

Alvaro Santiusty Solarte
UNIVERSIDAD DE NARIÑO
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

" DEL CONTRATO
DE
DEL CONTRATO
FIANZA "
FIANZA

Por Tesis para obtener el título
de Abogado .

Pasto, Marzo 1.981.

Pasto, ~~Marzo 1.981~~

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
UNIVERSIDAD DE NARIÑO
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION

No. 17481 Ej. 1
Valor \$ 16.000 - Vol. 1
Fecha 11-1-81 Don. X
Rec. Ant. Nar. Canje
Librería Ant. Nar. Comp.

DEL CONTRATO
DEL CONTRATO
DE
FIANZA

Por: Alvaro Santiuste Solarte

Presidente de Tesis:

Dr. José Luis Rodríguez T.

Pasto, Marzo 1.981

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION

No. 17481 Ej. 1
Valor. \$ 1600 - Vol.
Fecha. 11-1-81 Don. X
Fac. Ant. Mor. Canje.
Librería. Antes Comp.

DEL CONTRATO
DE
FIANZA

POR : Alvaro Santiusty Solarte .-

Presidente de Tesis :

Dr. José Luis Rodríguez C.

Pasto, Marzo 1.981

DEDICO :

2000

INTRODUCCION		1
CAPITULO I	DE LA FIANZA	3
1	A mi madre	3
2	A la memoria de mi padre	10
3	A mis hermanos	11
4	A mi esposa	12
5	A mi hija	12
6	ANDREA LUCIA	13
7	LA OBLIGACION DE LA FIANZA	14
8	LA OBLIGACION DE LA FIANZA Y LA FIANZA	15
9	LA FIANZA IMPLICA PAGO DE DINERO	16
10	LA FIANZA EN FAVOR DE LAS CUALS	17
11	LA FIANZA CONSTITUCION DE LA FIANZA	18
12	LA FIANZA	19
CAPITULO II	CAPACIDAD EN LA FIANZA	20
CAPITULO III	DIFERENCIAS DE LA FIANZA CON OTROS	21
1	DIFERENCIA CON LA DEUDA	22
2	DIFERENCIA CON LA ANTICION	23
3	DIFERENCIA CON LA ANTICION	24
4	DIFERENCIA CON LA ANTICION	25
5	DIFERENCIA CON LA ANTICION	26
6	DIFERENCIA CON LA ANTICION	27
7	DIFERENCIA CON LA ANTICION	28
8	DIFERENCIA CON LA ANTICION	29
9	DIFERENCIA CON LA ANTICION	30
10	DIFERENCIA CON LA ANTICION	31
CAPITULO IV	CLASES DE FIANZA	32
1	CONVENCIONAL	33
2	LEGAL	34
3	JUDICIAL	35
4	PERSONAL	36

346.6.
236.
1.

2	)	DEL CONTRATO DE FIANZA .-.	43
3	)	HIPOTECARIA	43
6	)	SEGUN SU CUANTIA	43
1	)	LIMITADA	43
2	)	ILIMITADA	43

S U M A R I O .-

CAPITULO I		EXPOSICION DELIGADOS A PRESTAR	1
INTRUDUCCION			47
CAPITULO I		NOCION Y NATURALEZA JURIDICA DEL	
		CONTRATO DE FIANZA	3
A		CARACTERISTICAS DEL CONTRATO	
		DE FIANZA	9
1	)	CONSENSUAL	10
2	)	UNILATERAL	11
3	)	ACCESORIO	12
4	)	GRATUITO	12
B		NATURALEZA DE LA OBLIGACION	
		DEL FIADOR	13
1	)	ES ACCESORIA . CONSECUENCIAS	
		DE ESTE CARACTER	14
2		LA OBLIGACION DEL FIADOR Y LA NA -	
		TURALEZA DE LAS DEMAS OBLIGACIONES..	23
3		LA FIANZA IMPLICA PAGO DE DINERO....	25
4		PERSONAS EN FAVOR DE LAS CUALES	
		PUEDE CONSTITUIRSE LA FIANZA	27
C		OBLIGACIONES QUE GARANTIZA	
		LA FIANZA	29
CAPITULO II		CAPACIDAD EN LA FIANZA	31
CAPITULO III		DIFERENCIAS DE LA FIANZA CON OTRAS	
		FIGURAS JURIDICAS	34
A		DIFERENCIA CON LA DEUDA SOLIDARIA...	34
B		DIFERENCIA CON LA ASUNCION	
		DE LA DEUDA	35
C		DIFERENCIA CON EL CONTRATO	
		DE GARANTIA	36
D		DIFERENCIA CON EL SEGURO	
		DE UN CREDITO	37
CAPITULO IV		CLASES DE FIANZAS	39
A		SEGUN SU ORIGEN	39
		CONVENCIONAL	39
1	)	LEGAL	40
2	)	JUDICIAL	40
3	)	SEGUN LA FORMA	42
B		PERSONAL	42
1	)		

	2	)	PRENDARIA	43
	3	)	HIPOTECARIA	43
	C	.	SEGUN SU CUANTIA	44
	1	)	LIMITADA	45
	2	)	ILIMITADA	45
CAPITULO	V	.	DEUDORES OBLIGADOS A PRESTAR FIANZA	47
CAPITULO	VI	.	EFFECTOS DE LA FIANZA ENTRE ACREEDOR Y FIADOR	51
	A	.	BENEFICIOS DEL FIADOR	52
	1	)	BENEFICIO DE REQUERIMIENTO	52
	2	)	BENEFICIO DE EXCUSION	54
	3	)	BENEFICIO DE DIVISION	61
	B	.	EXCEPCIONES DEL FIADOR	62
	1	)	EXCEPCION DE CESION DE ACCIONES O EXCEPCION DE SUBROGACION	62
	2	)	EXCEPCIONES REALES Y PERSONALES	67
CAPITULO	VII	.	EFFECTOS DE LA FIANZA ENTRE FIADOR Y DEUDOR	70
	A	.	RELACIONES DE LA FIANZA ENTRE DEUDOR Y FIADOR ANTES DEL PAGO	70
	B	.	RELACIONES DE LA FIANZA ENTRE DEUDOR Y FIADOR DESPUES DEL PAGO	74
	1	)	LA ACCION DE REEMBOLSO	74
	2	)	LA ACCION SUBROGATORIA	80
	3	)	LA ACCION DE MANDATO	83
CAPITULO	VIII	.	EFFECTOS DE LA FIANZA ENTRE COFIADORES	85
CAPITULO	IX	.	La Fianza y LA SOLIDARIDAD	87
	A	.	DIFERENCIAS	87
	B	.	ALCANCE DE LA FIANZA SOLIDARIA	88
CAPITULO	X	.	EXTINCION DE LA FIANZA	90
	A	.	DACION EN PAGO	94
	B	.	LA NOVACION	95
	C	.	LA AMPLIACION DEL PLAZO	97
	D	.	EXTINGUE LA FIANZA	97
		.	EXPIRACION DE LA OBLIGACION PRINCIPAL POR DESTRUCCION DE LA PRESTACION	98
		.		100
BIBLIOGRAFIA				

INTRODUCCION

De las carreras profesionales que ofrece la educación superior en Colombia, la de Derecho, ha sido, sin lugar a dudas, la que más se ha reglamentado y condicionado, hasta el punto de constituirse en objeto de múltiples reformas, que si bien no han consultado la verdadera realidad social, si han aportado una serie de requisitos y formulismos que se han traducido unas veces en facilitar, o dificultar en otras, los estudios correspondientes. No obstante, algo de lo tradicional ha subsistido con todo su rigor, y es precisamente la Tesis de Grado que debe elaborar quien esté interesado en obtener el título de Abogado.

Frecuentemente me he preguntado, Qué es la tesis de grado?Cuál su finalidad? . Pienso que aquélla es el estudio sistemático, analítico y pormenorizado de un tema Jurídico

específico, que tiene como finalidad principal despertar en el futuro profesional el interés por la investigación científica, además de brindarle un conocimiento integral y fundamentado sobre el asunto que se ha propuesto .

En seguimiento a lo expresado, he decidido escribir sobre el Contrato de Fianza, por considerar que es una Institución Jurídica de gran importancia, utilidad y aplicación en la vida práctica .

Debo ser sincero al manifestar los motivos que me llevaron a la escogencia del tema. Confieso que ello no obedeció a un simple capricho o libre elección; tal vez, el haber financiado mis estudios Universitarios con un crédito educativo que me concediera una entidad Bancaria, y el haberme visto obligado en calidad de deudor a prestar Fianza para hacerme merecedor de tal beneficio, sembraron en mí un interés especial y preferencia por el contrato referido, al cual le dedico con todo mi esmero, el presente trabajo .

Y para terminar esta breve introducción, quiero exaltar mi admiración y alabanza por la obra del Doctor Valencia Zea, eminente Jurista, Maestro de maestros, cuyos vastos conocimientos y dominación en la materia, lo colocan a la Vanguardia de los mejores Civilistas del País .

esto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, ha-
cer o no hacer alguna cosa"

Recordemos de igual manera, las diversas clases
que existen de contratos, y las características que los singu-
larizan a unos de otros; pero veamos de esa variedad, funda-
mente lo que se relaciona con el contrato materia del presen-
te trabajo .

CAPITULO I

En desarrollo de lo dicho, anotémos a conti- nación algunas importantes definiciones: NOCION Y NATURALEZA JURIDICA DEL

CONTRATO DE FIANZA

El contrato es UNILATERAL cuando una de las
partes se obliga para con otra que no contrae obligaciones al-
gunas; y BILATERAL, cuando las partes contratantes se obligan re-
cíprocamente .
Antes de entrar a precisar una noción sobre el
contrato específico de Fianza, es menester recordar algunos
conceptos que, no obstante parecer elementales, son sin embar-
go básicos para ayudarnos a esclarecer de mejor manera el asun-
to que hoy nos proponemos estudiar .

En este orden de ideas, empezaremos repitiendo
aquella definición que sobre el contrato en general, se nos
había enseñado cuando hacíamos nuestros estudios de Derecho.
" Contrato es un acuerdo de voluntades que tiene por objeto
crear obligaciones entre las partes intervinientes en ese acuer-
do ". No es diferente el criterio que nuestra legislación ha
acogido sobre el particular. En efecto, nuestro código Civil,
en su artículo 1495 dispone : " Contrato o convención es un

acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa

Recordamos de igual manera, las diversas clases que existen de contratos, y las características que los singularizan a unos de otros; pero veamos de esa variedad, únicamente lo que se relaciona con el contrato materia del presente trabajo .

En desarrollo de lo dicho, anotaremos a continuación algunas importantes definiciones :

El contrato es UNILATERAL cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y BILATERAL, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente .

El contrato es Gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y ONEROSO, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro .

El contrato es PRINCIPAL cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y ACCESORIO, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella .

En fin, es amplia la clasificación que se ha

hecho de los contratos, pero no es nuestra intención extendernos demasiado en dicho aspecto.

Después de este corto esbozo, y en ejecución de nuestro plan a seguir, es el caso de entrar a estudiar una noción sobre el contrato de Fianza para luego pasar a tratar lo referente a la naturaleza jurídica del mismo.

Noción .- Nuestro Código Civil Colombiano, en su artículo 2361 dispone : " La Fianza es una obligación accesoria o subordinada a la existencia y validez de la obligación principal. La obligación accesorio del fiador no puede existir en ningún momento sin la obligación principal del deudor; y apenas es natural que cuando se extinga la obligación del fiador por desaparecer la del deudor, deja de tener efectos el contrato de fianza. Más en para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple " .

Los diferentes autores y comentaristas, están de acuerdo en aceptar para la Fianza un carácter Contractual, no obstante esto, si existen al parecer pequeños desacuerdos en cuanto se refiere a la naturaleza jurídica de ese contrato. En nuestro medio Colombiano, y tomando únicamente a dos de los estudiosos del tema, los Juristas Arturo Valencia Zea y Hernán Salamanca, podemos apreciar la siguiente discrepancia: el primero de los nombrados, en su tratado sobre los contratos civiles, sostiene entre otras cosas que, en cuanto a la naturaleza Jurídica debe hacerse una distinción entre el contrato de fianza en sí, y la obligación que nace de la fianza. En efecto, afirma que " la fianza es ante todo un contrato ,

que se celebra entre el acreedor y el fiador, y que no requiere el consentimiento del deudor". Posteriormente, y en forma textual dice "La Fianza es un contrato que vale por sí mismo, y no está subordinado a ningún otro contrato. Cosa diferente sucede con la obligación que nace de la fianza, pues por definición es una obligación accesoria o subordinada a la existencia y validéz de la obligación principal. La obligación accesoria del fiador no puede existir en ningún momento sin la obligación principal del deudor; y apenas es natural que cuando se extinga la obligación del fiador por desaparecer la del deudor, deja de tener efectos el contrato de fianza. Más en cuanto a las condiciones de validéz, el contrato de fianza no está condicionado a los del contrato principal de donde nace la obligación del deudor."

Fácilmente, podemos deducir de lo transcrito, que según el maestro Valencia Zea, el contrato de fianza como tal, tiene vida propia, subsiste por sí mismo sin guardar dependencia con otro contrato. Al parecer, el autor se encamina a calificar la Fianza como un contrato autónomo.

Criterio diferente adopta el Doctor Salancca, para quien, y según sus mismas palabras "el contrato accesorio de fianza es una garantía personal y en consecuencia de él no se genera sino una acción simplemente personal a favor del acreedor, para perseguir el cumplimiento de la obligación -

garantizada sobre el patrimonio de esa persona que se ha constituido en fiadora, u obligada en garantía ". Como puede observarse, para este autor, el contrato de fianza tiene un carácter eminentemente accesorio.

Es importante anotar que, el mismo Valencia Zea, si bien no es amigo de considerar a la fianza como contrato accesorio, si reconoce por otro lado, que dicha calidad la posee la obligación del fiador, toda vez que, ésta se encuentra subordinada a la obligación principal del deudor.

En nuestra opinión creemos que es imposible concebir a la fianza con una existencia autónoma , ya que ella se encuentra siempre subordinada a la existencia de una obligación principal.

De conformidad con lo dicho anteriormente, nos atrevemos a formular la siguiente definición: La Fianza es un contrato consensual, unilateral, accesorio y gratuito, celebrado entre el acreedor y un tercero llamado fiador, en virtud del cual éste se compromete para con el primero a cumplir en todo o parte la obligación del deudor principal, si éste último no la cumple .

La fianza es una figura jurídica que tiene una lógica existencia . En la vida ordinaria, y en las relaciones comerciales, es lo normal que quien contrae una deuda, es él mismo quien debe pagarla, y esto no es más que un criterio

de equidad, ya que pudo suceder que dicha deuda fué contraída para adquirir un bien que en el momento le reporta beneficios. Pero puede ocurrir, y comunmente acontece que, dicha persona que se obligó a pagar una deuda, al tiempo de su cancelación se encuentre en estado de insolvencia económica que impida cumplir a cabalidad su obligación con el consiguiente perjuicio patrimonial del acreedor. Entonces, es cuando surge la importancia de la fianza, ya que mediante ésta, se asegura el pago de la deuda. Será el Fiador quien cumplirá la obligación del deudor si éste no la cumple. Esto va a crear una especie de confianza y seguridad en el acreedor, en razón de que la obligación del deudor, principiál, si éste no la cumple, será pagada por ese tercero que se ha constituido en garante. Ahora bien, ese tercero o fiador puede obligarse a cumplir una obligación ajena, la del deudor, en forma personal, o sea, dando en prenda de su cumplimiento sus bienes presentes y futuros; o constituyéndo los derechos reales de prenda o de hipoteca, el primero sobre una cosa mueble, y el segundo sobre un inmueble. Esto, lo ampliaremos cuando estudiemos las diferentes clases de fianzas.

La Fianza materia de nuestro estudio, es la personal, y en principio toda fianza es personal. Teniendo en cuenta lo aquí expresado, esta forma de garantía, coloca al fiador frente al acreedor, en la misma consideración que el

deudor principi. No obstante lo anterior, la garantía personal en mención no ofrece muchas ventajas al acreedor, puesto que en un momento dado el fiador también puede caer en insolvencia; en este caso, es de mayor eficacia, constituir el fiador un derecho real de prenda o hipoteca sobre un bien determinado, con lo cual el acreedor no corre ningún riesgo debido a que puede perseguir ese bien específico que se dió en garantía. Diferencia de la fianza comercial, pues ésta última es de naturaleza solapada por cuanto ésta depende de la garantía.

Dentro de este primer capítulo, hoy nos corresponde estudiar lo referente a la naturaleza jurídica del contrato de Fianza, lo cual, y para adoptar, en nuestra opinión, una mejor terminología, hemos incorporado en el subtema denominado :

A. Características del

Contrato de Fianza.

El contrato de fianza debe constar en escritura pública, y no únicamente se contempla para la declaración del fiador, y no para la aceptación del acreedor. En cuanto a este punto, algunos criterios ya tuvimos oportunidad de conocer, pues, cuando tratábamos lo relacionado con la noción de este contrato, hicimos a la vez, un adelanto a lo que va a ser materia de este aparte. Cuando dábamos una definición de fianza, decíamos, que era un contrato consensual, unilateral, accesorio y gratuito; hoy nuestro cometido es analizar cada una de estas

características. fiensa que el contrato de fianza se celebra entre el acreedor y el fiador y que no requiere el consentimiento del deudor.) Consensual.- La Fianza es un contrato de naturaleza consensual, porque no requiere ninguna solemnidad, sino que basta para su perfeccionamiento con el consentimiento de las partes contratantes. Nos estamos refiriendo a la fianza civil, que en este aspecto es diferente de la fianza comercial, pues ésta última es de naturaleza solemne por cuanto debe hacerse por escrito según dispone la misma ley. No obstante, en cuanto a la fianza civil, debe hacerse una excepción, y es precisamente cuando el valor de las obligaciones es superior a quinientos pesos, caso en el cual debe existir un escrito para probar el afianzamiento. " Los contratos, que son estos jurídicos bilaterales, en cuanto

Según la legislación civil Alemana, todo contrato de fianza debe constituirse por escrito, exigencia que únicamente se contempla para la declaración del Fiador, y no para la aceptación del acreedor. Esto no es más que una posición extrema frente a los partidarios de la absoluta consensualidad en la fianza. Nuestro legislador Colombiano, como pudimos apreciarlo en los renglones anteriores, ha acogido un término medio entre las dos corrientes doctrinarias y que como dijimos, son extremistas en sus concepciones. Cuando estudiábamos la definición del maestro

Valencia Zea, decíamos que el contrato de fianza se celebra entre el acreedor y el fiador y que no requería el consentimiento del deudor. Esto nos dá a entender fácilmente que, los contratantes en la fianza acreedor y fiador, perfeccionan el contrato de fianza con su consentimiento mutuo, y que no es necesaria la aquiescencia por parte del deudor; inclusive nuestra ley civil permite afianzar contra la voluntad del principal deudor. Esto último estudiaremos posteriormente.

2) Unilateral. -- El maestro Jorge Mosset Iturraspe, en su manual de derecho Civil, Contratos, refiriéndose a la clasificación de los contratos en Unilaterales y Bilaterales, dice en uno de sus apartes : " Los contratos, que son actos jurídicos bilaterales, en cuanto requieren el consentimiento unánime de dos o más personas, pueden engendrar obligaciones para una sola de las partes intervinientes o para todas ellas, dos o más; debiendo tomarse en consideración para juzgar de esos efectos, el momento de su perfeccionamiento ". Posteriormente sostiene que, en los contratos unilaterales existe un solo deudor y por ende un solo acreedor; el peso del contrato está todo de un lado, del otro lado está toda la ventaja. El mismo tratadista, ubica al contrato de nuestro estudio, la fianza, dentro de los Unilaterales; pero refiriéndose a la fianza onerosa dice que es un contrato bilateral .

En resumen, de los dos contratantes en la fianza, sólo el fiador contrae obligaciones. La otra parte, o sea, el acreedor, no contrae obligación alguna.

3.) Accesorio .- El artículo 65 del Código Civil dispone : " Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena . Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda ". Esta norma respalda el criterio de que la fianza es un contrato accesorio.

En general, se entiende por contratos accesorios, los que tienen como finalidad la garantía al acreedor del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el deudor.

La fianza es un contrato que no tiene existencia autónoma, sino que accede, está subordinado en su vida, alcances y modalidades a una obligación principal, cual es, la del deudor .

4.) Gratuito .- Es menester en este aspecto, hacer dos consideraciones : a)

Las relaciones entre acreedor y fiador, o sea, las partes contratantes y b) Relaciones entre deudor y fiador. Para el primer caso, es de la esencia o naturaleza de la fianza, que ésta sea un contrato gratuito. Pero puede suceder, que el acreedor

se obligue a pagar una remuneración al fiador por el servicio que presta, caso en el cual, la fianza degeneraría o se convertiría en otro contrato de naturaleza diferente, comunmente en el de Seguro de crédito. Este último ocurre con frecuencia en la realidad, cuando el acreedor mediante una remuneración se asegura de la insolvencia del deudor.

Para la segunda consideración, la fianza puede ser gratuita u onerosa. Sería entonces onerosa, cuando el deudor reconoce una remuneración en favor del fiador por el servicio que le presta; este es el criterio del artículo 2367 del código civil, que a la letra dispone : " El fiador puede estipular con el deudor una remuneración pecuniaria por el servicio que le presta " .

Por último, la fianza debe ser expresa, es decir, en ningún caso se presume, pues no existen fianzas tácitas . Esto equivale a decir que, el fiador debe hacer una declaración expresa de voluntad para obligarse como tal .

B. Naturaleza de la

Obligación del Fiador .-

Cuando tratábamos sobre la noción de fianza, hicimos adelanto de algunos conceptos pertenecientes a este subtema. A continuación estudiaremos el carácter accesorio de

la obligación del fiador para lo cual harémos un pequeño esbozo histórico. Este principio está que no se opone al afianzamiento de deudas futuras, ni a la promesa de fianza.

1) Es Accesorio . Consecuencias

De este carácter .- La obligación

del fiador es de pura y simple, sino condicional y a plazo.

naturaleza eminentemente accesoria. Esta afirmación es fruto del avance histórico que ha surgido sobre el particular. En el primitivo Derecho Romano, el fiador ocupó el lugar del deudor, y era por tanto el único responsable. Más tarde, con el correr del tiempo, el fiador es considerado como codeudor con responsabilidad solidaria, hasta que finalmente es considerado como accesorio. Con este criterio, fué consagrado en el " Corpus Iuris Civilis " que fué el acoplamiento en la legislación Justiniana de Las Instituciones, el Digesto, el Códex y las Novelas, compiladas antes en forma separada, entre otros por los Jurisconsultos Teófilo y Triboniano .

A continuación analizaremos algunas principales consecuencias que se desprenden del carácter accesorio de la obligación del fiador :

a) En sentido general, la obligación del fiador es accesoria a la obligación del deudor, de lo cual se deduce que, la obligación del fiador está subordinada a la existencia y validéz de la obligación principal. El nacimiento de

la obligación del fiador depende de la existencia de una obligación principal; principio éste que no se opone al afianzamiento de deudas futuras, ni a la promesa de fianza.

El artículo 2365 de nuestro código Civil, textualmente dice ; " puede afianzarse no solo una obligación pura y simple, sino condicional y a plazo.

Podrá también afianzarse una obligación futura; y en este caso podrá el fiador retractarse mientras la obligación principal no exista, quedando, con todo, responsable al acreedor y a terceros de buena fe, como el mandante en el caso del artículo 2199 ". Como podemos darnos cuenta, en el afianzamiento de deudas futuras, la obligación del fiador se halla sometida a una condición suspensiva; o sea, la obligación del fiador se encuentra en estado de pendencia hasta que no sepa si se constituye o no la obligación principal; dicho estado de pendencia es condición suspensiva.

Las fianzas de deudas futuras pueden ser objeto de retractación antes del nacimiento de la deuda afianzada. Pero debemos aclarar que, dicha retractación debe notificarse al acreedor por parte del fiador para que surta efectos legales. Aquí no cabe la exigencia que prevée la ley para el mandato en el sentido de que cuando éste se revoque por parte del mandante, es necesario dar a conocer al público dicha revocación, por medio de periódicos y carteles; y esto a su vez

con el fin, de que dicho acto sea conocido por todas aquellas personas que puedan entrar en relaciones con el mandatario.

Por último, y en cuanto se refiere a las obligaciones futuras, debemos decir que, puede afianzarse una deuda futura cuyo valor o importe no es conocido; pero en estas circunstancias, no podrá reclamarse contra el fiador, sino en la medida en que la deuda sea líquida. En síntesis, podemos enunciar esta primera consecuencia del carácter accesorio de la obligación del fiador diciendo : La obligación accesoria del fiador sólo nace en la medida en que exista una obligación principal.

Seguidamente, pasamos a ver otra consecuencia :

b) Sabemos que una de las fuentes de las obligaciones es el contrato; así lo consagra el código civil en su artículo 1494, entonces, refiriéndonos a la obligación principal del deudor, ésta puede tener su fuente en un contrato; de igual manera, la obligación accesoria del fiador tiene su fuente en el contrato de fianza. Veamos, que suerte corre la obligación accesoria, teniendo en cuenta lo que acabamos de expresar. Démos el caso de que el contrato del cual nació la obligación principal está afectado de invalidéz, y que el contrato de fianza no está afectado en tal sentido; resultará entonces, ante dicha circunstancia, la extinción de la obligación accesoria del fiador. Si el contrato de que nace la obligación prin-

principal es anulable, la obligación accesoria del fiador estará destinada a extinguirse cuando se decreta dicha nulidad. En este punto debemos hacer la siguiente advertencia, cual es, la de que esta consecuencia debe ser interpretada de acuerdo al criterio del Doctor Valencia Zea, para quien únicamente es accesoria la obligación del fiador, pues según él, el contrato de fianza como vimos antes, tiene vida propia, y no está subordinado a ningún otro contrato.

Cuando la obligación principal se extingue después de su nacimiento o por imposibilidad absoluta corre la misma suerte, se extingue igualmente la obligación del fiador de una manera inmediata.

c) La naturaleza accesoria de la obligación del fiador, también trae como consecuencia, que ésta adquiere ciertas calidades de la obligación principal. Así, pues, cuando la obligación del fiador tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación principal que es a su vez condicional o a plazo, será la obligación accesoria, valga la redundancia, también de igual calidad, esto es, condicional o a plazo.

¿Qué sucede si la obligación principal está sometida al cumplimiento de un acontecimiento futuro e incierto, o sea, a una condición ? Si ésta se cumple, dará nacimiento

a la obligación principal, y por tanto nacerá también la obligación accesoria del fiador; pero si el cumplimiento de la condición tiene por finalidad extinguir la obligación principal, se extinguirá la fianza.

d) La obligación accesoria no debe ser más gravosa que la obligación principal; o sea, en otros términos, el fiador no podrá obligarse a más de lo que se haya obligado el deudor principal, pero sí puede obligarse por menos. Este es el criterio que nuestro código civil en el primer inciso del artículo 2369, ha adoptado.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación del 9 de Junio de 1.926, ha dicho: "La fianza es limitada en el sentido de que no puede exceder los límites de la obligación principal, la cual debe ser determinada al menos en cuanto a su género; pero puede ser ilimitada, o menor dicho de cuantía incierta o no determinada de antemano, cuando el fiador garantiza toda la extensión de la obligación principal (que puede ser más o menos grande) sin poner límites a su responsabilidad. Es esta una cuestión de hecho que el Juez decide de conformidad con los términos del acto y la intención de las partes ". En una manera más sencilla, lo anterior significa que, la obligación principal da los límites hasta donde puede llegar la obligación accesoria.

Existe el principio de que el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, pero puede obligarse en términos menos gravosos. Hay que anotar que, este principio no solo se refiere a la cuantía sino también a las diversas modalidades que conforman la obligación, tales, como, el tiempo, lugar, forma del pago, penas etc. Así por ejemplo, si el deudor principal se obliga a pagar la deuda en un plazo de dos meses, el fiador no puede obligarse a pagar en el término de un mes; si el valor de la obligación principal es de mil pesos, la obligación accesoria no puede tener valor superior a dicha suma; si la obligación del deudor principal es condicional, la del fiador no puede ser pura y simple. Pero puede el fiador obligarse en el primer caso, siempre que el plazo sea igual o mayor al de la obligación principal, esto es, dos meses o más tiempo. En el segundo caso, puede el fiador obligarse por mil pesos o por menos de este valor; y en el tercer caso, si la obligación principal es pura y simple, puede el fiador obligarse condicionalmente.

Es menester ahora, hacer la siguiente aclaración : Si bien el fiador no puede obligarse a más de lo que debe el principal deudor, si puede por otro lado, obligarse más eficazmente que éste; y es el caso de que por ejemplo, si la obligación principal es personal, puede el fiador contraer una obligación hipotecaria. Esto quiere decir, que, el fiador se ha

obligado con su obligación real, de una manera más efectiva. De aquí nace un principio importantísimo, y que el Doctor Salamanca, lo enuncia así : " El fiador no puede obligarse más extensamente que el deudor principal, pero sí puede obligarse más intensamente que éste " .

En el evento de que, contraviniéndose lo dispuesto por el artículo 2370 del C. C., un fiador se obligare en términos más gravosos que el deudor principal, no por esto se va a afectar de nulidad la fianza, pero dichos términos deberán reducirse a los de la obligación principal, tal como lo ordena el inciso tercero de la anterior disposición. Es necesario indicar aquí, lo establecido por el último inciso del artículo 2370 , según el cual, en caso de duda se aceptará la interpretación más favorable a la conformidad de las dos obligaciones, principal y accesoria .

Redondeando este aspecto, hay que anotar algo muy importante y que constituye otro principio que debe interpretarse acorde con el que hemos venido estudiando. En efecto, si por un lado, se dice que la fianza no debe extenderse a más que al tenor de lo expreso, por otro lado se sostiene que el fiador se obliga a que el deudor cumpla su obligación oportunamente . Teniendo en cuenta lo último, la demora en el pago por parte del deudor, hace más gravosa la obligación principal, situación que a su vez, hace más gravosa la obli-

gación del fiador, y por tanto este último deberá responder de los intereses moratorios, de las costas judiciales del primer requerimiento hecho al deudor principal, de las de intimación y todas las posteriores a esta intimación; pero no las causadas en el tiempo intermedio entre el primer requerimiento y la intimación referida. Este es pues, el criterio que contempla el código civil en su artículo 2373. El mismo tratamiento debe darse al evento en que el principal deudor debe responder del caso fortuito. En tal situación, la obligación principal se convierte en la de indemnizar.

Y ya para terminar lo referente al carácter accesorio de la obligación del fiador, analizaremos algunas disposiciones legales que al parecer contradicen tal carácter, como veremos en seguida.

Recordemos aquella clasificación de las obligaciones en civiles o naturales. Al respecto, el artículo 1527 dice que son obligaciones civiles las que dan derecho para exigir su cumplimiento; y que son obligaciones naturales las que no confieren ese derecho, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas.

De igual manera, el Art. 2364 del C.C. dispone que "la obligación a que accede la fianza puede ser civil o natural". Qué sucede, si combinamos estas dos últimas disposiciones?

Si se afianza una obligación natural, la obligación accesoria será civil. Entonces, a simple vista, podemos apreciar que el fiador se ubica en una situación más gravosa que el deudor principal, ya que en este caso, el acreedor no podrá exigir al deudor principal el cumplimiento de la obligación; pero sí podrá exigirlo de parte del fiador; lo anterior debe complementarse con lo dispuesto por el numeral tercero del artículo 2384 ; pues, según esta norma el fiador de una obligación natural no goza del beneficio de excusión; ya que para gozar del beneficio mencionado, se requiere que la obligación principal produzca acción; y son precisamente las obligaciones naturales, las que están desprovistas de acción. En todo caso, en nuestra legislación civil, si se puede afianzar una obligación natural.

Según el maestro Valencia Zea, cuando lo dicho tiene ocurrencia, se suceden las siguientes hipótesis : 1.- El deudor ha tenido la intención de transformar su obligación natural en una civil. 2.- O no ha tenido esa intención, y en este caso, no hay fianza, sino simplemente una donación, pues, lo que realmente acontece es que un tercero promete pagar lo que el deudor debía naturalmente; y es lógico que ese tercero está haciendo una donación .

Otra disposición que al parecer contradice el carácter de accesorio de la obligación del fiador, es el segun

do inciso del artículo 2370, que textualmente dice : " Podrá sin embargo, obligarse de un modo más eficaz, por ejemplo, con una hipoteca, aun cuando la obligación principal no la tenga "

Anteriormente dijimos que, si bien el fiador no puede obligarse a más de lo que debe el principal deudor; si puede sin embargo el fiador obligarse de una forma más eficaz, como es la de constituir un derecho real de hipoteca.

Pero volvamos a lo consagrado por el inciso segundo del artículo citado, y entonces diremos que, realmente se trata de una excepción a la regla que establece el carácter accesorio de la fianza. Pero también es cierto que nos encontramos frente a una figura jurídica distinta a la fianza pura, esto es, ante una fianza hipotecaria, cuya característica peculiar es la de combinar simultáneamente una seguridad personal y una real.

2.) La obligación del Fiador

Y la naturaleza de las

Demás obligaciones .- La obligación del fiador no es distinta de

las demás obligaciones en cuanto a la naturaleza jurídica se refiere; por tal motivo, podemos aplicarle algunas reglas generales que la ley ha establecido sobre el particular. Veamos seguidamente, los principales casos en que se puede observar

concretamente lo expuesto.

a) Respecto a la capacidad para obligarse como fiador, rigen los principios generales. El artículo 2368 del C. C., modificado por el artículo 66 del decreto 2820 de 1.974 dice : " No pueden ser fiadores los incapaces de ejercer sus derechos ". Esta disposición debe ser interpretada en concordancia con los artículos 493 y 1.504 del mismo estatuto.

El artículo 2368 del código, antes de ser modificado decía : " Todo individuo puede obligarse como fiador por otro con las excepciones siguientes : 1.- Los menores de edad; 2.- Los furiosos, pródigos, sordomudos, y mentecatos, y 3.- Las mujeres casadas ". Más, si tenemos en cuenta los efectos que produjo la ley 28 de 1.932, debe entenderse derogado el ordinal tercero del artículo antes citado. En todo caso, y en nuestra opinión, la disposición vigente sobre la capacidad del fiador para obligarse, no es ajena a los principios generales que gobiernan a las demás obligaciones.

b) Respecto a las modalidades, la fianza, como cualquier obligación, puede someterse al término y a la condición, pero observándose aquel principio que ya fué materia de nuestro estudio y que lo enunciamos así : El fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el deudor. La norma legal aquí pertinente, es el artículo 2366 del código.

c) En nuestra legislación civil, la obligación que se genera en la fianza consiste siempre en el pago de una suma en dinero, y esto es de su esencia. Por tal motivo, la obligación del fiador tiene un carácter patrimonial, lo que hace que éste transmita sus derechos y obligaciones a sus herederos. Vemos fácilmente, como la obligación del fiador, sigue en este aspecto los lineamientos de las demás obligaciones patrimoniales.

d) Sabemos que una persona puede obligarse no solamente en favor de una persona física, sino también en favor de una persona jurídica, ya sea de derecho privado o ya de derecho público. Lo mismo podemos decir del caso que nos incumbe. En efecto, se puede afianzar a una persona jurídica, inclusive a la herencia yacente, según lo ordena el artículo 2372 del código .

3) La Fianza implica

Pago de dinero .- En nuestro derecho, se sienta

el principio de que el fiador debe obligarse siempre al pago de una suma de dinero; así lo dá a entender el artículo 2369 del C. C, en sus párrafos segundo y cuarto. Al parecer, en este campo, existe una especie de discriminación, ya que mien

tras la obligación del deudor principal puede consistir libremente en dar una suma de dinero, en entregar un cuerpo cierto, en hacer o no hacer alguna cosa; la obligación accesoria del fiador debe consistir en todos los casos en pagar una suma de dinero .

El maestro derecho Civil, inspirado en la obra de Bello, el mismo criterio ha adoptado el Derecho Civil Chileno, que junto al Colombiano se identifican como los únicos que han persistido en un capricho criticable bajo todo punto de vista. Según el maestro Valencia Zea, esto obedece a una mala interpretación que Andrés Bello hiciera sobre la obra de Pothier en lo pertinente . Así pues, los Romanos defendieron el principio de que, los objetos de las obligaciones principal y accesoria debían ser de la misma naturaleza; así por ejemplo, si la obligación principal consistía en hacer una cosa, la obligación accesoria debía consistir en lo mismo .

Pero Pothier, no se contentó con transcribir y comentar aquel principio sentado por los jurisconsultos Romanos, sino que quiso agregarle algo importante por su parte, y al efecto anotó que " bien podía el fiador obligarse a pagar una suma de dinero en lugar de un objeto diferente, y dió como razón que, por ser el dinero la estimación común de todas las cosas, el que se obliga a pagarlo no se obliga a una cosa distinta de la obligación principal " . Como conclusión podemos decir que, sobre este asunto, Pothier se basó en las obras

de los Romanos, aportando a la vez lo suyo. Andrés Bello, por su parte, se basó en las obras de Pothier, haciéndola una mala interpretación de las mismas en cuanto al particular se refiere.

Nuestro derecho Civil, inspirado en la obra de Bello, heredó el mismo criterio de éste, como lo demuestra el inciso cuarto del artículo 2369 del Código.

De todas maneras, en nuestra legislación civil, la obligación accesoria del fiador debe consistir en el pago de una suma en dinero. Si se paga con una cosa distinta al dinero, entonces no habría fianza, sino un contrato innominado o cualquiera otro que se regirá por disposiciones diferentes a las de la fianza.

4) Personas en favor de las cuales

Puede constituirse

La Fianza .- Al respecto, el artículo 2361 del Código

dice, en su segundo inciso, dice textualmente: " La fianza puede constituirse no solo a favor del deudor principal, sino de otro fiador " .

El puesto del deudor principal puede estar ocupado por una sola persona y sería el caso del deudor único; o

por varias personas que se obligan solidariamente para con el acreedor, y estaríamos entonces, en presencia de varios deudores solidarios. Sobre este último caso puede suceder que, el fiador afiance a uno sólo de los deudores solidarios; en tal circunstancia, el fiador puede ser demandado por el valor total de la obligación que prometieron pagar los varios deudores solidarios en favor del acreedor. Esto tiene una lógica razón, puesto que cuando varias personas se obligan a pagar una obligación en forma solidaria, cada una de éstas es responsable por el valor total de la prestación; y además, al no pagar la deuda todas esas personas solidariamente obligadas, el fiador será demandado por el total de la deuda de aquellas, o sea, el valor al cual estaba obligado el deudor solidario afianzado por el fiador.

Volviendo a lo que anotamos en un principio, debemos sintetizar diciendo que, la fianza por lo general se constituye en favor de un deudor principal; ya sea en favor de un deudor único o en favor de uno o varios deudores solidarios. Igualmente, la fianza puede constituirse en favor de un fiador. En tal evento, la persona que afianza al fiador recibe el nombre de subfiador, y el contrato respectivo se denominará de subfianza. Diferente a lo dicho, es el caso en que se da una pluralidad de fiadores para el cumplimiento de una misma obligación; aquí cada fiador recibe el nombre de cofia-

La segunda cuestión que se dirá hasta o desde que día se obliga como fiador. Sobre esto último, haremos más adelante un detenido análisis. Tal o tal que condición se obliga, si suspensiva o resolutoria.

C. Obligaciones que garantiza

La Fianza .-
La fianza es un contrato por el cual una persona se obliga a responder por el cumplimiento de una obligación de otra persona. En la práctica, la fianza se ha reducido a la garantía de las obligaciones de pago; lo cual ha sido impuesto por la costumbre.

En primer término partimos del principio general de que, la fianza sirve para garantizar toda clase de obligaciones. Al respecto, el Doctor Salamanca dice: " Teóricamente se puede garantizar una obligación nacida en cualquier especie de fuente ". En nuestra opinión, creemos que existe una gran amplitud en la fianza; . Anteriormente vimos, como ha sido de generosa nuestra ley civil refiriéndose a los sujetos que pueden ser afianzados. En efecto, se puede garantizar toda clase de personas, naturales o jurídicas; estas últimas, tanto de derecho privado como de derecho público, e inclusive a la herencia yacente . De igual manera, se puede garantizar toda clase de obligaciones, civiles, naturales, contractuales, cuasicontractuales o extracontractuales; también obligaciones con diversas modalidades, sometidas a plazo o a condición, presentes, futuras etc. Es menester agregar también, que por tener la fianza un carácter de voluntaria respecto del fiador, éste posee todas las facultades para determinar el alcance de las obligaciones que pretende contraer .

En este sentido él dirá hasta o desde que día se obliga como tal; o bajo que condición se obliga, si suspensiva o resolutoria .

Y ya cerrando este punto, hacemos la siguiente aclaración : no obstante, todo lo que anotamos en renglones anteriores, en la práctica, la fianza se ha reducido a la garantía de las obligaciones de pago; lo cual ha sido impuesto por la costumbre .

la capacidad de goce; así pues, el niño recién nacido es sujeto de derecho.

Capacidad de disposición.- Es decir la facultad de poder obligarse, disminuir el patrimonio enajenando bienes, gravándolos o contrayendo deudas. Está limitada únicamente a los llamados capaces, es decir, que es una facultad negada a los incapaces.

CAPITULO II

Incapacidad.- La incapacidad es la limitación legal que impide a una persona obligarse, o que le exige hacer

CAPACIDAD EN LA FIANZA

El artículo 1.503 del Código Civil dispone: "Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces". Lo transcrito nos conduce a hacer un pequeño esbozo sobre los conceptos de capacidad e incapacidad en general, lo cual nos será muy útil cuando entremos a aplicar dichos conceptos al tema de este trabajo: La Fianza.

Se entiende por Capacidad, la facultad de obligarse por sí mismo sin el ministerio o la intervención de otra persona. Por regla general, toda persona es capaz. Son incapaces las personas a quienes expresamente la ley les niega esa facultad.

Debemos distinguir dos clases de capacidades: De Goce.- Para la cual no hay excepciones, porque todo mundo puede ser titular de un derecho patrimonial, y en esto consiste

la capacidad de goce; así pues, el niño recién nacido es sujeto de ésta.

Capacidad de disposición. - Es decir la facultad de poder obligarse, disminuir el patrimonio enajenando bienes, gravándolos o contrayendo deudas. Está limitada únicamente a los plenamente capaces, es decir, que es una facultad negativa a los incapaces.

Incapacidad. - La incapacidad es la limitación legal que impide a una persona obligarse, o que le exige hacerlo con el ministerio o intervención de un representante. Hay dos clases de incapacidades: Absoluta, y Relativa. Los actos de los absolutamente incapaces no producen ni siquiera obligaciones naturales, y pueden ser sancionados con nulidad absoluta. Son relativamente incapaces, aquellos que no pueden obligarse personalmente, pero pueden hacerlo con la mediación de sus representantes y en circunstancias fijadas por la ley. Sus actos son válidos cuando se han realizado con el concurso de los presupuestos señalados en la norma legal; en caso contrario son nulos relativamente, y pueden ser convalidados con el lleno de los presupuestos omitidos.

Ubicándonos ya en el asunto que nos incumbe, debemos decir que, respecto del fiador se exige la capacidad de disposición, que ya fué objeto de nuestro análisis. El artículo 2368 del Código Civil, antes de ser

modificado por el artículo 66 del decreto 2820 de 1.974 establecía : " Todo individuo puede obligarse como fiador por otro con las excepciones siguientes : 1a. Los menores de edad; 2a. Los furiosos, pródigos, sordomudos y mentecatos; 3a. Las mujeres casadas " . Aquí hay que hacer una aclaración importantísima, cual es, de que según la ley 28 de 1.932 que, entre otras cosas, facultó a la mujer a toda actividad jurídica; debe darse por derogado el ordinal tercero del artículo 2368. Esta disposición, ya modificada dice : " No pueden ser fiadores los incapaces de ejercer sus derechos " .

Y para terminar decimos que, la regla general es la capacidad para obligarse como fiador, excepto los menores de edad, los furiosos, los pródigos, sordomudos y mentecatos. A esto, se reduce en definitiva, el tema de la capacidad en la fianza .

Advertencia : En cuanto a los furiosos, pródigos, sordomudos y mentecatos, éstos deben ser declarados en interdicción por sentencia Judicial.

en que hay una sola prestación y varias obligaciones en que el contenido de cada una es común a las otras. Asimismo, cada obligación solidaria guarda autonomía respecto a las otras, y la nulidad de una de esas obligaciones no implica la de las demás. En cambio, en la fianza, sólo existe una obligación, o sea, la del deudor. Como vimos en su debida oportunidad, el fiador se contrae una nueva obligación, sino simplemente se responsabiliza del cumplimiento de la obligación ajena del deudor, si este no la cumple.

CAPITULO III

DIFERENCIAS DE LA FIANZA CON OTRAS

FIGURAS JURIDICAS

Este es un capítulo muy importante, toda vez, que en desarrollo del mismo, conoceremos de mejor manera el carácter específico de la Fianza, que por lo tanto la singulariza con respecto a otras figuras jurídicas que guardan con ella cierta analogía. La fianza es distinta de: la deuda solidaria, la asunción de la deuda, el contrato de garantía, el seguro de un crédito. A continuación haremos un análisis detallado sobre el particular.

A. Diferencia con la deuda solidaria .-

La Fianza es diferente de la deuda solidaria o Solidaridad pasiva. En esencia, la Solidaridad pasiva consiste

en que hay una sola prestación y varias obligaciones en que el contenido de cada una es común a las otras. Asimismo, cada obligación solidaria guarda autonomía respecto a las otras, y la nulidad de una de esas obligaciones no implica la de las demás. En cambio, en la fianza, sólo existe una obligación, o sea, la del deudor. Como vimos en su debida oportunidad, el fiador no contrae una nueva obligación, sino simplemente se responsabiliza del cumplimiento de la obligación ajena del deudor, si este no la cumple. En este sentido, se da una especie de ecuación entre la obligación principal y la obligación accesoria del fiador, de tal manera, que conociendo el estado de aquella, se sabe el estado de ésta.

Como veremos más adelante, en la fianza existe un beneficio importante llamado de excusión. Este beneficio no existe para el deudor solidario. No obstante lo anotado, la fianza puede combinarse con la solidaridad, lo cual engendra una figura jurídica llamada Fianza Solidaria, la que también será objeto de un detenido análisis en parte posterior de este trabajo.

B. Diferencia con la Asunción de la deuda.

La Asunción de la Deuda, también se llama Cesión de deuda, y se la define como el negocio en virtud del cual

una persona se compromete a pagar al acreedor en lugar del primitivo deudor; o sea, el nuevo deudor sustituye al antiguo.

Es de la esencia de la Asunción de deuda que, el antiguo deudor quede liberado, pues, si así no fuere, no existe cesión de deuda, sino que simplemente se ha dado una garantía nueva de pago. Esto sucede especialmente en los casos en que alguien promete a un deudor cancelarle su deuda, sin que haya intervenido el consentimiento del acreedor. En cambio, en la fianza, no hay sustitución de deudor sino constitución de un deudor subsidiario.

C . Diferencia con el Contrato
De Garantía .-

Enneccerus, citado por el maestro Valencia Zea, dice que , " Contrato de Garantía es aquel por el cual uno promete responder, en todo o en parte, del riesgo que surge para la otra parte contratante en virtud de una empresa de cualquier clase " .

El contrato de garantía tiene sus típicas características que lo distinguen de la fianza. En efecto, con el contrato de garantía no se promete el cumplimiento de una deuda ajena; más, si se promete indemnizar el daño que se ocasiona para la otra parte en virtud de su empresa, o también

se promete garantizar un determinado rendimiento u otro resultado. En la Fianza, por el contrario, el fiador se responsabiliza a cumplir una obligación ajena.

Supongamos el caso de que un tercero, mediante negocios concluidos con el deudor, se compromete a pagar sus deudas para con determinado acreedor. Esto no puede considerarse como fianza, ya que ésta se celebra entre el tercero y el acreedor; y en el caso propuesto, el negocio se celebra entre el tercero y el deudor, por lo cual debemos considerarlo como contrato de garantía.

D . Diferencia con el Seguro
De un Crédito .-

La Fianza es diferente del Seguro de un Crédito actual o futuro. Cuando veíamos que la fianza era un contrato esencialmente gratuito si se tienen en cuenta las relaciones Fiador y Acreedor; dijimos al mismo tiempo que si el acreedor se obliga a dar una remuneración al fiador por el servicio que presta, el contrato degeneraría en otro de naturaleza diferente, generalmente en el de Seguro.

Cuando el acreedor, mediante una remuneración se asegura de la insolvencia del deudor, en realidad, lo que hace es tomar un seguro de Crédito . Hé aquí, la diferencia

sustancial de la Fianza con el Seguro de un Crédito. En este último, media una remuneración. Todo lo anotado, nos hace comprender más claramente, la esencia y características de la Fianza. De esta manera, damos por concluido lo relacionado con este capítulo .

se por una hipoteca o por una prenda contra la voluntad del acreedor. Lo contrario sucede con las fianzas legal y judicial, en las cuales sí se puede hacer la sustitución expresa. Y para terminar, debemos decir que, la fianza convencional es la más generalizada, y la que más aplicación tiene en la vida cotidiana.

CAPITULO IV

2) Legal .- Cuando es ordenada por la ley .

CLASES DE FIANZAS

Referente a este punto, hemos hecho tres clasificaciones : según su origen, según la forma y según su cuantía.

A . Según su Origen .-

La Fianza, según su origen puede ser : Convencional, Legal o Judicial .

1) Convencional .- Cuando es constituida por contrato; en otras palabras,

es la que acuerdan las partes por actos de su libre voluntad para asegurar sus compromisos. Es necesario anotar que, en esta clase, o sea la convencional, la fianza no puede sustituir

se por una hipoteca o por una prenda contra la voluntad del acreedor. Lo contrario sucede con las fianzas legal y judicial, en las cuales sí se puede hacer la sustitución expresa. Y para terminar, debemos decir que, la fianza convencional es la más generalizada, y la que más aplicación tiene en la vida cotidiana.

2) Legal .- Cuando es ordenada por la ley .

Esta clase de Fianza no es acordada ni por las partes, ni por el Juez. En esta situación, es la ley la que le exige al deudor afianzar su obligación. Un ejemplo de esta clase, es la fianza a que está obligado en algunos casos el curador que administra los bienes de su pupilo.

3) Judicial .- Cuando la decreta el Juez, según su criterio para determi-

nados casos previstos en la ley procedimental. Por lo dicho, esta clase de fianza tiene su fuente primaria en la ley, toda vez que, es ésta, la que le dirá al Juez, en qué casos puede decretar fianzas. De esto deducimos claramente que, la fianza puede ser según su origen : Convencional o Legal.

Pero admitamos la existencia de la Fianza Judicial, tomando como fundamento el mismo artículo 2362 del C.C, y en este orden de ideas, proponemos el siguientes ejemplo :

Un vendedor vende una cosa a crédito, y durante el plazo acordado para el pago del precio, disminuye notoriamente la fortuna o posibilidades económicas del comprador; de tal manera que el vendedor se halla en peligro inminente de perder el precio; entonces, si el comprador le exige al vendedor la entrega de la cosa, el juez, puede ordenar dicha entrega, pero, al mismo tiempo le exigirá fianza al comprador. Este ejemplo, está dado tomando como base el inciso cuarto del artículo 1882 del código Civil.

Otro ejemplo de fianza judicial, es la fianza de saneamiento, a la que está obligado el que embarga preventivamente un bien.

Y para dar por terminada esta parte, es preciso advertir que, esta primera clasificación no hace relación a que la obligación accesoria del fiador tenga su fuente en la ley o en una decisión judicial; pues como sabemos, dicha obligación siempre tiene su fuente en el contrato. Por el contrario, esta primera clasificación de la fianza hace más que todo relación a la situación del deudor quien puede voluntariamente comprometerse a afianzar su obligación en el momento de contraer la deuda, y estaríamos en el caso de la fianza convencional; o puede estar el deudor obligado por una ley a afianzar su obligación, y estaríamos entonces en el caso de la fianza Legal.

Nos resta decir únicamente, que el artículo 2362 del Código Civil, que es la norma que habla de esta primera clasificación de la fianza, en su inciso tercero establece textualmente : " La fianza legal y la judicial se sujetan a las mismas reglas que la convencional, salvo en cuanto la ley que la exige o el código judicial dispongan otra cosa".

B . Según la forma .-

Hemos denominado así a la segunda clasificación de la fianza, en razón de que ella responde a la pregunta : En qué forma se puede obligar el fiador ? y contestamos diciéndo : en forma personal o constituyéndo los derechos reales de prenda e hipoteca. Entonces, según la forma, la fianza se clasifica en : Personal, Prendaria e hipotecaria .

1) Personal .- Consiste en que, el fiador dá en prenda del cumplimiento de

una obligación ajena, todos sus bienes presentes y futuros , pero sin gravar bienes singulares con derechos de prenda o hipoteca . Es de anotar, que esta fianza personal, no ofrece mucha seguridad al acreedor, ya que puede suceder que el fiador caiga también en insolvencia . No ocurre lo mismo, cuando el acreedor tiene en su favor una prenda o una hipoteca, toda vez

que él puede fácilmente perseguir ese bien específico gravado que se le dió en garantía, y satisfacer de esta manera su crédito.

Existe el término genérico Caución, el cual cubre tanto a las seguridades personales como a las reales.

2) Prendaria .- Consiste en que un tercero, cuando la ley exige que se caucione el cumplimiento de una obligación, quiere significar que se puede prestar una garantía ajena, constituyendo un derecho real de prenda sobre una cosa mueble.

Por lo común, la prenda es constituida por el mismo deudor, pero esto no impide para que un tercero la constituya sobre bienes muebles de su propiedad.

3) Hipotecaria .- Se presenta cuando un tercero se obliga a cumplir una obligación ajena, constituyendo un derecho real de hipoteca sobre bienes inmuebles.

Igual que la prenda, la hipoteca ordinariamente es constituida por el deudor mismo, pero esto no obsta para que un tercero la constituya sobre bienes raíces de su propiedad.

Es necesario anotar además que, la prenda y la hipoteca son garantías reales diferentes a la fianza. Las denominaciones que se dan de fianzas hipotecaria y prendaria, obedecen a la práctica y costumbre comerciales, pues de lo que

en realidad se trata es de la constitución de una prenda o una hipoteca por un tercero.

Existe el término genérico Caución, el cual cobija tanto a las seguridades personales como a las reales. Cuando la ley exige que se debe caucionar el cumplimiento de una obligación, quiere significar que se puede prestar una seguridad que puede ser una fianza, una hipoteca o una prenda. Se determina en dinero el importe de la obligación del fiador; es decir, se conoce su monto o valor. Por ejemplo: un fiador en el momento de afianzar dice que se responsabiliza a pagar la suma de cinco mil pesos.

Dijimos anteriormente que, son mejores para el acreedor las seguridades reales que las personales desde el punto de vista de protección al crédito; sin embargo de lo dicho, el acreedor no podrá ser obligado por parte del deudor, a que reciba una hipoteca en vez de la fianza. Así el acreedor se beneficie más, no podrá ser obligado contra su voluntad a aceptar una seguridad diferente de la estipulada. No obstante, lo expresado tiene una excepción, cual es, la de que, si la fianza es exigida por la ley o decreto de Juez, puede sustituirse a ella una prenda o hipoteca suficiente, según lo comsagra la segunda parte del artículo 2363 del Código Civil; en otros términos, el deudor puede reemplazar la fianza por una hipoteca o prenda suficiente.

C. Según su cuantía .-

Teniendo en cuenta la cuantía, la fianza puede ser ; Limitada o Ilimitada.

1) Limitada .- Cuando al momento de afianzar, se determina en dinero el importe de la obligación del fiador; es decir, se conoce su monto o valor. Por ejemplo : Un fiador en el momento de afianzar dice que se responsabiliza a pagar la suma de cinco mil pesos.

Puede darse el caso en que la obligación principal sea Ilimitada, y el fiador dice que responde hasta determinada cantidad de dinero; estaríamos entonces, frente a una fianza Limitada .

2) Ilimitada .- Cuando el importe de la obligación del fiador no puede determinarse en el momento de afianzar. Por ejemplo, el fiador dice que en forma indeterminada garantiza el crédito que se abra a otra persona. Podemos decir que, generalmente, la fianza de deudas futuras dá origen a fianzas Ilimitadas .

Según el maestro Valencia Zea, es Ilimitada la fianza de una cuenta corriente, por cuanto ampara todas sus Partidas, que son en principio indivisibles.

Hemos expresado que, la Fianza puede ser Limitada o Ilimitada según la cuantía; denominación ésta que hemos dado en fundamento a que consideramos que ella se acomoda al criterio de esta clasificación, vale decir, si se determina o no el importe, monto o cuantía de la obligación del Fiador, en el momento de afianzar.

Y en esta forma, damos por terminado el presente capítulo.

DEUDORES OBLIGADOS A PRESTAR FIANZA

Partiendo del principio que establece que, los Deudores a quienes la ley exige fianza, están obligados a prestarla. No obstante esto, existen algunos casos en los cuales el deudor puede estar obligado a prestar fianza, a petición del acreedor. Al respecto, el artículo 2374 dispone textualmente: "El deudor es obligado a prestar fianza a petición del acreedor".

- 1.- El deudor que lo haya estipulado;
- 2.- El deudor cuyas facultades disminuyan en virtud de poner en peligro manifiesto el cumplimiento de su obligación;
- 3.- El deudor de quien haya motivo de temer que abandone el territorio, con ánimo de establecerse en otra parte, o que no deje bienes suficientes para la seguridad de su obligación.

de sus obligaciones ". Veamos, qué sucede, si el deudor obligado a prestar fianza de conformidad con lo dispuesto por la norma anteriormente citada, no cumple con su obligación de prestarla ?

Para el primer caso contemplado en la disposición, o sea, cuando el deudor dentro del contrato principal se obligó a prestar fianza, y no cumple esa obligación, diremos que ha incumplido el contrato, lo cual da derecho al acreedor para resolverlo o para apremiar al deudor a que ejecute su obligación, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

En lo que se refiere al segundo y tercer caso del artículo 2374 del código, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación de prestar la fianza sobre los bienes del deudor.

Para completar esto que hemos expuesto, queremos hacer un pequeño análisis sobre un deber especial que tiene la persona obligada a prestar fianza, tema éste, que a su vez nos conduce al estudio de las condiciones que debe reunir un fiador. En efecto, el artículo 2376, en su primer párrafo dice : " El obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal; que tenga bienes más que suficientes para hacerla efectiva, y que esté domiciliado o ejerza domicilio en algún Estado o territorio de la Unión ". De lo estatuido, podemos deducir que, el fiador

debe reunir las siguientes condiciones: En primer término, debe ser capaz legalmente. Este punto no necesita mayor explicación, ya que fué tratado ampliamente cuando estudiábamos la capacidad en la Fianza. En segundo lugar, debe ser solvente económicamente; pues, si fuese lo contrario, ningún beneficio reportaría al acreedor.

Actualmente, las relaciones comerciales y crediticias se mueven haciendo especial énfasis en este aspecto. Es de esta manera, como las Instituciones bancarias conceden fácilmente préstamos de dinero a personas respaldadas por fiadores de gran solvencia económica.

Por último, el fiador debe estar domiciliado en la República.

Según el artículo 2376 del código, para calificar la suficiencia de los bienes del fiador, o sea, su solvencia, se tomarán únicamente en cuenta los inmuebles, excepto en materia comercial, o cuando la deuda afianzada es módica; esto último quiere decir, que la deuda principal tenga un valor moderado.

Es de simple lógica, el sentido de la norma, cuando advierte que no se tomarán en cuenta los inmuebles embargados o sometidos a pleito, o que no existan en el territorio, o que se hallen sujetos a hipotecas gravosas o a condiciones resolutorias.

En el caso de que el fiador estuviere recargado de deudas que pongan en peligro aun los inmuebles no hipotecados a ellas, tampoco se contará con estos.

Fiadores Insolventes .- Dijimos en renglones anteriores que el fiador debe reunir las condiciones siguientes: ser capáz, ser solvente y estar domiciliado dentro del territorio de la República .

Pero tomemos la segunda condición, o sea, la de ser el fiador una persona solvente económicamente; lo contrario a esto, es la insolvencia, cuyos efectos indicamos a continuación .

El caso es el de que, cuando el fiador dado por el deudor, se insolventa, será obligado el deudor a prestar nueva fianza. Este es el sentido del artículo 2375 del código, que debe interpretarse conjuntamente con el artículo 1553 del mismo estatuto, que a su vez, significa para el caso comentado que, si el deudor en tales circunstancias no presta nuevo fiador, la obligación se hará exigible. Así pues, la parte pertinente de la última norma citada dispone : " El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es : 1.- Al Deudor constituido en quiebra o que se halle en notoria insolvencia; " .

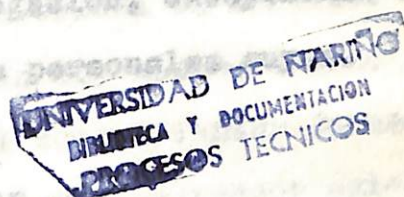
un criterio de justicia, toda vez, que ese tercero llamado fiador de cada su su lucrado. Es así, como la ley le otorga al fiador las siguientes facultades: Beneficio de Sequerimiento, Beneficio de Excusión, Beneficio de División, excepción de cesión de acciones o excepción de subrogación, excepciones reales inherentes a la deuda y excepciones personales.

CAPITULO VI

A. Beneficios del Fiador

EFFECTOS DE LA FIANZA ENTRE

ACREEDOR Y FIADOR



El contrato de fianza, genera ciertos vínculos jurídicos y obligaciones para el fiador en relación con el acreedor, con el deudor, y con los otros fiadores en el evento de que la obligación principal se halle garantizada por varios fiadores. Hoy nos corresponde tratar aquello que el código en el capítulo II del título dedicado al contrato de fianza, denomina como "De los efectos de la fianza entre el Acreedor y el fiador."

Es de equidad, que sea el deudor mismo quien pague lo que debe. Para la efectividad de este principio, la ley sabiamente ha consagrado ciertas facultades en favor del fiador, tendientes a exigir el cumplimiento de la obligación por parte del principalmente obligado. Y esto, no es más que

un criterio de justicia, toda vez, que ese tercero llamado fiador de nada se ha lucrado. Es así, como la ley le otorga al fiador las siguientes facultades: Beneficio de Requerimiento, Beneficio de Excusión, Beneficio de División, excepción de cesión de acciones o excepción de subrogación, excepciones reales inherentes a la deuda y excepciones personales suyas.

A. Beneficios del Fiador

1º) Beneficio de Requerimiento .- En nuestro

concepto, este beneficio consiste en la noticia que da el fiador al acreedor, en la que le pone de presente que la deuda principal ya es exigible, y que por lo tanto debe proceder inmediatamente contra el deudor principal, para su pago. Pero qué sucede, si el acreedor se muestra negligente en dicho deber? Si el acreedor después de ser requerido por el fiador, se muestra negligente, o sea, retarda su deber de proceder de inmediato contra el deudor principal, el fiador no será responsable por la insolvencia del deudor principal sobrevinida durante el retardo. Este es en síntesis, el sentido del artículo 2382 del código civil.

Realmente la ley no es exigente en cuanto al acto mismo de requerir; pues, el requerimiento podrá hacerse

Judicial o extrajudicialmente; una carta o un aviso verbal constituyen requerimiento.

Debemos advertir que, la negligencia del acreedor en ejecutar al deudor después de ser requerido por el fiador, no constituye un acto generoso que brinda el acreedor en favor del deudor, sino más bien, mala fe, máxime cuando se ha asegurado la obligación principal con un fiador de notoria solvencia económica; pues, es deber del acreedor exigir de quien se lucró, el pago de la deuda, y subsidiariamente de quien no se lucró.

En resumen, cuando el acreedor después de requerido por el fiador, se mostrare negligente, o sea, retarde su deber de proceder contra el deudor, y durante el retardo sobreviene la insolvencia de éste último; se producirá la extinción de la fianza.

Por ejemplo: En un contrato de mutuo, donde el Fiador C, afianza la obligación del Mutuario B, consistente en devolver en favor del mutuante A, la suma de \$ 10.000.00 que éste le había prestado por el término de 30 días. Si se vencen los 30 días y el Señor A, negligentemente retarda su deber de ejecutar al Señor B, a pesar de haber sido requerido oportunamente por el señor C, éste, o sea el fiador no responderá por la insolvencia que durante el retardo sobre venga al mutuario B.

2.) Beneficio de Excusión. - Esta figura Jurídica, si bien no fué adoptada por el primitivo derecho Romano, si lo fué implantada por el Derecho Romano Clásico, con el mismo nombre que hoy conocemos, según refieren algunos tratadistas, quienes entre otras cosas, señalan que fué el Jurisconsulto Justiniano, quien consagró dicho beneficio en las leyes tercera y octava, título 12 de la partida quinta, al preceptuar que preferencialmente el acreedor debe cobrarle al deudor principal y que si resultaba éste insolvente, entonces nacía la responsabilidad del fiador pudiéndose procederse contra él.

Como podemos apreciar, igual sentido otorga nuestra legislación al beneficio de excusión. En efecto, el artículo 2383 del Código establece: "El fiador reconvenido goza del beneficio de excusión, en virtud del cual podrá exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda".

El maestro Fernando Vélez dice que el acreedor debe ver "si con los bienes del deudor puede pagarse antes de proceder contra los del fiador".

En nuestra opinión, existe una completa armonía o conformidad entre el carácter accesorio de la fianza y el beneficio de excusión. Como la fianza es un contrato accesorio y subsidiario, es lógico que la obligación del fiador no

pueda exigirse sino también subsidiariamente, esto es, después de que el deudor principal ha fallado en el pago. El cumplimiento de la obligación del fiador, sólo se hace exigible después de haberse exigido el cumplimiento de sus obligaciones al deudor principal.

La excusión es un beneficio que se ha instituído en favor del fiador; y por obedecer a motivos de interés privado, puede renunciarse en el momento de celebrarse el contrato de fianza o posteriormente. Cuando el fiador no alega el beneficio expresado en el momento de ser ejecutado por el acreedor, se entiende que lo renuncia. De igual manera, se entiende que renuncia al beneficio de excusión, y no podrá alegarlo, quien se obliga como fiador solidario, en razón de que dicho beneficio no existe en las deudas solidarias.

Si hubieren varios fiadores, la renuncia al beneficio de excusión por parte de uno de ellos, no cobija a los demás. Si hubiere un subfiador, la renuncia del fiador no comprende la de aquel. Anteriormente dijimos que quien afianza una obligación natural, se obligaba como deudor principal. En este caso, el fiador no podrá alegar el beneficio referido.

Viabilidad del Beneficio

de Excusión .- Para que el beneficio de excusión sea viable,

se requiere que el deudor tenga bienes para el pago en el momen

to en que es ejecutado el fiador. Aquí se discute previamente la solvencia económica del deudor. El fiador entonces, señalará al acreedor todos aquellos bienes del deudor sobre los cuales puede hacer efectiva la obligación. Esta determinación de bienes debe ser lo más correcta y efectiva, toda vez, que la excusión solamente puede alegarse una vez; además, dicha operación seguramente motivará algunos gastos tales como : certificados de libertad, transportes, secuestro etc, los cuales deberán ser sufragados por el fiador.

Para fundamentar la excusión, sirven todos los bienes patrimoniales del deudor, pero según lo dispone el artículo 2385 del código Civil, " no se tomarán en cuenta para la excusión :

1.- Los bienes existentes fuera del territorio o del domicilio del deudor;

2.- Los bienes embargados o litigiosos, o los créditos de dudoso o difícil cobro;

3.- Los bienes cuyo dominio está sujeto a una condición resolutoria;

4.- Los bienes hipotecados a favor de deudas preferentes en la parte que pareciere necesaria para el pago completo de estas " .

Así es que, el fiador deberá determinar de una manera correcta y efectiva los bienes pertenecientes al deudor

principal, para que el acreedor haga efectivo su crédito, sobre dichos bienes; si estos no bastaren o no fueren suficientes, no podrá el fiador señalar otros, salvo que hayan sido adquiridos posteriormente por el deudor.

Existe un caso en que el beneficio de excusión opera de plano sin necesidad de alegarlo, y se presenta cuando el fiador, expresa e inequívocamente, no se hubiere obligado a pagar sino lo que el acreedor no pudiese obtener del deudor, se entenderá que él acreedor es obligado a la excusión, y no será responsable el fiador de la insolvencia del deudor, concurriendo las circunstancias siguientes: 1a.- Que el acreedor haya tenido medios suficientes para hacerse pagar; y 2a.- Que haya sido negligente en servirse de ellos. Lo anterior es el caso contemplado por la segunda parte del artículo 2390 del C.C.

Casos en los cuales el Beneficio

De Excusión puede recaer sobre

Los bienes de varias personas.- Existen dos casos: 1.- Cuando además del fiador hay un subfiador; y 2.- Cuando existen varias deudas solidarias caucionadas con fianza.

Para el primer caso, el subfiador que es ejecutado por el acreedor, podrá pedir que se excutan conjuntamente

bienes tanto del deudor como del fiador; y esto tiene una lógica razón, toda vez, que el sebfador se obliga subsidiariamente tanto respecto del deudor como del fiador.

Para el segundo caso, el fiador tiene la facultad de solicitar que antes de procederse contra él, se exculen los bienes de todos los deudores solidarios. El beneficio de excusión con necesarias las condiciones siguientes:

Efectos del ejercicio del

Beneficio de Excusión. - Estos efectos de

ben ser estudiados en relación con el acreedor, y es el caso del inciso primero del artículo 2390 del C. C; y en relación con el deudor, y es la circunstancia prevista en el artículo 2389 del Código.

En relación con el acreedor, éste compromete su responsabilidad, si invocado oportunamente el beneficio de excusión por el fiador, aquél no ejerce inmediatamente la acción ejecutiva contra el deudor principal; y por lo tanto, se extingue la obligación subsidiaria hasta concurrencia del valor de los bienes señalados para la excusión.

En relación con el deudor, si los bienes excutidos son suficientes para el pago de la deuda afianzada, se extingue la fianza; pero si los bienes excutidos no produjeren más que un pago parcial de la deuda, será sin embargo el acreedor obligado a aceptarlo, y no podrá reconvenir al

Fiador sino por la parte insoluta.

Condiciones del Beneficio

De Excusión .- La norma legal que habla sobre el particular es el

artículo 2384 del Código. En efecto, para gozar del beneficio de excusión son necesarias las condiciones siguientes :

Primera .- Que no se haya renunciado expresa-
mente . Al respecto ya tuvimos oportu-
nidad de hablar ampliamente, cuando iniciábamos el estudio
del referido beneficio. Por tanto, no nos detenemos en el aná-
lisis de este primer punto .

Segunda .- Que el fiador no se haya obligado
como deudor solidario. Pues si fuese
lo contrario, el fiador y el deudor principal quedarán en un
mismo grado de responsabilidad frente al acreedor. En nuestro
criterio, el fiador que se obliga solidariamente, lo hace co-
mo deudor principal . El Carácter de solidaridad en la fianza,
hace perder en ésta su significación de subsidiaria.

Tercera .- Que la obligación principal produz-
ca acción . Esto quiere decir, que
la obligación principal del deudor no sea simplemente natural,
porque como sabemos , esta clase de obligaciones no dan dere-
cho para exigir su cumplimiento. Sólomente las obligaciones

Civiles dan ese derecho. Si el fiador afianza una obligación natural, el acreedor no podrá exigir la efectividad de su crédito al deudor principal, sino al fiador.

Cuarta .- Que la fianza no haya sido ordenada por el Juez. Una de las características especiales de la fianza judicial, es la de no dar lugar al beneficio de excusión; y esto también tiene su razón, ya que siendo la fianza judicial una caución que exige el Juez, debe tener facilidad para su efectividad, por tanto debe estar libre de todo trámite dilatorio. Esta característica es precisamente la que diferencia a la fianza judicial de las otras dos especies de fianza, o sea, la convencional y la legal; pues, en estas dos últimas, son necesarios los trámites dilatorios.

Quinta .- Que se oponga el beneficio luego que el acreedor exige a ninguno sino la cuota que le corresponde al deudor, al tiempo del requerimiento, no tenga bienes y después los adquiere. El beneficio de excusión debe ser interpuesto por el fiador mismo en forma de excepción dilatoria ante el requerimiento del acreedor.

Sexta .- Que se señalen al acreedor los bienes del deudor principal. Entonces, no es suficiente con que el fiador interponga el beneficio de excusión, sino que es necesario además, que el fiador le señale al

Acreeedor los bienes pertenecientes al deudor principal al tiempo del requerimiento hecho por el acreedor al fiador. Es de advertir, que si el deudor principal, no tiene bienes, entonces no hay lugar al beneficio referido.

Y para cerrar lo relacionado con este beneficio de excusión, debemos decir que este beneficio no existe en favor del fiador que ha constituido la fianza contra la voluntad del deudor, porque se presume que el fiador ha aceptado todos los riesgos y obligaciones que por tal acto se acarreen.

3) Beneficio de División .- Este beneficio, se encuentra consagra

do en el artículo 2392 del Código Civil, de la manera siguiente : " Si hubiere dos o más fiadores de una misma deuda que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos, por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir a ninguno sino la cuota que le quepa.

La insolvencia de un fiador gravará a los otros; pero no se mirará como insolvente aquel cuyo subfiador no lo está.

El fiador que inequívocamente haya limitado su responsabilidad a una suma o cuota determinada, no será responsable sino hasta concurrencia de dicha suma o cuota " . Lo anterior, significa que cuando una deuda -

Ha sido afianzada por varios fiadores simples, o sea, cuando ninguno de ellos se ha obligado solidariamente, cada fiador tiene derecho a pagar una cuota y no el total. Por ejemplo: si la deuda afianzada vale \$ 500, y son cinco los fiadores simples, cada fiador deberá pagar \$ 100.

Como podemos darnos cuenta, en la comprensión de la disposición citada, debe partirse siempre del concepto de solidaridad, pues la norma para fijar la responsabilidad de los varios fiadores es garantes de una sola obligación, la deduce estimando que no se pactó esa solidaridad, que en ningún caso puede presumirse, sino que tiene que aparecer expresamente convenida.

B. Excepciones del Fiador.

1.) Excepción de Cesión de Acciones o

Excepción de Subrogación. - Es de sentido común, de que

cuando un fiador paga a un acreedor la deuda de otro, lo hace siempre con la esperanza de poder obtener del deudor principal lo pagado.

Para hacer de esta circunstancia una realidad, de carácter efectivo, la ley ha consagrado en favor de la persona que paga, al fiador, la subrogación en los derechos que el deudor tiene frente al acreedor.

sona del fiador un derecho especial consistente en poder subrogarse en las acciones y derechos que el acreedor tenía en contra del deudor principal..

Pero qué sucede si el acreedor hace imposible que el fiador se subrogue en dichas acciones y derechos ? El fiador en tal evento, podrá alegar esa circunstancia como excepción para el pago.

Por ejemplo : Andrés es el acreedor; Juan, el deudor de cinco mil pesos, y Pedro el fiador. Si Andrés cobra a Pedro la suma expresada, éste podrá solicitar a aquél le entregue la letra de cambio en que consta la obligación de pagar esa suma de dinero, con una nota de que paga como fiador; pero si Andrés ha destruido la letra y por tanto no puede presentarla y entregarla a Pedro, éste o sea el fiador podrá abstenerse de pagar los cinco mil pesos a Andrés, argumentando precisamente la no adquisición de la calidad que el acreedor Andrés tenía frente al deudor Juan; en otras palabras, Andrés ha puesto a Pedro en imposibilidad de convertirse en acreedor de Juan. De otra manera, Andrés ha colocado a Pedro en imposibilidad de subrogarse en las acciones y derechos que aquél tenía contra Juan; por tanto, esta circunstancia será alegada por el fiador como excepción.

Siguiendo el mismo criterio expuesto, puede decirse también que, si el fiador afianza la obligación que el

deudor había garantizado con una prenda o hipoteca, y es requerido por el acreedor, podrá el fiador exonerarse de pagar si el acreedor había cancelado la hipoteca o la prenda, por estar en imposibilidad de transmitir al fiador exactamente la misma calidad que tenía antes, esto es, acreedor privilegiado.

Con todo esto queremos significar que el derecho de subrogación que tiene el fiador recae no solamente sobre la acción en sí que tiene el acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación de parte del deudor, sino también sobre aquellos privilegios o seguridades que hacían más fácil y efectivo el cobro, tal es el caso de las hipotecas, prendas, derecho de retención, otras fianzas etc. La pérdida de seguridades reales o personales, acarrea para el fiador la imposibilidad de subrogarse; pues esto, es lo que ordinariamente ocurre en la vida práctica.

En síntesis, la abstención para pagar constituye una importante excepción para los fiadores, y es la que se denomina como excepción de subrogación o excepción de cesión de acciones. Al respecto, el artículo 2381 del código dispone: "Cuando el acreedor ha puesto al fiador en el caso de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal, o contra los otros fiadores, el fiador tendrá derecho para que se le rebaje de la demanda del acreedor todo

lo que dicho fiador hubiera podido obtener del deudor principal o de los otros fiadores por medio de la subrogación legal".

La Doctrina ha establecido tres condiciones para que la pérdida de una seguridad imputable al acreedor, dé derecho o fundamento al fiador para alegar la excepción de subrogación. Estas condiciones son:

Primera .- Debe tratarse de aquellas seguridades con que contó el fiador al obli-

garse, no de las que el acreedor haya adquirido posteriormente; ejemplo: el fiador se obligó en base a la existencia de dos deudores solidarios, pero posteriormente el acreedor exime de responsabilidad a uno de dichos deudores solidarios; en tal situación, el fiador podrá alegar la excepción que estamos estudiando. Vemos claramente en este ejemplo, que el fiador al momento de celebrar su contrato de fianza, contaba con dos seguridades, o sea, los dos deudores solidarios; pero luego por un acto imputable al acreedor, se pierde una de esas seguridades. No ocurre lo mismo, en el evento, de que al momento de obligarse el fiador, existía un solo deudor y posteriormente el pago de la obligación es garantizado por otra persona; en este caso, nada podrá alegar el fiador, si el acreedor exime de responsabilidad a esa segunda persona que entró a garantizar el pago de la obligación principal. No obstante, esta condición debe interpretarse razonablemente, toda

vez que el fiador ha podido contar, en el momento de obligarse, con seguridades futuras, que se constituyeron, pero que el acreedor canceló o dejó perecer.

Segunda .- La pérdida de las seguridades debe ser imputable al acreedor. En este sentido, no podrá el fiador alegar la excepción en estudio, si la pérdida de una seguridad por ejemplo, una cosa dada en prenda, obedece a fuerza mayor. En este caso, se extingue dicha seguridad, y en ella no podrá subrogarse el fiador.

Tercera.- Que la pérdida de las seguridades haya causado al fiador un perjuicio cierto; perjuicio que se manifiesta en la circunstancia de no poder cobrar ahora del deudor lo que antes podía obtener con mayores probabilidades. Pongamos el siguiente ejemplo: si el objeto que se dió en prenda importaba cuatro mil pesos, y el acreedor permite su cambio por otro de menos valor, pongamos que sea de tres mil pesos; en tal circunstancia, nada podrá alegar el fiador, si la obligación que tiene que pagar vale solamente dos mil pesos. Cosa distinta ocurriría en este ejemplo, si el cambio se hiciera con una cosa u objeto que valga únicamente mil pesos; pues, en este caso sí puede el fiador alegar la excepción referida.

Debemos a continuación hacer las siguientes advertencias : la.- La excepción de subrogación o de cesión de

acciones, debe ser alegada por el fiador en el momento de pagar, pues no opera de plano. Además es renunciable expresa y tácitamente; y 2a.- El fin de la excepción de cesión de acciones consiste en extinguir la obligación accesoria del fiador, total o parcialmente. Este último punto debe interpretarse en armonía con el ordinal segundo del artículo 2406 del código, que a menudo dispone en lo pertinente: "La fianza se extingue en todo o parte, por los mismos medios que las otras obligaciones, según las reglas generales, y además: 2.- En cuanto el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse".

2) Excepciones Reales

Y Personales

-- Primeramente debemos advertir que las excepciones Reales son las inherentes a la obligación principal, es decir, la obligación que nace de la relación jurídica entre el acreedor y el deudor principal.

Existen igualmente las excepciones personales que pueden ser inherentes o bien a la persona del deudor o a la persona del fiador.

Expresados estos conceptos, enunciaremos el siguiente principio: El fiador puede alegar las excepciones reales y las personales suyas, pero no puede alegar las perso-

nales del deudor.

Son excepciones reales :

.- La nulidad absoluta del contrato de donde nace la obligación principal; es decir, el contrato que celebran acreedor y deudor principal. Dicha nulidad puede estar motivada por causales tales como : Objeto ilícito, incapacidad absoluta, ausencia de formalidades etc.

.- La excepción de compensación cuando la obligación que debe el deudor es compensable con un crédito del deudor contra el acreedor.

.- Todas las excepciones inherentes a la deuda real, como las de dolo, violencia o cosa juzgada ; pero no que podría alegar el deudor, tales como la Exceptio non adimpleti contractus, la resolución del contrato de que nace la obligación principal, la redhibición del contrato por vicios redhibitorios u ocultos, o saneamiento por evicción .

.- La excepción de prescripción extintiva del crédito, la que puede ejercer el fiador a pesar de la renuncia expresa del deudor.

Como lo expusimos anteriormente, el fiador puede alegar las excepciones personales suyas. Estas excepciones, en general se traducen en cualquier causal de nulidad relativa del contrato de fianza como la incapacidad relativa, el error etc, y en el derecho que tenga el fiador de no ser pri-

vado de lo necesario para vivir .

El fiador no puede alegar las excepciones personales del deudor, las que hacen referencia a las causales de nulidad relativa del contrato principal, esto es, el contrato del cual nace la obligación principal del deudor; Dichas causales pueden ser por ejemplo la incapacidad relativa del deudor para obligarse y el derecho de no ser privado de lo necesario para subsistir.

Todo lo que hemos comentado, se encuentra resumido en el artículo 2380 del código, que textualmente dice: " El fiador puede oponer al acreedor cualesquiera excepciones reales, como las de dolo, violencia o cosa juzgada ; pero no las personales del deudor, como su incapacidad de obligarse, cesión de bienes, o el derecho que tenga de no ser privado de lo necesario para subsistir.

Son excepciones reales las inherentes a la obligación principal " .

A . Relaciones de la Flama

Entre Deudor y Fiador

Antes del pago .

Generalmente deposita toda su fortuna y bienes en que el deudor
no quedará así con su patrimonio; y esto tiene una

lógica razón, pues ese tercero que se va a constituir en su
frente, de antemano no quiere sufrir disminución de su patri-
monio. Pero como la vida cotidiana muestra infinidad de ca-
sos en que el fiador lo resultado ser el pagador, es por es-
to, que la ley ha consagrado ciertos recursos en favor de
los fiadores, a fin de obtener el cumplimiento de la obliga-
ción por parte del principal obligado, vale decir, del deu-
dor.

CAPITULO VII

EFFECTOS DE LA FIANZA ENTRE FIADOR Y DEUDOR

El estudio de este capítulo, lo hemos dividido
en dos partes a saber: Relaciones entre Deudor y Fiador antes
del pago; y relaciones entre deudor y fiador después del pago.
Dentro de esta segunda parte, trataremos lo referente a la ac-
ción de reembolso, acción subrogatoria y las acciones deriva-
das del Mandato. Veamos seguidamente cada uno de estos puntos.

A. Relaciones de la Fianza

Entre Deudor y Fiador

Antes del pago .- Cuando una persona se
obliga como fiador, ge-

neralmente deposita toda su fe y confianza en que el deudor
principal no quedará mal con su compromiso; y esto tiene una

lógica razón, pues ese tercero que se va a constituir en garante, de antemano no quiere sufrir disminución de su patrimonio. Pero como la vida cotidiana muestra infinidad de casos en que el fiador ha resultado ser el pagador, es por esto, que la ley ha consagrado ciertos recursos en favor de los fiadores, a fin de obtener el cumplimiento de la obligación por parte del principal obligado, vale decir, del deudor.

Entonces, antes del pago, el fiador puede valerse de todos aquellos recursos tendientes a obtener el cumplimiento por parte del deudor. En este sentido, la ley ha estatuido los recursos de requerimiento previo al acreedor para que proceda sobre los bienes del deudor, y el de excusión; los cuales ya analizámos detenidamente en su debida oportunidad.

Podrá asimismo el fiador alegar todas aquellas excepciones reales inherentes a la deuda, a fin de demostrar si en realidad existe la obligación principal y si es válida. Por último, si el fiador se ve obligado a tener que pagar una prestación de la que no se ha beneficiado, puede aspirar a subrogarse en los derechos y acciones del acreedor contra el deudor principal; lo cual reviste especial importancia sobre todo cuando el fiador había renunciado al beneficio de excusión, o no lo había renunciado pero no lo

ejerci6 y cuando adem6s el deudor tiene bienes suficientes . Si el deudor actualmente es insolvente, sigue teni6ndo importancia la subrogaci6n, toda vez, que dicho deudor en lo futuro puede contar con algun patrimonio,

Existen otros recursos, que la ley ha establecido en favor de los fiadores, a fin de que puedan exonerarse de pagar una deuda ajena, y son el relevo de la fianza, el caucionamiento de la fianza, y la consignaci6n de medios de pago . Estos recursos se encuentran contemplados en el art6culo 2394 del C6digo Civil, de la manera siguiente : " El fiador tendr6 derecho para que el deudor principal le obtenga el relevo, o le caucione las resultas de la fianza, o consigne medios de pago en los casos siguientes :

1 .- Cuando el deudor principal disipa o aventura temerariamente sus bienes . Aqu6, observamos una conducta culposa de parte del deudor respecto de sus bienes, la que determina aquel derecho del fiador .

2 .- Cuando el deudor principal se oblig6 a obtener el relevo de la fianza dentro de cierto plazo, y se ha vencido este plazo. En este caso, es necesaria la autorizaci6n del acreedor, la que pudo haber sido dada en el momento de celebrarse el contrato de fianza o posteriormente.

3 .- Cuando se ha vencido el plazo o cumplido la condici6n que hace inmediatamente exigible la obligaci6n

principal en todo o parte. En esta situación, el fiador puede solicitar el relevo de la fianza; o también puede ejercer el recurso de requerimiento al acreedor, a tenor del artículo 2382 del C. C.

4 .- Si hubieren transcurrido diez años desde el otorgamiento de la fianza; a menos que la obligación principal se haya contraído por un tiempo determinado más largo, o sea de aquellas que no están sujetas a extinguirse en tiempo determinado, como la de los tutores y curadores, la del usufructuario, la de la renta vitalicia, la de los empleados en la recaudación o administración de rentas públicas; pues todos estos aseguran la efectividad de sus obligaciones por un tiempo indeterminado.

No tendrá aplicación esta regla, cuando ha habido una estipulación contractual que fija la duración de la fianza por un tiempo mayor de diez años; pues en este caso, la ley es la estipulación contractual.

5 .- Si hay temor fundado de que el deudor principal se fugue, no dejándo bienes raíces suficientes para el pago de la deuda.

En este numeral, es donde más se hacen palpables los derechos que consagra la norma en favor de los fiadores para la defensa de sus intereses.

Los derechos que concede el artículo 2394 del

Código, no pueden ser ejercidos por el fiador que afianzó contra la voluntad del deudor, porque se presume que entonces el fiador voluntariamente quiso acarrear sobre sí todos los resultados de su acto.

B . Relaciones de la Fianza entre

Deudor y Fiador

Después del pago .-

Ahora nos encontramos en el caso de que el fiador ha pagado una deuda ajena, lo que le trae como consecuencia un perjuicio para su patrimonio, en razón de que se ha empobrecido indebidamente; pues simultáneamente, el deudor ha obtenido un enriquecimiento. Pero la ley no se queda corta en este aspecto; por razón de equidad y justicia, y a fin de evitar el empobrecimiento del fiador, otorga en favor de éste, importantes derechos que puede ejercer a su elección y según le convenga mejor a sus intereses; estos derechos son : La acción de reembolso, la acción de subrogación conforme al numeral tercero del artículo 1668, y la acción de mandato . Seguidamente analizaremos cada una de estas acciones .

1) La Acción de Reembolso. - El artículo 2395 del Código Civil, se encarga de decirnos en que consiste dicha

acción. En efecto, dispone: "El fiador tendrá acción contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos, aunque la fianza haya sido ignorada del deudor (\$ 12.000.00) .

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

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

La acción de reembolso comprende el capital pagado efectivamente por el fiador, más los intereses de ese capital desde el día en que pagó el fiador hasta la fecha en que se produce el reembolso por parte del deudor principal . El capital pagado por el fiador puede estar integrado por el importe líquido de la deuda, más los intereses producidos, y las costas judiciales que pueden comprender honorarios de Abogado, papel sellado, gastos que motiven algunas diligencias como secuestro de bienes, avalúo por peritos etc.

Para esclarecer lo anterior, pongamos el siguiente ejemplo : El fiador garantizó que el deudor pagaría diez mil pesos (\$ 10.000.00), con intereses del 12 % anual, y el fiador es ejecutado por el acreedor. Supongamos que el deudor no había pagado intereses durante un año, y que estos intere -

ses valen la suma de \$ 1.200.00 , y que las costas judiciales se liquidan en la suma de \$ 800.00 . En estas circunstancias, el capital que efectivamente tiene que pagar el fiador será de doce mil pesos (\$ 12.000.00) .

Si el deudor le reembolsa al fiador pasados dos años, y el interés corriente en ese entonces es del 8% anual, la suma que debe pagarle será de \$ 13. 920.00 . Esta es una liquidación que se síñe a la ley, toda vez que, en la acción de reembolso el deudor paga al fiador el interés corriente y no el interés pactado entre deudor y acreedor; así lo exige el numeral cuarto del artículo 2184 del Código; y además, en la acción de reembolso el deudor tiene que pagar intereses de intereses, ya que los intereses corrientes se calcularon en nuestro ejemplo sobre los doce mil pesos, y no sobre diez mil pesos; pero sucede que los doce mil pesos que pagó el fiador fueron para él, un capital; en cambio, para el acreedor eran capital junto con intereses ; en el ejemplo expuesto el deudor reembolsa al fiador; otra cosa sucedería si hubiera pagado directamente al acreedor.

Según el párrafo segundo del artículo 2395, el fiador también tendrá derecho a indemnización de perjuicios; Pero esto solo tendrá lugar cuando el fiador no pagó y entonces hubo que rematarle algunos bienes. En este evento, es necesario calcular, no solo el valor en sí de dichos bienes, -

sino también los perjuicios que se le ocasionaron al fiador al ser privado de tales bienes. En el ejemplo que pusimos anteriormente, la indemnización de perjuicios está representada en la suma de dos mil pesos, y no podrá ser mayor, en razón de tratarse del pago de una suma de dinero, según dispone el artículo 1617 del Código Civil.

Característica de la acción

De Reembolso .- Esta acción de reembolso tiene una característica importante, que es de su esencia, y consiste en ser una acción que nace directamente en cabeza del fiador; a contrario de lo que sucede por ejemplo con la acción de subrogación la que llega al fiador por transmisión.

El fundamento jurídico de la acción de reembolso se encuentra en aquel principio, que prohíbe a una persona enriquecerse indebidamente a expensas de otra; principio éste que por otro lado obedece o tiene su base en el de equidad.

Condiciones para la existencia

De la Acción de Reembolso .- Para la existencia de la acción de

Reembolso se requieren las siguientes condiciones :

Primera.-- Que el pago del fiador al acreedor haya sido válido y eficaz, esto es, que extinga la obligación principal, vale decir, la obligación existente entre el deudor y el acreedor. En este orden de ideas, el fiador que paga una deuda que ya se encontraba cancelada, ha hecho pago de lo no debido, como cuando el deudor ya había pagado, o cuando pagó a quien carecía de derecho para recibir.

Segunda.-- Que el pago haya empobrecido al fiador. Puede presentarse el caso de que el acreedor perdona una parte de la deuda al fiador; en tal circunstancia, el fiador podrá pedir se le reembolse únicamente la parte que no le fué perdonada, o sea, lo que realmente pagó, lo que viene a constituir la parte en que verdaderamente se empobreció; No podrá en este evento el fiador pedir se le reembolse el total de la deuda.

Tercera.-- que se haya pagado una obligación Civil del deudor y no una meramente Natural.

La Acción de Reembolso la tiene el fiador o sus herederos contra el deudor o sus herederos.

Si el fiador afianzó a varios deudores solidarios, la acción de Reembolso podrá ejercerla contra todos estos deudores, o también contra cualquiera de ellos, por el

total de la deuda; si sólo afianzó a uno de los deudores solidarios, sólo contra él podrá ejercer la acción, y no tendrá contra los otros sino las acciones que le correspondan como subrogado en las del deudor a quien ha afianzado. Tal es el sentido del artículo 2397 del C. C.

Hacemos aquí un pequeño paréntesis, y es para advertir que a la primera y tercera condiciones de la acción de reembolso, se refiere el artículo 2400 del Código, en los numerales tercero y primero respectivamente.

No debemos confundir la acción de reembolso propiamente dicha con la acción por pago de lo no debido. En nuestra opinión, creemos que tal diferencia estriba en lo siguiente: la acción de reembolso en la fianza, la tiene el fiador en contra del deudor principal; en cambio, la acción por pago de lo no debido se la debe ejercer contra la persona a quien se pagó indebidamente. Como su nombre lo indica, la acción por pago de lo no debido se la ejerce precisamente por que se pagó algo que no se debe; en cambio, la otra acción la ejerce el fiador contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado por él. Aquí nos preguntamos: por qué pagó el fiador? y contestamos diciéndolo, porque previamente existía el compromiso del fiador a pagar la deuda ajena, si el deudor principal no la cumplía. Observamos entonces, que el fiador contrae una obligación que será subsidiaria respecto a

la obligación principal del deudor .

Para comprender mejor las diferencias existentes entre la acción de reembolso y la acción por pago de lo no debido, analicémos la siguiente cuestión : Qué sucede si el fiador paga sin dar aviso al deudor ? Antes de contestar esta pregunta, debemos suponer estas dos situaciones : o la deuda pudo haber sido cancelada antes por el deudor, o el deudor, por no saber el pago, la canceló de nuevo. En la primera situación, al fiador le queda únicamente la acción por pago de lo no debido, y debe ejercerla contra el acreedor. En la segunda situación, es el deudor quien tiene contra el acreedor la acción por pago de lo no debido, sin embargo la ley permite en este caso, que el fiador se subrogue en dicha acción; este es el sentido del segundo inciso del artículo 2402 del código Civil .

Y ya para terminar este punto, hagamos relación al significado del numeral segundo del artículo 2400 del Código. En efecto, el caso es el siguiente : cuando el fiador se obligó contra la voluntad del deudor, goza del beneficio de reembolso si el pago ha extinguido la deuda; si no la ha extinguido, debe dirigir su acción contra la persona a quien pagó indebidamente.

2) La Acción Subrogatoria .- Esta acción, la

vamos a estudiar a tenor del numeral tercero del artículo 1668 del C. C. En efecto, la citada disposición establece :
" Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio : 3.- Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente " .

Por otro lado sabemos que, los fiadores se obligan subsidiariamente al pago de una obligación ajena, en caso de que el principalmente obligado falle en su compromiso.

De la misma manera, como hicimos en apartes anteriores la diferenciación entre la acción de reembolso y la acción por pago de lo no debido, harémos a continuación un análisis comparativo de la acción subrogatoria frente a la acción de reembolso. Mientras la acción de reembolso nace directamente en cabeza del fiador dada su condición de empobrecido, contra el deudor que se ha enriquecido; la de subrogación no es acción propia del fiador, sino exactamente la misma acción que tenía el acreedor contra el deudor, la que se trasmite al fiador con todos sus vicios y calidades en virtud de la subrogación.

En miras a explicar mejor lo anotado, apliquemos la acción subrogatoria al ejemplo que dimos para la acción de reembolso; Es el caso del fiador que tuvo que pagar la suma

de \$ 12.000.00 . Qué ocurre, si el fiador se subroga en las acciones que tiene el acreedor contra el deudor ? En este caso, el fiador podrá cobrar al deudor lo siguiente : 1.- El capital pagado como capital, o sea \$ 10.000.00 ; 2.- Por concepto de intereses y costas judiciales \$ 2.000.00 ; 3.- Intereses al 12% anual durante el tiempo comprendido entre el día que pagó al acreedor y el día que obtenga el pago del deudor, o sea dos años; estos intereses únicamente se pueden cobrar sobre la suma de \$ 10.000.00, pues está ocupando el mismo lugar jurídico que antes ocupaba el acreedor. Liquidando esto, da la suma de \$ 2.400.00 . Si sumamos estas cantidades, obtenemos como resultado la suma de \$ 14.400.00 , que es lo que puede cobrar el fiador al deudor. Vémos claramente en el ejemplo propuesto, que es mejor para el fiador ejercer la acción subrogatoria que la acción de reembolso. No obstante, existen casos en que da lo mismo ejercer una acción o la otra, pero en otros casos la diferencia es patente . Así, el fiador preferirá ejercer la acción de reembolso cuando la deuda que se pagó no producía intereses, pues como sabemos, el deudor al reembolsar al fiador, deberá pagarle además el interés corriente.

Por otro lado, si la deuda afianzada y pagada estaba asegurada con hipotecas, prendas u otros privilegios, preferirá el fiador ejercer la acción subrogatoria, toda vez,

que pasarán a él dichas hipotecas, prendas o privilegios que le brindarán mayor seguridad de ser indemnizado. fianzas, den das solidarias, etc. Simultáneamente a lo dicho, será prefi

rda esta acción 3) La Acción de Mandato .- En esta oportunidad, bienes suficientes, o si los poses es difícil, nos encontramos -

frente al caso que contempla el artículo 2396 del C. C. En efecto, la citada disposición reza lo siguiente : " Cuando la fianza se ha otorgado por encargo de un tercero, el fia - dor que ha pagado tendrá acción contra el mandante; sin per - juicio de la que le competa contra el principal deudor " .

Observamos claramente que el mandatario fiador se encuentra en una situación privilegiada, en razón de que puede ejercer, según su conveniencia, las siguientes acciones:

1.- La nacida del Mandato contra el mandante.

Esta acción comprende el capital efectivamente pagado, los intereses corrientes de dicho capital y los perjuicios,. Este punto debe interpretarse de conformidad con lo consagrado por el artículo 2184 del mismo código, que habla sobre las obli gaciones del mandante.

Cuando el mandante es persona solvente, debe darse preferencia a esta acción .

2.- La de reembolso contra el deudor, en los términos del artículo 2395 del C. C. Y

3.- La de subrogación, que podrá ejercer con

preferencia en aquellos casos en que la deuda afianzada y pagada estuviere asegurada con prendas, hipotecas, fianzas, deudas solidarias, etc. Simultáneamente a lo dicho, será preferida esta acción en el evento de que el deudor no tuviese bienes suficientes, o si los posee es difícil de perseguirlos.

CAPÍTULO VIII

EFFECTOS DE LA FIANZA

ENTRE COFIADORES

Cuando estudiásemos lo referente a los beneficios del fiador, hicimos un especial análisis sobre aquel recurso importante llamado de División, en virtud del cual, cuando hubiere dos o más fiadores de una misma deuda que no seayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos, por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir a ninguno sino la cuota que le quepa.

Entonces, cuando varios fiadores afianzaban una misma deuda, cada cofiador tiene derecho a ejercer el recurso de División, a fin de no pagar sino una cuota parte, toda vez que, como dijimos anteriormente, la deuda se considera dividida por partes iguales entre los fiadores. Si un fiador no ejerce dicho recurso y paga más de la que proporcionalmente le

corresponda, es subrogada por el exceso en los derechos del acreedor contra los fiadores; esto es más el sentido del artículo 2403 del código.

Otra disposición importante es el asunto que tratamos, es el artículo 2404 del C. C., que al respecto dice: "Los Cofiadores no podrán oponer al que ha pagado, las excepciones puramente personales del fiador principal."

CAPITULO VIII

Tampoco podrán oponerse al cofiador que ha pagado, las excepciones puramente personales que correspondían a este contra el acreedor, y de que no quiso valerlas."

EFFECTOS DE LA FIANZA

ENTRE COFIADORES

Cuando estudiábamos lo referente a los beneficios del fiador, hicimos un especial análisis sobre aquel recurso importante llamado de División, en virtud del cual, cuando hubiere dos o más fiadores de una misma deuda que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellas, por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir a ninguno sino la cuota que le quepa.

Entonces, cuando varios fiadores afianzaban una misma deuda, cada cofiador tiene derecho a ejercer el recurso de División, a fin de no pagar sino una cuota parte, toda vez que, como dijimos anteriormente, la deuda se considera dividida por partes iguales entre los fiadores. Si un fiador no ejerce dicho recurso y paga más de lo que proporcionalmente le

CAPITULO IX

LA FIANZA Y LA SOLIDARIDAD

El presente capítulo lo hemos dividido para su mejor tratamiento, en dos partes, a saber : diferencias entre Fianza y Solidaridad, y alcance de la Fianza solidaria .

Antes de entrar en el estudio de la primera parte, queremos advertir que, existe cierta afinidad entre las dos figuras jurídicas en estudio, laque podemos demostrar en el hecho de que tanto la obligación solidaria como la subsidiaria de un fiador son garantías personales; y así el deudor solidario como el fiador se comprometen a pagar, dando en prenda todos sus bienes presente y futuros. No obstante lo anotado, entre ambas instituciones existen diferencias muy importantes como veremos seguidamente.

A . Diferencias .-

Primera .- El codeudor solidario no puede oponer al acreedor el beneficio de excusión para que se ejecute la obligación sobre los bienes del deudor beneficiado de la deuda; en cambio, el fiador puede proponer y hacer uso de dicho beneficio .

Segunda .- En el caso de que hayan varios deudores solidarios, ninguno de ellos, cuando es ejecutado por el total de la deuda, puede oponer al acreedor el beneficio de División; en cambio, si en la fianza existen varios cofiadores, cada uno puede proponer el beneficio referido.

B . Alcance de la Fianza Solidaria .-

Dijimos anteriormente que entre la Fianza y la Solidaridad existían importantes diferencias, las que analizamos tomando como puntos de referencia los beneficios de excusión y de División . Sin embargo, en la vida corriente, se acostumbra estipular en los contratos, cláusulas como esta : " Fulano de Tal se obliga como fiador solidario " . Preguntamos entonces, qué alcance tiene esta estipulación, y qué explicaciones se dan sobre el particular ? La Doctrina y la Jurisprudencia , han señalado una diferencia importante entre el fiador solidario y el codeudor solidario. Así pues, frente a las relaciones con el acreedor el fiador solidario es mira

do como un codeudor solidario; ni el codeudor solidario ni el fiador solidario gozan del beneficio de excusión. Pero - frente a las relaciones con el deudor, el fiador solidario es mirado como un simple fiador.

La Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a la calidad de los fiadores solidarios, ha dicho : " Para ante el acreedor, ese fiador no puede invocar esa calidad, siéndo así que ante él se obliga, ata y presenta como deudor. Para ante el verdadero deudor o deudores, por el contrario, no sólo es dado invocar su efectiva calidad, sino que ésta es la única admisible " .

De lo expuesto se deduce que, realizado el pago por el fiador solidario, gozará éste de todos los beneficios que la ley otorga a los fiadores simples, como son : Acción de reembolso del artículo 2395 del C. C. , Acción subrogatoria en los términos del numeral tercero del artículo 1668 del C. C. , y la acción nacida del mandato .

Según el ordinal 3-1 del artículo 2406 del Código, la fianza se extingue en todo o parte, por la extinción de la obligación principal en todo o parte. Esto se entiende con aplicación de aquel principio que establece que, la obligación accesorio sigue la suerte de la principal. Si la obligación principal se extingue por cualquiera de los me-

algunos naturales como el acuerdo de voluntades, prescripción, nulidad, conmutación, pago, transacción, etc., consecuencia de la cual se extingue la obligación accesoria de fianza, pudiendo ser esta extinción total o parcial según lo sea la de la obligación principal.

La Fianza se extingue en todas aquellas causas en que se extingue la obligación principal; pero también puede extinguirse sin necesidad de que se extinga la obligación principal.

EXTINCION DE LA FIANZA

Este contrato de fianza aunque tiene su origen en el artículo 2406 del Código Civil, la parte legal que se encarga de reglamentar esta materia. En efecto, podemos decir que la Fianza se extingue por medios directos o indirectos. Para los primeros señalamos las siguientes disposiciones: ordinal tercero del artículo 2406 y artículo 2407 del C. C. Y para los segundos, los ordinales primero y segundo del artículo 2406 y artículo 2408 del C. C.

Según el ordinal 3-º del artículo 2406 del Código, la fianza se extingue en todo o parte, por la extinción de la obligación principal en todo o parte. Esto no es más que una aplicación de aquel principio que establece que, la obligación accesoria sigue la suerte de la principal. Si la obligación principal se extingue por cualquiera de los me-

dios naturales como el acuerdo de voluntades, prescripción, nulidad, donación, pago, transacción, etc., consecuentemente se extingue la obligación accesoria de fianza, pudiendo ser esta extinción total o parcial según lo sea la de la obligación principal.

La Fianza se extingue en todos aquellos casos en que se extingue la deuda principal; pero también puede extinguirse sin necesidad de que se extinga la obligación principal.

Este contrato de fianza aunque tiene un carácter esencialmente accesorio, es una obligación civil para cuya extinción puede considerarse aisladamente, independientemente de la obligación principal a que accede. En este orden de ideas, la fianza puede extinguirse por los medios generales, dejando por otro lado subsistente la obligación principal. Así por ejemplo, la fianza puede extinguirse por nulidad, cuando el contrato de fianza se encuentra viciado por una causal de nulidad decretada, la cual no afectará la existencia de la obligación principal, o cuando siendo la obligación principal pura y simple la fianza se halla sometida a una condición resolutoria que cumplida, extinguirá la obligación accesoria, más no la principal.

El artículo 2407 del Código Civil, también hace referencia a la extinción por medios directos. Esta norma

Legal hace referencia a la Dación en pago, de la cual hablaremos con detenimiento más adelante.

Como medios indirectos de extinción de la fianza tenemos los ordinales primero y segundo del artículo 2406 del C. C. Esta disposición, en dichos ordinales establece : " La Fianza se extingue en todo o parte, por los mismos medios que las otras obligaciones , según las reglas generales, y además :

1 .- Por el relevo de la fianza, en todo o parte, concedido por el acreedor al fiador ;

2 .- En cuanto el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse " .

El acreedor con Fianza tiene dos maneras de hacer efectivo su crédito : dirigiendo su acción contra el deudor principal, determinándose automáticamente la extinción del segundo derecho; o también, dirigiendo su acción contra el obligado accesoriamente. Si el acreedor desiste de la segunda acción en forma total o parcial, consiguientemente se determinará la pérdida total o parcial de la acción contra el fiador, quedando por otro lado intacta su acción contra el deudor principal.

Esa situación contempla el fenómeno directo de

relación entre el acreedor y el fiador, que es distinto de la relación entre fiador y deudor. Pues, si el acreedor condona al fiador, éste no tendrá acción contra el deudor principal en conformidad con lo dispuesto por el artículo 2399 del C.C.

Como la Fianza siempre es una obligación de garantía a otra obligación ajena, la obligación del fiador está condicionada al no pago por parte del deudor principal. De tal manera, que se establece una especie de escalonamiento en la exigibilidad de las obligaciones, que tiende a proteger la persona del fiador, a cubierto de la temeridad o culpa del acreedor. De aquí lo dispuesto por el artículo 2381 del Código. Teniendo el fiador derecho a subrogarse al acreedor, si por hecho o culpa de éste se imposibilita esa subrogación, la ley sanciona ese hecho o culpa liberando al fiador.

Otro modo indirecto de extinción de la Fianza es el consagrado en el artículo 2408 del C. C. Al respecto, la disposición dice: "Se extingue la fianza por la confusión de las calidades de acreedor y fiador, o de deudor y fiador; pero en este segundo caso la obligación del subfiador subsistirá". A este respecto pueden sucederse tres situaciones:

1.- Si llegan a confundirse acreedor y deudor, se extingue la obligación principal y consecuentemente la

Accesorio; sobrevenga extinción del objeto".

2.- Si se confunden acreedor y fiador, se extingue la Fianza, subsistiendo la obligación principal; y

3.- Si se confunden deudor y fiador, se presuntan dos casos: Si hay un solo fiador, la Fianza se extingue; pero si hay Subfiador, la Fianza subsiste porque entonces entraría el subfiador a ocupar el lugar del fiador principal.

En síntesis, en el artículo 2408 se aplica el principio consagrado por el artículo 1725 del C. C. Esta última disposición reza lo siguiente: "La confusión que extingue la obligación principal extingue la fianza; pero la confusión que extingue la fianza, no extingue la obligación principal".

Veamos a continuación los siguientes casos concretos sobre extinción de la fianza, ellos son: Dación en pago, la novación, la ampliación del plazo, y la expiración de la obligación principal por destrucción de la prestación.

A. Dación en pago.

La norma aplicable, es el artículo 2407 del C. C., que textualmente dispone: "Si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal, en descargo de la deuda, un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza."

aunque después sobrevenga evicción del objeto " . Sentencia de

Al parecer es lógico que, sobreviviendo la obligación antigua cuya extinción produjo la de la Fianza, debe sobrevivir la del fiador. Pero esto no ocurre así; pues, para que se constituya la fianza es necesaria la declaración expresa de voluntad del fiador, la que no se da en el caso que estamos tratando .

La regla del artículo 2407 debe aplicarse a las demás hipótesis en que la obligación antigua vuelve a nacer, como cuando se resuelve el contrato en virtud del cual se extinguió la deuda afianzada .

Según el Doctor Salamanca, y para usar sus mismas palabras, si el acreedor " acepta la alteración de lo que se debe se realiza una Dación en Pago, lo cual determina un nuevo contrato que en consecuencia liberta al obligado accesoriamente en concordancia con el artículo 1704 que dice : La novación liberta a los codeudores solidarios o subsidiarios que no han accedido a ella " .

B . La Novación .-

La Novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 14 de Septiembre de 1.927 ha dicho: "La Novación es un acto jurídico de doble efecto: ella extingue una obligación preexistente, y la reemplaza por una obligación nueva que ha de nacer. No hay Novación si no hay sustitución de una obligación a otra anterior, como ocurre cuando se cambia un documento por otro, por haberse variado el objeto o causa de la obligación".

Y ya en nuestro asunto de la Fianza, podemos decir que, si la obligación afianzada se extingue por Novación, se extingue la fianza (Artículos 1.700, 1.701 y 1.704 del C. C.). Para que la fianza sobreviva a la nueva obligación se requiere que el fiador haya accedido en forma expresa, es decir, que constituya nueva fianza.

Unicamente la Novación produce la extinción de la fianza, y los demás cambios que se hagan a la obligación primitiva y que no alcancen a constituir Novación, excepción hecha de la ampliación del plazo, no extingue la fianza, salvo las limitaciones siguientes:

- 1.- Todo cambio en la obligación primitiva que la haga más gravosa, deja intacta la fianza; y todo cambio en la obligación primitiva que la haga menos gravosa, reduce en la misma medida la obligación del fiador; esto último, en razón de que la obligación accesoria no puede ser más gra-

vosa que la obligación principal (Art. 1.705 C. C.). Así, por ejemplo, si la obligación principal producía intereses del 8%, y mediante nuevo pacto se ascienden al 12%, el fiador seguirá respondiendo por intereses al 8%. Y al contrario, si la obligación principal producía intereses del 12%, y mediante nuevo pacto se rebajan al 8%, el fiador se beneficia de dicha rebaja, y por tanto responderá por intereses del 8%.

Por destrucción de la Prentación .-

2 .- Si el cambio consiste en imponer una pena por el incumplimiento de la obligación principal, subsiste la fianza sin la pena; pero si la pena tiene por objeto reemplazar la obligación principal, se entenderá que hay novación, y por lo tanto se extingue la fianza. (Art. 1.706 del C. C.).

3 .- El simple cambio del lugar para el pago dejará subsistentes las fianzas, pero sin el nuevo gravamen, (Art. 1.707 del C. C.).

2 .- Cuando perece la prentación por hecho o

C . La ampliación del plazo

Extingue la Fianza .-

La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye Novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores, salvo que hayan accedido en forma expresa a la ampliación. La norma aplicable es el artículo 1.708

del Código Civil.

De igual forma, la reducción del plazo no constituye Novación; pero no podrá reconvenirse a los fiadores sino cuando expire el plazo verdaderamente convenido. La disposición aplicable es el artículo 1.709 del C. C.

D. Expiración de la Obligación Principal

Por destrucción de la Prestación .-

Al respecto, se nos presentan dos situaciones, a saber :

1 .- Si la prestación debida por el deudor perece por fuerza mayor, desaparece la obligación principal, conforme a los principios generales, y en consecuencia desaparece la obligación del fiador .

2 .- Cuando perece la prestación por hecho o culpa del deudor, y por tal motivo es obligado al precio de la prestación y a la indemnización de perjuicios, el acreedor no podrá dirigirse contra el fiador, sino por el precio de la cosa, esto es, por la misma suma de dinero que fué objeto de afianzamiento . Esta solución, está dada en razón de que el fiador jamás responde de las culpas ajenas .

Existen algunos casos en que es necesario de -

terminar el alcance exacto de la obligación del fiador, por ejemplo, en los contratos de arrendamiento los fiadores generalmente garantizan el pago de los cánones de arrendamiento, y ordinariamente su obligación no va más allá. Si esto es así, resulta que si la cosa arrendada perece por culpa del arrendatario, el dueño no podrá exigir su valor del fiador, pues su obligación, según los usos sociales, no tuvo tal alcance; y especialmente, porque la fianza se constituye en garantía del pago de sumas de dinero y no de obligaciones diferentes.

Traducción y adaptación al Derecho Español, por José Ferrnandis Villosa, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1.959.

HUGO H. HERNÁNDEZ, Jorge "Manual de Derecho Civil Contractual" Bibliográfica Guaya, Buenos Aires, Argentina, 1.961.

ANTONIO TORRES, Jorge "Derecho Civil" décima edición actualizada, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1.975.

SALAMANCA, María "Derecho Civil" Curso IV Contratos, Editorial de la Universidad Internacional de Colombia, Bogotá, 1.977.

Derecho Civil - Tomo IV Contratos, 1971

BIBLIOGRAFIA

- DIAZ VILLOTA, Peregrino " Conferencias de Derecho Civil Contratos " .
Editorial Temis, Bogotá, Colombia
- FAJARDO ARTURO, Luis Alfredo " Conferencias de Derecho Civil Obligaciones " .
- GORLA, Gino " El Contrato " Traducción y notas de comparación y adaptación al Derecho Español, por José Ferrandis Vilella, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1.959 .
- MOSSET ITURRASPE, Jorge " Manual de Derecho Civil Contratos " Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1.961 .
- ORTEGA TORRES, Jorge " Código Civil " décima edición actualizada, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1.975 .
- SALAMANCA, Hernán " Derecho Civil " Curso IV Contratos, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1.977 .
- VALENCIA ZEA, Arturo " Derecho Civil " Tomo IV Contratos, Edi

Editorial Temis, Bogotá - Colombia, 1.975 .

VALENCIA ZEA, Arturo " Derecho Civil " Tomo III De las Obligaciones, Editorial Temis, Bogotá, Colombia -
1.960 .

VELEZ, Fernando " Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano "
Tomo VI, Imprenta Paris - América , Paris .

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACIÓN
PROCESOS TÉCNICOS

AN 17481
T
D346.6 Santiusty Solarte, Alvaro
S236

Ej.1. Del contrato de fianza VENCE

NOMBRE *Carmen A. Zambrano*

No. del Carnet *547*

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

AN
T
D346.6
S236
Ej.1.

17481