que le quepa. El fiador que inequívocamente haya limitado su responsabilidad a una suma o cuota determinada, no será responsable sino hasta concurrencia de dicha suma o cuota.

b) El beneficio de división de la fianza por partes iguales supone que todos se hallan en estado de poder satisfacer su parte. Pero si entre ellos uno solo tuviese bienes, debería satisfacerla por el todo.

c) La división tendrá lugar entre los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda.

d) Si el acreedor demanda el total a un cofiador simple que goza del beneficio de división, este puede oponer la excepción de división que tiene la calidad de excepción perentoria, porque va contra el fondo mismo de la demanda.

C) Relaciones entre el fiador y el deudor

La relación que vincula al fiador con el deudor se caracteriza esencialmente por los derechos que asisten al primero en caso de abonar o cumplir por el segundo, en lo que respecta a las acciones de reintegro. Sin perjuicio de ello, y antes del pago, tiene ciertas facultades preventivas en asistencia de su derecho³¹.

a) Derechos del fiador antes del pago

Antes de que el fiador haya efectuado el pago, tiene ciertos derechos en contra del deudor, derechos que consisten en exigir de dicho deudor que asegure el pago o lo releve de la fianza si el fiador ha sido demandado ya judicialmente para el pago, si el deudor está a punto de quedar insolvente o pretende ausentarse del país, si el deudor se obligó a relevarlo de la fianza en determinado tiempo que ha transcurrido y si la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo, aunque en este último caso todavía no haya demandado el acreedor al fiador.

Este derecho del fiador a exigir que el deudor lo releve de la fianza u otorgue garantía (con depósito, fianza, prenda o hipoteca) para el cumplimiento de la principal cuando ésta se hace exigible, es un derecho que sólo existe en caso de que el fiador haya

³¹ GHERSI, *Contratos civiles y comerciales*, cit., p. 704.

actuado a virtud de un mandato o de una gestión de negocios con respecto al deudor principal o por lo menos sin que éste supiera del otorgamiento de la fianza, pero tal derecho no lo tiene el fiador si la fianza se otorgó contra la expresa voluntad del deudor principal³².

b) Derechos del fiador después del pago

El fiador que ha pagado la deuda tiene un doble recurso contra el deudor principal para su reintegro; tiene su propia acción personal, que nace del contrato de fianza; y tiene la acción del acreedor, en virtud de la subrogación legal.

a) Acción personal del fiador: el fiador tendrá acción contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado por él con intereses y gastos, tendrá también derecho a la indemnización de perjuicios según las reglas generales.

Según ALFREDO BARROS esta acción personal del fiador, que nace del hecho de haber pagado la fianza, es considerada por los jurisconsultos como proveniente de un mandato que el fiador ha recibido del deudor, si se ha obligado por orden de éste; y como proveniente del cuasi-contrato de la agencia oficiosa, cuando se ha obligado espontáneamente³³.

Para que el fiador tenga recurso contra el deudor, no basta que haya pagado la deuda, sino que además es necesario que la haya pagado útilmente, esto es, de modo que el deudor que estaba realmente obligado quede libre de ella. En consecuencia, si el fiador pagó sin haber avisado al deudor, podrá este oponerle todas las excepciones de que el mismo deudor hubiera podido servirse contra el acreedor al tiempo del pago.

b) Acción que corresponde al fiador en virtud de la subrogación legal³⁴: el fiador que paga tiene también la acción propia del acreedor, en virtud de la subrogación legal, significa esto que el fiador que pagase la deuda se subroga en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías, anteriores y posteriores a la fianza, que tenía el acreedor contra el deudor.

De existir pluralidad de deudores solidarios, las situaciones que se plantean requieren una consideración especial. Si el fiador se obligó por todos ellos puede accionar contra cualquiera por el total de lo pagado. Si en cambio afianzó a uno solo de ellos, no puede reclamar a los otros más que su parte en la deuda, sin perjuicio de la acción que reserva el deudor afianzado contra aquellos, si es que el fiador reembolsó la totalidad de esta.

Las ventajas que ofrece ejercer una u otra acción dependen de las circunstancias. Cada una tiene sus ventajas sobre la otra: la acción subrogatoria goza de los privilegios y garantías que tuviere la obligación que pagó el fiador, la de reembolso no goza de esas garantías y privilegios; la acción de reembolso es más comprensiva (capital, intereses, gastos y perjuicios), mientras que la subrogatoria sólo comprende lo pagado por el fiador; en la acción de reembolso el fiador concurre en pie de igualdad con el acreedor, cuando

³² OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría general de las Obligaciones*, cit., p. 179.

³³ ERRAZURIZ BARROS, *Curso de Derecho Civil*, cit., p. 445.

³⁴ Código Civil cubano, artículo 284.

el pago fuere parcial, por el saldo insoluto; la acción de reembolso es de más larga duración que la subrogatoria, pues la prescripción de la primera principia a partir del pago hecho por el fiador y la segunda desde que se hizo exigible en manos del acreedor primitivo³⁵.

D) Relaciones entre el fiador que paga y los demás cofiadores

Cuando existe más de un fiador y uno de ellos paga la deuda, este tiene el derecho a reclamar de los otros la parte que proporcionalmente les corresponda satisfacer, subrogándose en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías del acreedor, salvo que alguno de ellos sea insolvente, porque entonces la parte del insolvente debe absorberse por todos los demás.

Como consecuencia de su carácter accesorio, la fianza termina cuando se extingue la obligación principal, por los mismos medios de extinción de las obligaciones (pago, dación en pago, compensación, confusión, condonación, mutuo disenso, novación extintiva, resolución, las causales de ineficacia del acto jurídico, pérdida del bien, imposibilidad de la ejecución, muerte de la persona natural, la prescripción, la condición y el plazo resolutorio. A esta contingencia CARLOS ALBERTO GHERSI la denomina extinción indirecta³⁶. A la vez, la fianza tiene causales propias de cesación, al margen de la suerte de la prestación afianzada (extinción directa).

El artículo 285 en su apartado 2 señala que la fianza se extingue si el acreedor pasados tres meses de la fecha estipulada para el cumplimiento, no demanda al fiador para que haga efectiva la obligación. Este artículo establece un término de caducidad del derecho del acreedor para exigir al fiador el cumplimiento de su obligación.

Otras causas específicas de extinción de la fianza que reconoce la doctrina, sin que se extinga la obligación principal son: por el relevo de la fianza en todo o parte, concedido por el acreedor al fiador; la imposibilidad de la subrogación en los derechos del acreedor; la prórroga del plazo que estipula el acreedor sin consentimiento del fiador y por negligencia grave del acreedor.

III. LA FIANZA JUDICIAL EN LOS PROCESOS DE SUSPENSIÓN DE OBRA NUEVA. UNA MIRADA EN CUBA Y EN EL DERECHO COMPARADO

Resulta controvertido a todas luces, avistar la fianza judicial con los rasgos contractuales que entraña la institución en puridad, entendida como la orden por mandato judicial a una de las partes litigantes para que proporcione fiador con el fin de asegurar un procedimiento. Así hemos tenido a bien dedicar nuestro análisis a la fianza judicial como una peculiar garantía justo en los asuntos especiales sobre Suspensión de Obra Nueva, pues vemos que se despliega con mayor holgura esta, sin desdeñar los aflores desaciertos que contiene el señalado artículo 420 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo Laboral y Económico en consonancia con lo estatuido en el Código Civil vigente cuando de fianza se trata.

³⁵ ESCOBAR FORNOS, *Curso de Contratos*, cit., p. 282.

³⁶ GHERSI, *Contratos civiles y comerciales*, cit., p. 707.

No han sido pocos los tratadistas y prácticos del Derecho que desconocen la fianza judicial como una garantía, apoyada su inclinación justo en la génesis que marca este tipo de fianza en tanto la ley devela su constitución y le corresponde al juez hacer uso de ella por imperativo de la norma; así de simple sin escudriñar cada uno de los aspectos que encierra la fianza judicial dista sobremanera su calificación como garantía, corriente jurídica de la que disentimos sobre la base de los argumentos que desarrollaremos en breve.

El hecho de que la fianza goce del apelativo judicial, no la excluye como garantía sino la ubica a nuestro modesto juicio dentro de estas, pues *vice unius* su naturaleza y función devienen concluyentes para que sea considerada como tal, por lo que nos mostramos concordes al decir de GUTIÉRREZ CAMACHO³⁷ que para el estudio y crítica de la fianza ha de partirse de la noción jurídica de garantía desde dos perspectivas, la contractual y la que extravasa estos predios, con relación a la primera se emplea para reforzar la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones, mejorando la posición jurídica-económica del acreedor y ampliando las obligaciones del deudor. La garantía en varios escenarios suma a la relación contractual un deudor o un bien que refuerza el cumplimiento, neutralizando o reduciendo el riesgo contractual.

Funge como seguro de cumplimiento que solidifica la postura del acreedor, donde resulta la obligación de que se trate punto nuclear que llevará implícita el patrimonio del deudor, significa que todos sus bienes y activos serán abocados ante un incumplimiento crediticio, en otros términos se traduce que al obligarse un sujeto ante otro, con dicho actuar lía su patrimonio como garantía de cumplimiento y satisfacción de la obligación. En esta perspectiva la garantía, como afirma LORENZETTI³⁸, es parte estructural de la obligación, pero no implica sumar un deudor o un bien distinto a la obligación sustancial, como sí sucede en la garantía crediticia.

En la garantía crediticia, a diferencia de la antes analizada existe una especie de agregado a la llamada obligación principal que se escinde en la posibilidad de cobrar a otro deudor o afectar un bien más, facilitando los créditos reforzando la obligación. Esta clase de garantía ha propiciado el nacimiento de un nuevo derecho subjetivo, que se adhiere al preexistente derecho crediticio, dando lugar a que se considere una figura no necesariamente accesoria, sino con entidad propia³⁹.

Adentrándonos en la naturaleza de la fianza es notable que su forma innata descubra una garantía personal, vista por muchos como la de mayor relevancia en este grupo, cuyo destino es respaldar en principio el incumplimiento de obligaciones dinerarias. El surgir de diferentes clases de fianza viene aparejado del peligro contractual a garantizar, la más importante de las clasificaciones es la que responde directamente al riesgo de incumplimiento ya sea formal o sustancial de la obligación, ejecución que exige la verificación del incumplimiento, no obstante se le concede idéntico *status* a las que

³⁷ COLECTIVO DE AUTORES, *Código Civil peruano comentado por los cien mejores especialistas*, Tomo IX, Contratos 2da parte, Lima, 2004, artículo 1868 comentado por WALTER GUTIÉRREZ CAMACHO.

³⁸ LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Tratado de los Contratos*, Tomo III, Rubinzal – Culzoni editores, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 477.

³⁹ COLECTIVO DE AUTORES, *Código Civil peruano*, cit.

garantizando también el riesgo de incumplimiento de la obligación contractual no ameritan ser verificadas, pues basta la mera declaración de voluntad del beneficiario para su ejecución.

Cuando de fianza judicial se debate podemos aseverar que la naturaleza de la obligación que contiene al igual que la fianza legal, emergen de un mandato judicial o de la ley según sea el supuesto, pero siempre recaerá sobre el deudor⁴⁰. De esta forma, la mentada obligación consistirá en que este deudor designe a alguien que lo afiance, quien actuará por su propia voluntad aceptando el pedido del obligado principal.

Autores como BORDA⁴¹, atribuyen igual naturaleza a la fianza legal y judicial, estribando solo la diferencia entre una y otra en la manera de apreciar la seguridad que ofrece el fiador exigido por la ley. Postura que unida a la de otros catedráticos en la materia enmarcan la existencia de dos tipos de fianza la convencional y la legal, pues al juez le viene dado por las funciones que realiza la interpretación y aplicación de la norma, de modo que si la ley no hace mención a la fianza el magistrado se ve impedido de su uso al escapar del arbitrio a él concedido.

Pese a tales visiones, defendemos la fianza judicial como una clase o tipo de fianza, donde juega un rol preponderante el obligado a afianzarse, quien por una disposición judicial crea a su vez una relación jurídica de tipo contractual, convirtiéndose en deudor del fiador. En el caso de la Suspensión de Obra Nueva como anunciamos en líneas precedentes se convierte en punto de mira al contener la fianza en uno de sus artículos, para ser más exactos en el 420 de la LPCALE. La Suspensión de Obra Nueva entra dentro de los asuntos posesorios, enarbolándose cuando existe despojo o perturbación en el legítimo uso y disfrute de un bien inmueble a causa de la realización de una obra nueva.

Los procesos posesorios se distinguen por su brevedad y decisión inmediata en vista de que tienen por finalidad solucionar provisionalmente y de momento situaciones acuciantes de hecho, o sea, remediar una injustificada perturbación o despojo posesorio. La Suspensión o Denuncia de Obra Nueva encuentra recodo en el Derecho Romano por medio del *Interdictum ex operis novi nuntiation*⁴². En sentido general, su utilización viene condicionada por la pretensión de evitar la aparición de determinados daños en una propiedad ajena, como consecuencia de una obra o construcción en una determinada finca.

¿Cómo se entrelazan entonces la fianza judicial y la Suspensión de Obra Nueva? El nexo entre ambas figuras surge como respaldo al incumplimiento de lo ordenado por el órgano judicial ante la paralización de la obra en manos del litigante que la acomete, o del interés de continuarla en la porción o área que a criterio de quien la erige no causa afectación; o sea que la fianza judicial viene a garantizar la indemnización de los daños y perjuicios que puedan sobrevenir al respecto.

⁴⁰ *Ídem*, artículo 1869 comentado por MAGALY CERVANTES NEGREIROS.

⁴¹ BORDA, *Tratado de Derecho Civil*, cit., p. 508.

⁴² La protección posesoria. Algunas disquisiciones jurídicas derivadas del interdicto de obra nueva. Disponible en: <http://www.iuriscivilis.com/2008/12/la-proteccion-posesoria-algunas.html>, domingo 5/1/2013, 11:00 a.m.

Al analizar la reglamentación de la fianza judicial y la Suspensión de Obra Nueva en diferentes territorios de Iberoamérica, es perceptible por ejemplo como en algunos de estos se estatuye la Suspensión de Obra tanto en el Código Civil como en la Ley de Procedimiento Civil, con la salvedad de que existen naciones en las que no se trasluce la interrelación de ellas con la debida claridad; por ejemplo, en el caso de Argentina se concentra el Código Civil⁴³ en la turbación de la posesión cuando fuere por obra nueva, incluyendo dentro de las turbaciones la destrucción de las obras existentes, las que serán juzgadas como acción de despojo, la denuncia habrá de hacerse ante el juez para que adopte las medidas cautelares que considere. Vemos acá la indicación general en relación a la adopción de medidas cautelares que puede encerrar la fianza judicial como instrumento de garantía, pero no lo especifica con exactitud o sea cabe la posibilidad de que se empleen otras legales como lo es la paralización de lo edificado. El Código Procesal Civil⁴⁴ de este país tampoco relaciona la fianza judicial como garantía contractual en la suspensión de obra, pues se centra en la procedencia del procedimiento y en la acción a realizar si prospera la suspensión interpuesta.

Bolivia articula en su norma sustantiva que el poseedor puede denunciar la obra perjudicial emprendida por su vecino mientras ella no esté concluida y no haya transcurrido un año desde que se inició⁴⁵. Concediéndole potestad al juez para ordenar provisionalmente la suspensión o continuación de la obra con el otorgamiento de las garantías respectivas; en el primer caso, para resarcir el daño causado con la suspensión y, en el segundo, para demoler la obra y resarcir el daño que pueda causar la continuación permitida si el denunciante obtiene sentencia favorable.

Contrastando la legislación sustantiva civil y de procedimiento venezolana⁴⁶, se advierte la denuncia de obra nueva ante el juez cuando exista temor de que la misma una vez emprendida ya sea en suelo propio o ajeno, cause perjuicio a un inmueble, a un derecho real o a otro objeto que se posea, con la condición de que no esté terminada y que no haya transcurrido un año desde su comienzo. El Juez, previo conocimiento sumario del hecho, y sin audiencia de la otra parte, puede prohibir la continuación de la nueva obra o permitirla, ordenando las precauciones oportunas; en el primer caso, para asegurar el resarcimiento del daño producido por la suspensión de la obra, si la oposición a su continuación resultare infundada por la sentencia definitiva; y en el segundo caso, para la demolición o reducción de la obra y para el resarcimiento de los daños que puedan sobrevenir al denunciante, si este obtiene sentencia definitiva favorable, no obstante el permiso de continuar la obra.

Prevé en igual orden que de prohibirse la continuidad de la obra nueva, total o parcialmente dictará las medidas que considere necesarias para hacer efectivo el decreto y exigirá las garantías oportunas al querellante, para asegurar al querellado el resarcimiento del daño que la suspensión de la obra le pueda producir; contrario a lo estipulado puede concederse la posibilidad de continuar la obra a costa del querellado,

⁴³ Código Civil argentino, artículo 2498.

⁴⁴ Artículos 619 y 620 del Código Procesal Civil y Comercial de la nación de Argentina.

⁴⁵ Artículo 1463 del Código Civil boliviano.

⁴⁶ Artículos 785 del Código Civil de Venezuela y 713 al 715 del Código de Procedimiento.

ajustándose a determinadas recomendaciones de expertos, donde no podrá faltar la exigencia por parte del Tribunal al querellado acerca de las garantías oportunas para asegurar al querellante el resarcimiento del daño que la continuación de la obra le pueda producir, y que resulten demostrados.

Uruguay, deja sentado en el Código Civil⁴⁷ el derecho que se le confiere al poseedor para pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de ejecutar en el suelo de que está la posesión, denominándose acción de obra nueva; es notable la ausencia de regulación en torno a las garantías destinadas a coberturar la indemnización de los daños y perjuicios, sin que se haga referencia en igual modo en la Ley de Procedimiento, la que dedica el precepto 349 a enunciar la tramitación por vía extraordinaria de la denuncia de obra nueva sin más detalles. Similar acaece con México⁴⁸ con la distinción de que no contempla la regulación de obra nueva en el Código Civil dentro de la posesión, ni en el resto de su articulado; al decir de las garantías a emplearse para el aseguramiento del procedimiento quedan incluidas dentro de las medidas cautelares, pudiendo la parte que la solicite otorgar garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que se ocasionen quedando a valoración del juez la escucha de un perito para fijar el importe de la garantía. Ostensible en similar turno que la Ley de Procedimiento Civil mexicana solo enuncia la suspensión de obra nueva dentro del proceso contencioso como uno de las cuestiones que pueden ventilarse si se ejercita la acción real.

De la redacción del Código Civil español se colige la inexistencia de la suspensión de obra nueva dentro de las acciones posesorias, quedando su expresión únicamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁹ en el apartado que se dedica a las actuaciones previas a la vista en casos especiales; el tribunal al que le esté atribuido el conocimiento del asunto podrá dirigir orden de suspensión al dueño o encargado de la obra, que podrá ofrecer caución para continuarla así como la realización de las obras indispensables para conservar lo ya edificado. Caución que da la posibilidad de otorgarse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.

El Código Civil nuestro corre idéntica suerte al Código Civil español, pues no contiene dentro del título destinado a otros derechos sobre bienes la suspensión de obra nueva; en cambio su regulación se aprecia a partir del precepto número 415 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, teniendo como antecedente inmediato los interdictos, precisado en el Título Duodécimo artículo 1629 ordinal 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española⁵⁰. La ley de trámites mantiene una secuencia análoga, pues aparecen formulados sus preceptos del 415 al 424, en la Sección Tercera, Capítulo Dos, título en que se agrupan los procesos de Amparo y dentro de estos la Suspensión de Obra Nueva en la Sección Cuarta.

⁴⁷ Código Civil uruguayo, artículo 672.

⁴⁸ Artículo 322 del Código Civil mexicano y 391 de su Código de Procedimiento.

⁴⁹ Artículo 441 Ley de Enjuiciamiento Civil española.

⁵⁰ Ley de Enjuiciamiento Civil española, promulgada por Real Decreto de febrero de 1881, vigente en Cuba por Real Orden número 1285 de 25 de septiembre 1885.

Del estudio minucioso del precepto 420 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico es ostensible como entra en juego la fianza al decretarse la paralización de la obra por el órgano judicial, en hermenéutica directa del segundo párrafo es notable, el derecho dado al reclamante para que solicite en la demanda permiso para continuar la obra, expresando literalmente que de interesarla deberá obligarse a prestar fianza para responder de la demolición y de la indemnización de los daños y perjuicios. Es inobjetable que estamos en presencia de una fianza judicial, vista no de forma lineal sino con cada uno de los atributos que la enarbola como garantía contractual. Erróneo pensar que la suspensión de obra nueva debe albergar en sí rasgos contractuales, para que pueda hablarse entonces de garantías que coberturen el riesgo de cara al incumplimiento de la obligación, pues se trata de un proceso civil con origen en un determinado conflicto posesorio, en el que se imbrican las partes ante el juez, máximo responsable en dirimir la discordia.

Con anterioridad dejamos sentado que la fianza judicial tiene el destino de asegurar procedimientos sea cual fuere, dígase civil, penal, mercantil. Pero en el caso que nos ocupa calza la demolición y la indemnización de los daños y perjuicios que puedan derivarse de dar continuación a la edificación que se acomete; compréndase que al añadirse la fianza a la suspensión de obra nueva atrae consigo el carácter contractual que la vivifica, aún y cuando de la lectura del precepto se advierte una real contradicción que desnaturaliza a nuestro modo de ver la fianza, pues la parte reclamante en sí es quien debe prestarla, sin que medie la voluntad de una tercera persona que asuma en su lugar el acatamiento de la obligación de no hacerlo el obligado.

De interpretarse por el órgano juzgador el precepto como hemos hecho referencia, dejaría trunca la fianza judicial como garantía, desconociéndose el contenido y alcance de la institución jurídica que tenemos delante, solo la denominación atribuida. Por tales motivos ha de interpretarse cuidadosamente el artículo y entenderse que pese al reclamante quedar obligado a prestar fianza no se trata de su persona como parte contendiente el conminado ha realizarlo, sino requerirá la búsqueda de un *vades* o fiador que la preste por él. Siendo así aflorará la fianza judicial como garante en el proceso de análisis, donde el reclamante ocuparía la condición de deudor de la persona que tenga a bien colocarse en fiador.

Qué decir del importe a fijar por el juez en el supuesto de accederse a la petición de continuar la obra, sin dudas muestra parquedad en cuanto a los instrumentos o mecanismos que pudieran servir de apoyatura al Tribunal para decidir con justeza la cuantía a disponer en concepto de fianza, téngase en cuenta que la cuestión principal en debate, demanda el empleo de personal especializado en otras áreas como la ingeniería civil o la arquitectura por solo citar un ejemplo. ¿Cómo saber entonces que el valor fijado basta para cubrir en toda su extensión la demolición y la indemnización por daños y perjuicios? Corresponde al órgano judicial ante la insuficiencia descrita emplear remedios procesales contenidos en la norma, que coadyuven a determinar con mayor precisión la suma a imponer en concepto de fianza judicial; unido a la instrumentación certera de esta en los asuntos sobre suspensión de obra nueva sin menoscabarse su naturaleza y finalidad.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La fianza encuentra sus antecedentes en el Derecho Romano, siendo esta un medio muy difundido de garantía. Desempeña un papel económico fundamental como herramienta de crédito y, a la vez, constituye un instrumento jurídico al servicio del acreedor y del deudor, toda vez que la posibilidad de garantizar su obligación redundará indubitadamente a su favor.

A pesar de las críticas que ha recibido por diversos autores, prefiriendo muchos las garantías reales que las personales, en tanto aquellas le ofrecen mayores prerrogativas al acreedor, en caso de incumplimiento por parte del deudor de la obligación; la fianza, como garantía personal ha sido ampliamente reconocida por las legislaciones modernas, que ven en ella un recurso simple y eficaz, que por lo común garantiza de forma satisfactoria al acreedor.

Se colige que la fianza judicial es un tipo de fianza, aún y cuando provenga de un mandato judicial, cuyo destino es asegurar un procedimiento con debido respaldo legal. En los procesos de suspensión de obra nueva en los que se permita prestar fianza a la parte reclamante, luego de paralizada la obra, es óbice que tiene como propósito responder por la demolición y la indemnización de daños y perjuicios; siendo evidente la contradicción en el precepto normativo que regula la fianza en tales asuntos en cuanto al obligado a prestarla.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales:

BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil, Contratos*, Tomo II, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999; **COLECTIVO DE AUTORES**, *Código Civil peruano comentado por los cien mejores especialistas*, Tomo IX – Contratos 2da parte, Lima, 2004; **DIEZ PICAZO, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO**, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, 6ta. ed., Ed. Tecnos S.A, Madrid, España, 1992; **ESCOBAR FORNOS, IVÁN**, *Curso de Contratos*, Ed. Hispamer, Colección Textos Jurídicos, Managua, Nicaragua, 1988; **ERRAZURIZ BARROS, ALFREDO**, *Curso de Derecho Civil*, Volumen III, 4ta. ed. corregida y aumentada, Ed. Nascimento, Santiago, Chile, 1932; **GHERSI, Carlos Alberto**, *Contratos civiles y comerciales, Partes general y especial*, Tomo I, 4ta. ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 1998; **LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO**, *Teoría de los Contratos*, Tomo V, Parte Especial 4, Zavalía Editor, Buenos Aires, Argentina, 1995; **LORENZETTI, RICARDO LUIS**, *Tratado de los Contratos*, Tomo III, Rubinzal – Culzoni editores, Buenos Aires, Argentina, 2000; **OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY DE LA C. y DELGADO VERGARA, TERESA**, *Teoría general de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil Cubano*, La Habana, Cuba, 2000; **RUGGIERO, ROBERTO DE**, *Instituciones de Derecho Civil*, volumen II, Ed. Reus, Madrid, 1931.

Fuentes legales:

Código Civil cubano (actualizado), Ley No. 59 de 1987, Ed. MINJUS, La Habana, 2003; **Código Civil argentino**; **Código Civil boliviano de 1976**; **Código Civil chileno**; **Código Civil español**, Real Orden de 29 de julio de 1889; **Código Civil de la República Federal de México** de 1928; **Código Civil uruguayo**; **Código Civil venezolano**, disponibles en: www.fd.uo.edu.cu/AutoIndex/index.php?dir=asignaturas/civil%20partegeneral/codigos%20civiles/; **Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina**, Ley 17.454 de 18-8-81, reformado por la Ley 25.488, publicada en B.O. 22-11-2001; **Código de Procedimiento Civil de Bolivia** en vigor desde el 2-4-1976; **Código General del Proceso Civil de Uruguay**, Ley 15.982 de 1988; **Código Federal de Procedimientos Civiles de México**, Nuevo Código publicado en el Diario, Oficial de la Federación el día 24 de febrero de 1943; **Código de Procedimiento Civil de Venezuela**; **Ley de Enjuiciamiento Civil española**, Ley No. 1 de 7 de enero de 2000, promulgada en el BOE no.7, de 8 de enero de 2000, consultados en CENDIJ TSP/Sitio Web del TSP/códigos/menccar.htm.; **Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico**, Ley No.7 de 19 de agosto de 1977, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999, modificada por el Decreto Ley No. 241 de 2006, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, nro. 33 de 27 de septiembre de 2006, ed. Extraordinaria, vigente desde el 27 de octubre de 2006.

Sitios web:

- Huerta Molina, José Miguel y Rodríguez Diez, Javier, “Suspensión interdictal de obras nuevas. Desde la "operis novi nuntiatio" hasta el Proyecto de Código Procesal Civil” en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso No. 38, Valparaíso julio de 2012, XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, Primer Semestre). Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512012000100009&script=sci_arttext, domingo 23/12/13, 8:23 p.m.; “La protección posesoria. Algunas disquisiciones jurídicas derivadas del interdicto de obra nueva”. Disponible en: <http://www.iuriscivilis.com/2008/12/la-proteccion-posesoria-algunas.html>, domingo 5/01/2013, 11:00 a.m.