

EL CARACTER PATRIMONIAL DE LA FIANZA

CARLOS JORGE PABON GRANADOS

ROCIO ESCOBAR CASTRO

Trabajo de Grado presentado como
requisito parcial para optar al
título de: Abogado.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1993

DR# 0147



NOTA DE ACEPTACION

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Marzo de 1993

TABLA DE CONTENIDO

	Pág
INTRODUCCION	1
1 REQUISITOS DEL CONTRATO DE FIANZA	3
1.1 LA CAPACIDAD	3
1.2 EL CONSENTIMIENTO	6
1.3 EL OBJETO	13
1.4 EL OBJETO DE LA OBLIGACION DEL FIADOR DEBE SER EL PAGO DE UNA SUMA DE DINERO	16
1.5 LA CAUSA	18
1.6 DEBE EXISTIR O NO LA OBLIGACION PRINCIPAL	20
2 EFECTOS QUE PRODUCE LA FIANZA	24
2.1 EFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR	24
2.2 LA SENTENCIA DICTADA CONTRA EL DEUDOR LE SIRVE AL ACREEDOR DE TITULO EJECUTIVO CONTRA EL FIA- DOR	26
2.3 EFECTOS DEL PAGO ANTICIPADO REALIZADO POR EL FIADOR	28
2.4 DERECHO QUE TIENE EL FIADOR PARA REQUERIR AL ACREEDOR	30
2.5 BENEFICIOS Y EXCEPCIONES QUE EL FIADOR PUEDE OPONER AL ACREEDOR	31
2.7 EL BENEFICIO DE DIVISION	39

2.8 EXCEPCION DE SUBROGACION	43
2.9 EXCEPCIONES REALES Y PERSONALES	47
2.10 EFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR	50
2.11 EFECTOS ANTES DEL PAGO	50
2.12 CASOS EN QUE LOS QUE EL FIADOR GOZA Y NO GOZA DEL DERECHO CONTENIDO EN EL ARTICULO 2394	52
2.13 EFECTOS PROODUCIDOS DESPUES DEL PAGO	53
2.14 LA ACCJON DE REEMBOLSO	53
2.15 LA ACCION SUBROGATORIA	56
2.16 EFECTOS PRODUCIDOS ENTRE LOS COFIADORES	58
3 CAUSAS Y MODOS DE EXTINCION DE LA FIANZA	60
3.1 MODOS DE EXTINCION DE LA FIANZA-ANALISIS	60
3.2 EL PAGO	61
3.3 LA DACION EN PAGO	61
3.4 LA NOVACION	62
3.5 LA TRANSACCION	62
3.6 LA REMISION	63
3.7 LA COMPENSACION	64
3.8 LA CONFUSION	64
3.9 LA PERDIDA DE LA COSA QUE SE DEBE	64
3.10 LA NULIDAD	65
3.11 LA CONDICION RESOLUTORIA	65
3.1 LA PRESCRIPCION	66
3.12 LA RESCILIACION O MUTUO CONSENTIMIENTO	66
3.14 LA PERDIDA DE LAS ACCIONES PARA LA SUBROGACION	67
3.15 LA PRORROGA DE LA OBLIGACION PRINCIPAL	67

CONCLUSIONES

68

BIBLIOGRAFIA

72

INTRODUCCION

En la práctica y costumbre común el acto de fiar es concebido como una manifestación de liberalidad y de generosidad, de una persona llamada fiador en favor de otra denominada deudor, emanada del grado de amistad y de confianza existente entre éste y aquél. Si bien es cierto que tal acto, en la mayoría de los casos, está identificado por el desprendimiento o desinterés... y el ánimo espontáneo de servir a otro, sin recibir contraprestación recíproca, también es cierto que la persona que presta su concurso para responder por el cumplimiento de una obligación ajena, lo hace confiado en la buena fe de quien en cuyo favor ejecuta este acto jurídico, desconociendo en principio los alcances y consecuencias también jurídicas de su obligación contraída, esto es cómo debe responder ante el acreedor, en el evento de que el deudor no cumpla con la obligación afianzada, dada la confusión existente entre las figuras de fiador simple, fiador solidario, deudor y codeudor solidario, figuras estas últimas que constituyen ventaja para el acreedor y desventaja para el fiador.

En nuestra sociedad ha hecho carrera el mal uso dado a la institución jurídica de la fianza, porque ella ha sido utilizada como medio idóneo para obtener un provecho gratuito e indebido a costa de quien actúa como garante del cumplimiento de una obligación ajena.

Este trabajo está orientado a dar a conocer la problemática actual de la fianza, analizando, de consiguiente, las implicaciones ulteriores para el fiador, en caso de verse compelido a responder por la obligación ajena, así como los derechos que pueden hacer valer el acreedor frente al fiador y éste a su vez respecto al deudor.

1 REQUISITOS DEL CONTRATO DE FIANZA

Todo contrato o negocio jurídico requiere para su validez de los elementos esenciales como: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos. Pero la fianza, por ser un contrato accesorio, del cual se deriva una obligación igualmente accesoria, requiere además de la existencia de una obligación principal.

1.1 LA CAPACIDAD

El principio general que gobierna a la capacidad como atributo de la personalidad, y como requisito esencial de todo contrato, es que toda persona que no esté declarada incapaz por la ley, puede contratar, luego la capacidad es la regla y la incapacidad constituye la excepción. Así se desprende del contenido del artículo 1503 del Código Civil, que dice: "Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces".

¹
ORTEGA TORRES, Jorge. Código civil. RJ. Temis, ed. 11, Bogotá, 1976 p.628.

La capacidad puede analizarse desde sus puntos de vista genérico y especial. Respecto al primero, la capacidad es definida por GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ como: "El poder que se reconoce a la mayoría de los titulares de derechos y obligaciones para realizar actos jurídicos, sin el ² ministerio o la autorización de otras personas". De acuerdo con este concepto la capacidad no solo es requisito para obligarse, sino que lo es, en general, para que cualquier persona pueda intervenir por sí misma en la celebración de actos jurídicos sin la representación o la autorización de otra persona.

En cuanto a la capacidad especial, ésta se requiere ya no para cualquier acto jurídico sino para determinados, como la fianza, pues el mandato del artículo 2376 del citado Código así lo exige cuando dispone: "El obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como ³ tal", de modo que en este caso el fiador ofrecido debe tener una capacidad cualificada, para poder obligarse como garante del deudor. Esta situación bien puede con-

2

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Teoría general de los actos o negocios jurídicos. Bit. Temis, ed. 3o. Bogotá, 1987. p.88.

3

ORTEGA TORRES, Jorge. Código civil. Bit. Temis, ed. 11, Bogotá, 1976, p.1049.

siderarse como una limitante que la ley le establece a las personas, para la realización de determinados actos jurídicos, lo cual no debe confundirse con la restricción de la posibilidad de intervenir en éstos, como ocurre cuando se es incapaz.

Como se vio, la incapacidad es la excepción de la regla general de que toda persona es hábil para ejercer sus derechos y para realizar cualquier acto jurídico. La incapacidad la señala el legislador en forma absoluta y en forma relativa. En el primer caso la establece cuando, mediante el artículo 1504 del Código Civil, dice que los actos de los incapaces absolutos no generan ni siquiera obligaciones naturales, así como tampoco admiten caución, norma esta extensiva y predicable para la fianza. Así mismo prohíbe en forma terminante al menor de edad celebrar determinados actos, como el de fiar, según se desprende del contenido del artículo 66 del decreto 2820 de 1974, modificadorio del artículo 2368 de dicha obra, así: "No pueden ser fiadores los incapaces de ejercer sus derechos" ⁴. Igualmente señala incapacidad para fiar en el caso previsto del artículo 493 de la misma obra, así:

4

ORTEGA TORRES, Jorge. Código civil. Edit. Temis, ed. 11, Bogotá, 1976, p. 1613.

"El pupilo es incapaz de ser obligado como fiador sin previo decreto judicial, que sólo autorizará esta fianza a favor de un cónyuge, de un ascendiente o descendiente legítimo o natural, y por causa urgente y grave"⁵.

Como se observa, en sana crítica, no existe congruencia entre estos dos preceptos, porque en el primero no permite que el menor pueda constituirse como fiador, mientras que en el segundo, al hablar de pupilo, deja abierta la posibilidad de que el menor sí pueda serlo, en el caso de que medie previamente decreto judicial, lo que constituye entonces una capacidad relativa, mas no absoluta. De todas maneras debe tenerse en cuenta cómo, por vía del citado artículo 493, el legislador en forma restringida permite y faculta al menor para ser fiador.

1.2 EL CONSENTIMIENTO

El que la fianza sea un contrato consensual, significa que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades, pero este acuerdo, conforme lo dispone el artículo 2373 del Código Civil, debe ser expreso, por cuanto la fianza

5

ORTEGA TORRES, Jorge. Op. cit. p.1048.

no se presume; así pues, no puede deducirse la existencia de la fianza de la voluntad tácita del fiador.

Ahora, la voluntad expresa de constituirse y obligarse como fiador, no implica que tal acto se desarrolle con formalidades solemnes, sino que se haga constar que la persona se obliga a garantizar el cumplimiento de la obligación ajena, o que en los términos expresos aparezca tal intención. En cuanto a la voluntad del acreedor ésta sí puede ser tácita, y por su parte la del deudor no es necesaria, porque el acuerdo de voluntades gira alrededor del acreedor y del fiador, mas no del deudor, como se desprende del artículo 2371 del Código Civil, el cual dice: "Se puede afianzar sin orden y aún sin noticia, y contra la voluntad del principal deudor"⁶.

Hablando ya del consentimiento como acuerdo de voluntades, Ospina Fernández lo define como: "El concurso de las voluntades individuales de quienes intervienen en la celebración de las convenciones"⁷; es decir, que es el

⁶

ORTEGA TORRES, Jorge. Op.cit. p.1048.

⁷

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Teoría general de los actos o negocios jurídicos. Ed. Temis, ed. 3o. Bogotá, 1987, p.148.

encuentro y unificación de las voluntades del acreedor y del fiador al celebrar el acuerdo de la fianza.

El consentimiento se manifiesta a través de dos elementos: uno endógeno o psicológico, que consiste en la operación interna de la voluntad, y otro exógeno, que lo constituyen las expresiones hechas en el mundo exterior, de donde se deduce que para que el consentimiento se dé debe materializarse esa operación, porque, de no ser así, ésta quedaría campeando en el ámbito interno como simple expectativa.

En cuanto a los requisitos del consentimiento, los hermanos MAUZEAUD dicen:

"Para que exista consentimiento se necesita: la existencia de voluntades individuales y el concierto de esas voluntades. Por eso el estudio del consentimiento implica a la vez, el análisis de la voluntad de cada uno de los contratantes, y el examen del concierto de las voluntades"⁸.

8

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit. p. 148.

De acuerdo con esta teoría tiene que haber, por una parte, previa intención de cada uno de los contratantes, que para el caso lo son el acreedor y el fiador y, por la otra, que éstos obren de común acuerdo para la celebración del contrato. Ahora, para que la voluntad de los contratantes produzca efecto, es necesario que ésta se manifieste, es decir, que se exteriorice para así demostrarse su existencia, o sea, como dicen estos tratadistas, deja de ser una operación interna del espíritu para penetrar en el plano social. En cuanto al segundo de los requisitos la voluntad tiene que darse en ambas partes, y complementarse la una con la otra para que se perfeccione el contrato de fianza, porque si no hay tal concierto no pueden crearse las obligaciones para el fiador.

Sobre este tema de los requisitos del consentimiento, Ospina Fernández, a su vez, conceptúa:

Para que el consentimiento exista es necesaria la manifestación de la voluntad de quien o quienes intervienen en la celebración del acto jurídico, y para que sea válido se exige que sea sano, que no adolezca de vicios, cuya presencia destruye la libertad y la conciencia que la ley presupone en el agente o agentes al reconocerles poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

9
OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit. 148.

Se observa entonces que este tratadista reduce a uno solo el requisito para la existencia del consentimiento, la materialización de la voluntad y menciona otro, pero ya para su validez, como el que sea sincero o libre, es decir, que no esté afectado por vicio alguno. Como se ve, la manifestación de la voluntad, es el punto en el que estos tratadistas tienen identidad, lo que no ocurre con la reciprocidad de la voluntad, aspecto este sobre el cual no entra en materia el segundo de los autores mencionados.

Hablando ya de los vicios del consentimiento, como se sabe, éstos son: el error, el dolo y la fuerza denominada por algunas legislaciones y tratadistas como violencia o amenaza.

El error, como lo expresa nuestro legislador y la jurisprudencia y doctrina nacionales y extranjeras, es de derecho y de hecho; el primero no vicia el consentimiento, mientras que el segundo sí cuando recae: sobre la clase de acto o contrato ejecutado o celebrado; sobre la sustancia o calidad intrínseca del objeto materia del acto o contrato, y sobre la persona bajo cuya consideración se contrató, de tal manera que constituya la causa principal del contrato, tal es el caso cuando la persona cree estar celebrando un contrato de seguro, cuando en

realidad lo es de fianza, o cuando cree estar afianzándolo a Pedro la obligación de Juan y termina es afianzándolo a aquél la obligación de otro.

En cuanto al dolo, para hablar de éste, es conveniente recoger lo que expresan algunos autores acerca de él, así: Para Alberto Tamayo Lombana son: "las maniobras fraudulentas, engaños, mentiras, reticencias de que una persona se sirve para engañar a otra con ocasión de un contrato". Por su parte, Ospina Fernández, dice:

"Consiste en cualquier maquinación, trampa, artificio o astucia encaminados a sorprender a la víctima y a provocar su adhesión bien sea sobre el acto en general, bien sea sobre ciertas condiciones de él".¹⁰

De estas concepciones se deduce que el dolo para que se considere como tal y vicie el consentimiento, debe provenir de una de las partes contratantes y a su vez debe ser determinante, de modo que induzca a la víctima a consentir en el contrato o acto. Así pues, quien fía

¹⁰

TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de obligaciones. Edit. Derecho y Ley Ltda. Bogotá, 1979, p. 171.

a otro incitado por una maniobra del acreedor, obra pero con su consentimiento viciado, de tal manera que sin la artimaña no hubiera fiado.

Sobre el vicio de la fuerza, éste ha recibido diversas denominaciones en las diferentes legislaciones, así: en Colombia y Chile se le llama fuerza; en Francia violencia, en Alemania y Suiza amenaza.

Para analizar este fenómeno jurídico que altera el consentimiento, es conveniente ver qué dicen algunos autores acerca de este vicio, no sin olvidar antes que la fuerza como tal puede ser física o moral. Para Jaime Arteaga "Es el hecho de inspirar a una persona tal temor que a pesar de sí misma dé su consentimiento"¹¹; por su parte para Ospina Fernández consiste en "Toda presión física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a prestar su consentimiento en un acto jurídico"¹². Como se ve, el primero de estos autores concibe la fuerza desde el punto de vista moral únicamente, dejando a un lado su manifestación externa, es decir

11

ARTEAGA CARVAJAL, Jaime y Jesús. Curso de obligaciones. Edit. Temis Bogotá, 1979, p.29.

12

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Op. cit. p.220.

que para él basta simplemente que haya una amenaza que origine temor o intimidación en la víctima como, por ejemplo, la amenaza de secuestro, situación diferente la que se presenta cuando se produce dicho secuestro, lo cual constituye ya fuerza física; de ahí que resulta más acertada la concepción del segundo autor, quien ve la fuerza en cualquiera de sus dos acepciones.

La fuerza le resta a la víctima, en este caso al fiador, la libertad de decisión para la exteriorización de su voluntad de fiar. La fuerza para que constituya vicio del consentimiento tiene que tener la capacidad de crear y de producir en el ánimo del fiador la resolución de consentir en la celebración del acto jurídico de fiar, es decir, que tiene que ser determinante de tal manera que, éste, quien la padece, obre bajo el influjo de ésta. La fuerza, en cuanto a su procedencia, puede emanar no sólo del otro contratante, en este caso del acreedor, sino de otra persona como el deudor.

1.3 EL OBJETO

La finalidad de todo contrato es el objeto de modo que si el contrato no persigue un objeto, no tendrá vida jurídica, precisamente porque le falta este requisito.

Algunos exponentes de la doctrina moderna, nacionales y

extranjerías, como Tamayo Lombana y los hermanos Mauzeaud, han hecho una distinción del objeto del contrato y el objeto de la obligación, diferenciación que no hizo nuestro legislador. En efecto, el primero de los autores mencionados dice:

"El objeto del contrato es el tipo de operación jurídica que las partes escogen como reguladora de su negocio jurídico. El objeto de la obligación es la prestación o prestaciones que las partes salen a deber y que se originan precisamente en el tipo de contrato que celebraron".

A su turno los hermanos Mauzeaud enseñan: "El objeto del contrato es la operación jurídica que las partes pretenden realizar. El objeto de la obligación es la prestación prometida. Así pues, recidas estas concepciones, para el contrato de fianza, significa que el objeto de dicho contrato consiste en el acuerdo bilateral, mediante el cual el fiador le garantiza al acreedor el cumplimiento de la obligación del deudor, y el objeto de la obligación nacida de este contrato para el fiador es la de pagarle al acreedor una suma de dinero, en caso de que el deudor no cumpla su obligación contraída con aquél.

Ya se vio como el contrato de fianza, como todos los demás contratos debe tener un objeto. Pues bien, así como en el contrato el objeto constituye uno de sus requisitos, así también el objeto tiene los suyos, que son: debe existir, debe ser determinado y debe ser lícito.

En cuanto al primer requisito, si el objeto no existe, el contrato no tiene sobre qué recaer y carecerá entonces de uno de sus requisitos. En este aspecto, el objeto del contrato de fianza es crearle al fiador la obligación de responder por la obligación principal del deudor, así ésta no exista en el momento de celebrar el contrato respectivo, pues basta simplemente que el objeto sea susceptible de que llegue a existir, corroborándose así el principio del afianzamiento de deudas futuras, como se verá más adelante.

Respecto al segundo requisito, éste se refiere a que tanto el acreedor como el fiador deben precisar en qué consiste la prestación estipulada, para que el acreedor sepa qué es lo que puede exigir y el fiador a qué es lo que está obligado.

En lo que se relaciona con el tercer requisito de que el objeto debe ser lícito, nuestra Corte Suprema de Justi-

cia ha dicho: "La ilicitud del objeto no se produce u ocurre tan solo cuando hay ley que lo prohíbe o que lo eerige en delito". De modo que para que el objeto sea considerado como ilícito basta que sea inmoral o contrario a los principios de las buenas costumbres o al orden público, mas no que exista ley que así lo califique, pues cierto es que no resultaría legalmente aceptable ni jurídicamente admisible, que el fiador se comprometiera a garantizar el cumplimiento de una obligación que no sólo no está contraída dentro del marco legal, sino que riñe con las reglas que constituyen los postulados de la moral y las bases de la vida social.

1.4 EL OBJETO DE LA OBLIGACION DEL FIADOR DEBE SER EL PAGO DE UNA SUMA DE DINERO

Los romanos consideraron que la fianza, por ser un contrato accesorio, debía tener por objeto el mismo de la obligación principal. Tan fuerte arraigo tuvo con esta excepción, que llegó a exigirse que el objeto de la obligación del deudor y la del fiador tenían que ser iguales; así pues que el objeto de la fianza no podía ser otro que el mismo de la obligación principal. Esta posición fue acogida en un comienzo por ANDRES BELLO, pero después la desechó para sustituirla por el principio

de que la prestación del fiador debe consistir en el pago de una suma de dinero, principio que quedó establecido en el artículo 2343 del Código Civil chileno, regla esta que pasó al artículo 2369 del nuestro, y que se halla contenida en los incisos 2o., 3o. y 4o., así:

El fiador... puede obligarse a pagar una suma de dinero en lugar de otra cosa de valor igual o mayor. Afianzando un hecho ajeno se afianza sólo la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuelva. La obligación de pagar una cosa que no sea dinero en lugar de otra cosa, p¹³ de una suma de dinero, no constituye fianza.

La norma transcrita ofrece los siguientes comentarios:

El primer aparte de la regla, al utilizar el término puede, le está ofreciendo al fiador una situación alternativa para que en lugar de obligarse a la misma prestación debida por el deudor, satisfaga la obligación principal con dinero, así pues que lejos de compelerlo

13

ORTEGA TORRES, Jorge. Código civil, Edit. Temis, ed. II. Bogotá, 1976, p. 1047.

le da libertad para que supla la forma de satisfacer la acreencia; no ocurre así con la posición taxativa contenida en los incisos 3o. y 4o. que, al contrario del inciso 2o. establece en forma imperativa, por vía de interpretación, que la prestación del fiador sólo debe consistir en el pago de una suma de dinero.

Resumiendo, se puede decir entonces que la obligación afianzada puede consistir en dar una suma de dinero, en dar un cuerpo cierto, en hacer o no hacer, pero la obligación accesoria del fiador debe consistir en pagar una suma de dinero, porque él no puede obligarse a dar un cuerpo cierto, a un hacer o a un no hacer, lo cual sí es permitido por la Legislación Francesa, no así por la colombiana y por la chilena.

1.5 LA CAUSA

La causa puede definirse como las razones, los móviles o motivaciones personales que inducen a celebrar el contrato. La causa constituye el cuarto requisito que se exige, por mandato del artículo 1502 de nuestro Código Civil, para que toda persona pueda obligarse contractualmente hacia otra mediante un acto o declaración de voluntad, exigencia que se halla ratificada a su vez por

el artículo 1524 de la misma obra que dice: "No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla.

De acuerdo con esta regla se entiende entonces que la causa debe ser efectiva, es decir, que exista realmente y no que sea simulada o imaginaria; igualmente el móvil perseguido debe estar dentro de los parámetros de la ley y conforme a los principios que inspiran a las buenas costumbres y al orden público. La última parte de la norma se refiere a que la causa no requiere de manifestación expresa, sea que presume, porque toda obligación creada tiene su causa, la cual lleva implícitamente. Sobre este aspecto, nuestra Corte Suprema ha sostenido:

"Si no es necesario expresar la causa de una obligación, la ley supone en todo caso la existencia de la causa real y lícita de ella; probada pues la obligación, está probada la causa; si ésta es simulada o si es ilícita, la prueba de estos calificativos corresponde a quien los alega"¹⁴.

¹⁴

Cas, 19 Junio 1937. "G. J." t. XLV, p. 143.

Como acontece con el objeto, en la causa también hay que distinguir dos aspectos: la causa del contrato y la causa de la obligación. Al respecto dicen los hermanos MAUZEAUD:

"La causa del contrato es la razón, el motivo o los motivos, que han determinado a cada uno de los contratantes a concluir el contrato. La causa de la obligación es la razón por la cual asume su obligación el contratante"¹⁵.

De acuerdo con esta definición, entonces debe entenderse la causa en el contrato de fianza, como el móvil o el fin que impulsa al fiador a celebrar con el acreedor la convención, y la causa de la obligación es el motivo que induce a aquél a contraer y tomar bajo su responsabilidad la obligación a favor de éste.

1.6 DEBE EXISTIR O NO LA OBLIGACION PRINCIPAL

Como se vio antes, la fianza, como obligación accesoria,

¹⁵

MAUZEAUD, Jean. HENRY y LEON. Lecciones de derecho civil. vol. III Edit. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1969, traducción Alcalá Zamora y Castillo. p. 292.

necesita de la existencia de una principal a la cual acceda y cuyo cumplimiento garantiza; así pues que la obligación del fiador de pagar una deuda ajena, nace en la medida que exista previamente la obligación del deudor, lo cual no se opone al afianzamiento de deudas u obligaciones futuras, como se verá a continuación.

Todas las obligaciones, cualquiera que sea su fuente, puede afianzarse, de tal manera que pueden ser objeto de esta garantía; las civiles y las naturales, destacándose dentro de las primeras las condicionadas y futuras. A este respecto no sólo se refiere la legislación colombiana en el artículo 2365 del Código Civil, sino la chilena en el artículo 2339 también de su Código Civil, así:

"Puede afianzarse no sólo 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"¹⁶.

Así pues que cuando la condición que afecte la obligación accesoria, necesita de la existencia de una princi-

¹⁶

Chile, Leyes y Decretos, Código civil de Chile, Edit. Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1961, p.423.

pal, la obligación del fiador sea suspensiva, la obligación del fiador consecuencialmente también se afecta por esta modalidad, de tal manera que, mientras que la obligación principal no tenga existencia por el cumplimiento de la condición de la cual pendía, no existe tampoco la fianza: Sobre este mismo aspecto dice: VALENCIA ZEA:

La obligación accesoria del fiador puede garantizar el cumplimiento de una obligación condicional o sometida a plazo, en este caso también será condicional o a plazo la obligación accesoria; y si se cumple la condición que da nacimiento a la obligación principal, nace entonces la obligación del fiador; pero si el evento estaba destinado a extinguirla, se extingue la obligación de garantía¹⁷.

Se dijo antes que la fianza está subordinada al nacimiento de la obligación principal; pues bien, para el caso de afianzamiento de obligaciones futuras, el fiador se obliga sólo condicionalmente, para el evento de que aquella obligación llegue a existir. En este caso, y como lo establece la norma, el fiador goza del derecho de retractación, del cual nada hablan la legisla-

17

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil de los contratos. Vol IV. Edit Temis, ed. 7o. Bogotá, 1988. p.380.

ción y doctrina francesas, pero para que ésta produzca efecto debe notificarla al acreedor únicamente, porque sólo a él perjudica, y si no se retracta antes del nacimiento de la obligación principal, debe responder como fiador, por cuanto su obligación se hace exigible. Ahora, la obligación futura que se afianza no se requiere que sea líquida, pues su monto puede ser desconocido, pero no puede exigírsele o reclamársele al fiador sino cuando la deuda sea líquida.

En cuanto a las obligaciones naturales, dice el artículo 2364 del Código Civil: "La obligación a que accede la fianza puede ser civil o natural". Sobre este punto hay que tener en cuenta dos situaciones: la primera cuando la obligación principal es natural, como la contraída por un incapaz relativo, y la segunda cuando habiendo sido esta civil se tornó en natural. En el primer caso la obligación resultante de la fianza es civil y, en el segundo pasa a ser natural, corroborándose el principio, ya comentado, de que lo accesorio corre la suerte de lo principal.

2 EFECTOS QUE PRODUCE LA FIANZA

El contrato de fianza produce efectos entre el fiador y el acreedor, entre el fiador y el deudor, y cuando son varios los fiadores, entre los cofiadores.

2.1 EFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR

El fiador responde al acreedor por el cumplimiento de la obligación del deudor, por eso una vez que la obligación de éste se hace exigible, el acreedor puede, sin necesidad de constituir en mora al deudor y al fiador, accionar contra éste para hacer efectiva la garantía otorgada por el mismo. Pero el fiador puede evitar la acción del acreedor anticipándose a hacerle el pago, u oponiéndole el beneficio de excusión o excepciones que la ley concede. Así pues que hecha exigible la obligación del deudor, el acreedor tiene en su favor la acción personal derivada de la fianza, mediante la cual perseguir el patrimonio del fiador, haciendo así uso del derecho conferido en el artículo 2488 del Código Civil, que dice: "Toda obligación personal da al acreedor el

derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose los no embargables". Por eso, aunque el fiador se halle obligado subsidiariamente, no por ello su obligación deja de ser inmediata y directa, razón por la que el acreedor puede demandarlo, sin que se haya dirigido contra el deudor, haciendo la salvedad, naturalmente, que el fiador también puede defenderse, haciendo a su vez uso del derecho que le concede el beneficio de excusión, el cual está instituido para su favor.

Como se dijo, y como lo contempla el artículo 2379 de la misma obra, el fiador puede pagar antes de ser reconvenido por el acreedor, directamente contra aquél y no contra el deudor, una vez se hace exigible la obligación de este último, no se refiere al nacimiento de la obligación del fiador, sino al nacimiento del derecho a perseguirlo, porque lo que persigue el acreedor no es la obligación en sí del fiador, sino el derecho conferido por éste a aquél, mediante la fianza.

El fundamento de que el legislador faculte al fiador para que, aún antes de ser reconvenido, pueda hacer el pago de la deuda afianzada, emana de que la fianza gene-

ralmente se constituye cuando la obligación del deudor no es de cumplimiento inmediato, sino mediato o en época próxima, la cual se determina por la llegada de un plazo o cumplimiento de una condición, por tal razón se prevé que el fiador desee pagar anticipadamente y lo autoriza para hacerlo.

La fianza no concede al acreedor acción real contra el fiador, salvo que éste se haya obligado simultáneamente con hipoteca o prenda, caso en el que compromete no sólo su responsabilidad personal sino la garantía ofrecida. En este evento dicha acción real se rige por las reglas de la respectiva garantía, y el fiador ya no puede oponerle al acreedor el beneficio de excusión.

2.2 LA SENTENCIA DICTADA CONTRA EL DEUDOR LE SIRVE AL ACREEDOR DE TITULO EJECUTIVO CONTRA EL FIADOR

La acción del acreedor contra el fiador puede ser ordinaria o ejecutiva, sin embargo sobre este fenómeno jurídico existen opiniones divididas; en Chile, por ejemplo algunas sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago acogen este mecanismo de defensa para el acreedor, no así la Corte Suprema y la de Apelaciones de Talca. En Francia, igualmente algunos tratadistas defienden esta fórmula como amparo para quien en cuyo

favor se ha constituido una obligación. Los que atacan esta situación jurídica dan como razón para su oposición, la de que la sentencia, que constituye cosa juzgada, produce efecto relativo a inter-partes y que en consecuencia el efecto de la decisión judicial no puede cobijar a quien no fue parte en el correspondiente proceso.

Quienes están en favor de este procedimiento, entre ellos SOMARRIVA, conceptúan que así como el fiador puede oponerle al acreedor como excepción real la cosa juzgada que beneficia al deudor, así mismo puede el acreedor servirse del fallo que perjudica al deudor, quedándole la posibilidad al fiador de oponer a la demanda no sólo sus excepciones personales, sino las reales del deudor no opuestas por éste, y además alegar, como probar, la posible colusión entre el deudor y el acreedor en el proceso fallado.

La tesis de este tratadista resulta más acertada por razones de equidad jurídica, porque si la sentencia declara en contra del deudor una específica obligación o determina la extensión de ésta, y justamente la fianza se había constituido para garantizar el cumplimiento de dicha obligación, sería injusto impedirle al acreedor

acción contra el fiador, con base en la respectiva sentencia. Así, pues, si judicialmente se declara el incumplimiento de obligaciones contractuales con la correspondiente condena para el deudor a pagar los perjuicios causados, tal decisión puede hacerla valer el acreedor contra el fiador, así éste no haya formado parte en el proceso que originó dicha decisión, en el que intervinieron aquél y el deudor.

En resumen, el fiador no sólo puede oponer excepciones contra la demanda, sino que tiene derecho a defenderse de la posible confabulación convenida entre el acreedor y el deudor, para procurar un fallo contra éste último, del cual se vale aquél para proceder contra el fiador.

2.3 EFECTOS DEL PAGO ANTICIPADO REALIZADO POR EL FIADOR

Cuando el fiador paga al acreedor o responde por la obligación del deudor, antes del vencimiento del plazo señalado para ésta, el fiador no puede reconvenir a éste para que le reembolse lo pagado sino a partir de que el término haya vencido; así lo dispone el artículo 23º que dice: "El fiador que pagó antes de expirar el plazo de la obligación principal no podrá reconvenir al deudor, sino después de expirado el plazo", disposición

esta que se inspira en el principio de la equidad, porque así como el deudor por un acto suyo no puede hacer más gravosa la obligación del fiador, éste tampoco puede hacer más gravosa la obligación de aquél.

El pago que haga el fiador, sea anticipado o no, debe notificarlo oportunamente al deudor por expreso mandato del artículo 2402 del Código Civil, porque si no lo hace, el deudor puede oponerle al fiador, cuando éste trate de reembolsarse de lo pagado, las mismas excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al momento del pago; es más, si el deudor paga también la deuda ignorando la extinción de ésta por falta de aviso del fiador, éste queda despojado de toda acción contra aquél, quedándole solamente el derecho de intentar contra el acreedor la acción del deudor por habersele hecho un pago indebido el cual viene a constituir un típico enriquecimiento sin causa.

El pago anticipado hecho por el fiador reporta un beneficio al deudor, porque éste continúa gozando del plazo estipulado para su obligación, como si aquél no hubiera pagado.

2.4 DERECHO QUE TIENE EL FIADOR PARA REQUERIR AL ACREEDOR

El artículo 2382 del Código Civil concede al fiador un derecho muy importante, lo faculta una vez que la obligación del deudor se hace exigible, y aunque no haya sido reconvenido por el acreedor, para requerir a éste con el fin de que persiga al deudor, y si después de este requerimiento el acreedor no ejecuta ninguna acción contra aquél, el fiador no es responsable por la insolvencia del deudor ocurrida en el transcurso del retardo. Esta es una institución creada por el legislador para penalizar al acreedor negligente, por una parte, y por la otra, para favorecer al fiador, porque éste es visto en un comienzo, por la ley, como un garante más no como un deudor en sí. Al respecto dice SOMARRIVA UNDURRAGA: "Este derecho, que no contempla el Código Francés es un verdadero beneficio de excusión anticipado, y tiene por objeto no responsabilizar al fiador por la negligencia del acreedor en perseguir al deudor"¹⁸.

¹⁸

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Tratado de las cauciones. Edit. Nascimento, Santiago de Chile, 1943. p.140.

De acuerdo con lo anterior corresponde entonces al fiador demostrar: que el acreedor fue requerido oportunamente; que éste no perseguió al deudor, y que la insolvencia de este último ocurrió después del requerimiento o durante el retardo. Con estos hechos, el fiador pretende probar que su obligación se ha extinguido, y como es él quien invoca tal extinción, corresponde a él probarla en virtud del mandato contenido en el artículo 1757 del Código Civil que dice: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

2.5 BENEFICIOS Y EXCEPCIONES QUE EL FIADOR PUEDE Oponer AL ACREEDOR

Con el fin de obtener que el deudor cumpla su obligación la ley le otorga al fiador, aparte del anterior, otros derechos, basándose en la idea de que el garante no se ha lucrado con la prestación debida. Así, pues, el fiador cuenta con cuatro defensas más, que son: el beneficio de excusión, el beneficio de división, la excepción de cesión de acciones o excepción de subrogación, y las excepciones reales y personales.

2.6 EL BENEFICIO DE EXCUSION

En el derecho romano el fiador siempre estaba en el inminente riesgo de ser perseguido por el acreedor, por encima del deudor, no obstante que su obligación era una garantía que amparaba la insolvencia de éste. La razón era que el acreedor no podía ser constreñido a que persiguiera primero al deudor, por el peligro de que al hacerlo se le extinguiera el derecho de proceder contra el fiador.

Esta situación trajo dificultad para el ejercicio de las acciones por parte del acreedor, la cual fue solucionada mediante la aplicación de dos alternativas, así: la primera, el fiador amenazado de ser perseguido por el acreedor podía darle mandato a ésta para que procediera contra el deudor, bajo su propia cuenta y riesgo, de tal manera que si el deudor no pagaba la deuda o la pagaba parcialmente, el acreedor tenía derecho para accionar contra el fiador por el excedente, así pues el fiador se liberaba de la persecución del acreedor contra el deudor y no quedaba expuesto a pagar sino sólo a título de mandante una vez demostrada la insolvencia del deudor. La otra alternativa consistía en que el acreedor preguntaba al fiador si le prometía

pagarle lo que no pudiera obtener del deudor, a lo cual aquél le respondía afirmativamente.

La aplicación de las anteriores fórmulas no fue mecanismo que resolvió en un todo la dificultad presentada al acreedor, para el ejercicio de sus acciones. Ante esta situación el emperador Justiniano tomó una medida de solución, mediante la cual dispuso que el acreedor debía obrar primero contra el deudor y no perseguir al fiador sino hasta cuando no hubiera sido satisfecho por aquél, de modo que el fiador que era atacado primero que el deudor, podía negarse a pagar si el deudor no había sido perseguido y su insolvencia no estaba comprobada. Este derecho es el que algunos autores y legislaciones, como la francesa, llaman beneficio de orden o de discusión, conocido a su vez en nuestra legislación y en la chilena como de excusión. El nombre de beneficio de orden se debe a que se produce un orden de persecución, primero contra el deudor y después contra el fiador

Para mejor visión y análisis de este tema, es necesario recoger lo que dicen de dicho beneficio algunos tratadistas nacionales y extranjeros. Para MARIO MADRID MALO:

"Es el instituido por la ley en favor del fiador simple, no del solidario, para que pueda exigir, una vez reconvenido, que antes de proceder en su contra se haga efectiva la obligación en los bienes del deudor principal y en las hipotecas o prendas que éste prestó para la seguridad de la deuda"¹⁹.

Según BONNECASE: "Consiste en el derecho que tiene el fiador para exigir que el acreedor discuta los bienes del deudor principal, es decir, que embargue y remate los bienes de éste, antes de exigirle el pago"²⁰. A su vez, CABANELLAS, lo define como: "El derecho con que los fiadores cuentan para no hacer pago al acreedor mientras el deudor principal tenga bienes suficientes para ello"²¹. Conforme a lo anterior entonces el beneficio de excusión es el derecho que la ley le concede al fiador para eludir el pago al acreedor, o para detener provisionalmente la acción de éste, mientras no se compruebe la

19

MADRID. MALO, Mario. Diccionario jurídico colombiano, t.I. Edit. Legis. Bogotá, 1988. p.63.

20

BONNECASE, Julien. Elementos de derecho civil. t.II. Edit. José M. Cajicá, Puebla, México, 1945. p.583.

21

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de derecho usual. Edit. Hias-ta. SRL. ed. 7a. Buenos Aires, p. 145.

insolvencia total o parcial del deudor.

Este beneficio tiene su fundamento en el carácter accesorio de la fianza, y el efecto que tiene es liberar al fiador de su obligación subsidiaria. Por ello, el legislador lo otorga por razones de equidad, teniendo en cuenta que el fiador no es el principal deudor, porque ordinariamente éste se obliga en forma gratuita para hacer un servicio al deudor, de donde resulta justo que se persiga primero al deudor, y cuando éste no pague entonces sí se procederá contra el fiador.

El beneficio de excusión es hoy en día reconocido por la mayoría de las legislaciones; por ejemplo, la francesa lo recoge en el artículo 2021 de su Código Civil, la chilena lo tiene establecido en el artículo 2357 de su Código Civil y la colombiana lo tiene reglamentado en el artículo 2383 del Código Civil, el cual dice:

"El fiador reconvenido goza del beneficio de excusión, en virtud del cual podrá exigir que antes de proceder contra él se persiga el pago de la deuda en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas

prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda"²²

Del contenido de este artículo se desprende que el fiador goza de libertad para oponer o no a su arbitrio dicho beneficio, pues así se deduce del empleo del término podrá. Ahora, el ejercicio de este beneficio no implica en manera alguna que el acreedor deba siempre accionar primeramente contra el deudor; ello ocurre pero únicamente cuando el fiador, sintiéndose perseguido, invoca el beneficio, el cual puede oponer una sola vez.

Para alegar el beneficio de excusión son necesarios los siguientes requisitos, los cuales se hallan recogidos en el artículo 2384 de nuestro Código Civil, así:

"Que no se haya renunciado expresamente, que el fiador no se haya obligado como deudor solidario, que la obligación principal produzca acción, que la fianza no haya sido ordenada por el juez, que se oponga el beneficio luego que sea requerido el fiador, salvo que el deudor, al tiempo de requerimiento, no tenga bienes y después los adquiera, y que señalen al acreedor los bienes del deudor principal"²².

22

ORTEGA TORRES, Jorge. Código civil. Edit. Temis. 2ª. ll. Bogotá, 1976, p. 1053.

El contenido de este artículo ofrece los siguientes comentarios:

Se trata de un beneficio instituido en favor del fiador simpl, quien puede renunciar a él, bien no alegándolo en el momento de ser ejecutado o simplemente obligándose como fiador solidario. Igualmente no puede invocar este beneficio quien afianza una obligación natural, mas sí el que cauciona una obligación civil. Tampoco procede este beneficio cuando la fianza es legal o judicial, o cuando no se propone en el momento oportuno, es decir, cuando el fiador es ejecutado. Así mismo para que dicho beneficio sea viable es necesario que el deudor tenga bienes en el momento de la ejecución del acreedor contra el fiador, o que el deudor los adquiriera posteriormente. Tambien se requiere que al acreedor se le indiquen los bienes del deudor, sobre los cuales aquél pueda hacer efectiva la obligación afianzada. Sobre este último aspecto hay que tener en cuenta que, en principio todos los bienes que conforman el patrimonio del deudor sirven para fundamentar la excusión, exceptuando los citados en el artículo 2385 de la misma obra, o sea los que se hallan fuera del territorio nacional o del domicilio del deudor los que están afectados por embargo o son materia de litigio, o los créditos de recaudo incierto, aquellos sobre los cuales pende una condición resolutiva.

ria y aquellos que soportan hipotecas para deudas privilegiadas.

Por otra parte, la determinación y la denuncia de los bienes del deudor normalmente generan para el fiador gastos como: la obtención de certificados de libertad y tradición, el secuestro, el transporte, etc., cuyos costos le corresponde asumirlos a éste, de conformidad con el artículo 2386 de la obra mencionada, pero a su vez el fiador debe asegurarse de que tal determinación de bienes sea correcta y efectiva, porque como se dijo, la excusión puede alegarla una sola vez, así pues que si los bienes designados no son suficientes para satisfacer la obligación del deudor, no puede indicar otros, a no ser que éste los haya adquirido después, pero de todas maneras si con el producto de los bienes excutados se obtiene el pago parcial de la deuda, el acreedor está obligado a aceptarlo, quedándole el derecho para perseguir al fiador por el saldo pendiente de la obligación.

El beneficio de excusión obra de plano sin necesidad de alegarlo, pues basta que el fiador, en el momento de afianzar la obligación del deudor, exprese inequívocamente que no se compromete a pagar sino lo que el acree-

dor no pueda obtener de aquél; en tal caso el fiador compromete la responsabilidad del acreedor si éste no procede oportunamente contra el deudor, evento este en el que la obligación del fiador se extingue hasta la concurrencia del valor de los bienes señalados.

2.7 EL BENEFICIO DE DIVISION

En los primeros tiempos del derecho romano, mediante la ley Furia, se estableció que la deuda fuera dividida de pleno derecho entre los sponsors y los fideipromissores, de modo que el acreedor no podía reclamar a cada uno sino la parte que le correspondía, medida esta que no se aplicó a los fiadores porque su responsabilidad se consideraba como solidaria, hasta cuando llegó el reinado del emperador Adriano, quien concedió el beneficio de división no sólo a éstos sino a aquéllos, incluidos los de provincia, puesto que dicha ley Furia no se aplicaba sino en Italia.

Visto ya el origen de este beneficio, corresponde ahora analizar su concepción por algunos autores nacionales y extranjeros, así como su tratamiento por la ley también nacional y extranjera. Para PEREZ VIVES consiste en:

"El derecho que tienen los fiadores, cuando son varios,

de exigir que la deuda se divida entre ellos por partes iguales, de modo que el acreedor no pueda perseguir a cada uno sino por la parte que en dicha división le corresponde"²³.

Por su parte MASCAREÑAS lo define como "El derecho que se atribuye, en caso de ser varios los fiadores, a cada uno de ellos, para exigir del acreedor que divida la reclamación entre todos ellos"²⁴.

Como se ve, estos autores recogen el principio expuesto antiguamente por el emperador Adriano, en el sentido de que se deja de lado la solidaridad de los fiadores para proceder a dividir en cuotas partes la deuda entre éstos. Desde luego que si alguno, o varios de éstos, se han obligado como solidarios, no pueden invocar entonces este beneficio porque, mediante la solidaridad, quedan obligados por el todo, así pues cualquiera de ellos puede ser perseguido por el monto de la deuda, de donde se deduce que el beneficio solo opera para los fiadores

²³

PEREZ VIVES, Alvaro. Garantías civiles. Ed. Temis. Bogotá, 1986. p.416.

²⁴

MASCAREÑAS, Carlos E. Nueva enciclopedia jurídica. t.IX. Edit. Francisco Seix, S.A. Barcelona, 1958. p.702.

simples. Tal situación se corrobora con el contenido del artículo 1571 de nuestro Código Civil, el cual dice: "El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por esto pueda oponerse el beneficio de división"²⁵.

Como ya se dijo el beneficio de división data del emperador Adriano quien puso fin al principio general de que la responsabilidad de los fiadores era solidaria. No obstante, actualmente algunas legislaciones como la brasileña, la alemana y la suiza, han vuelto a recoger y a aplicar la regla antigua romana, según la cual los fiadores son siempre solidarios, principio no acogido por nuestra legislación, por la chilena y por la francesa. El beneficio en mención se halla definido en el artículo 2392 de nuestro Código Civil, equivalente y concebido en los mismos términos del artículo 2367 del Código Civil chileno, así:

²⁵

ORTEGA TORRES, Jorge. Op. cit. p. 671.

"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"²⁶.

Como se ve el beneficio supone lo siguiente: pluralidad de fiadores; que éstos obren como simples y no solidarios; que exista unidad de la prestación, es decir, que afiancen una misma deuda, y que se trate de un mismo deudor.

El beneficio de división produce efectos, los cuales pueden verse en dos momentos, así: el primero, cuando uno de los fiadores es insolvente, caso en el que su parte correspondiente grava a los demás, y el segundo cuando un fiador en forma inequívoca limita su responsabilidad a una específica suma o cuota de la deuda, evento en el cual responde únicamente por dicha parte, de modo que el resto de la deuda se divide entre los demás fiadores, quienes deben cargar con el pago de una cuota mayor de

²⁶

ORTEGA TORRES, Jorge. Ibid. p. 1055.

aquel que la ha limitado.

Analizados ya los beneficios de excusión y de división, entre éstos se advierten diferencias sustanciales: así: el primero constituye una excepción dilatoria, mientras que en el segundo la excepción es perentoria, el de excusión para oponerse requiere de formalidades y trámites de rigor, el de división a su turno obra de pleno derecho y puede alegarse lisa y llanamente en cualquier momento procesal, finalmente el de excusión debe ser siempre invocado por el fiador, en cambio, el de división puede ser reconocido, sin más y sin trámite especial, por el juez.

2.8 EXCEPCION DE SUBROGACION

La excepción de subrogación es otro de los medios de defensa que tiene a su favor y del cual dispone el fiador demandado, porque el fiador que satisface o paga al acreedor la deuda de su afianzado, lo hace con la esperanza de obtener por parte de éste el reembolso de lo pagado. Esta excepción la contempla nuestro Código Civil en el artículo 2381, así:

"

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 legal²⁷.

De acuerdo con este precepto es claro entonces que si el acreedor pone al fiador en imposibilidad de subrogarse en sus derechos con sus acciones contra el deudor, es de manifiesta equidad que, por privarlo de esta expectativa, deba descontar de su demanda todo lo que el fiador podía obtener de su afianzado mediante la subrogación. Es más, si la subrogación no puede efectuarse por un acto del acreedor, la fianza se extingue.

La procedencia de esta excepción radica en que la ley le concede a todo fiador el derecho de subrogarse en las acciones del acreedor contra el deudor, así pues cuando el acreedor pone al fiador en el trance de no poder sucederlo en sus derechos, éste puede alegar tal circunstancia como excepción para el pago, como ocurre.

²⁷

ORTEGA TORRES, Jorge. Op. cit. p. 1078.

en el caso típico de que el acreedor, antes del pago del fiador, destruyé el documento que servía de título y en el cual constaba la deuda, razón por la que el fiador puede negarse a pagar la deuda alegando no haber adquirido la calidad que tenía el acreedor frente al deudor. Esta excepción también tiene fundamento en el incumplimiento de la obligación del acreedor de conservar sus acciones contra el deudor, porque justamente en ellas es en las que el fiador se subroga una vez paga la obligación del deudor.

La excepción de subrogación pueden invocarla todos los fiadores, sea cual fuere la clase de fianza, aún la solidaria, porque el fiador que así se obligue no por ello pierde tal calidad; no ocurre así con el codeudor solidario, porque es un obligado principal. También puede alegarla el tercero que hipotecá un inmueble suyo para garantizar una obligación ajena y éste efectivamente la paga, como se deduce del contenido del inciso 2o. del artículo 2453, que dice: "Haciendo el pago se subroga en los derechos del acreedor en los mismos términos que el fiador".

El derecho que tiene todo fiador en las acciones y privilegios del acreedor, mediante la subrogación, es

pleno, porque recae sobre las acciones en sí que el acreedor tiene para exigirle al deudor su obligación y también sobre los privilegios o seguridades que hacen más expedito y efectivo el cobro, como lo son: las hipotecas, las prendas, los derechos de retención, etc.

La excepción de subrogación debe ser invocada por el fiador en el momento de efectuar el pago, pues no obra de plano; sin embargo puede ser renunciada expresa o tácitamente. Para que sea procedente esta excepción se requiere: que las acciones del acreedor hayan existido en su poder en el momento de constituirse la fianza; que las acciones de éste, en las que el fiador podía subrogarse, se hayan perdido por culpa del acreedor; que se trate de acciones útiles para el fiador, es decir, que la pérdida de tales acciones le hayan irrogado un perjuicio al fiador y que se alegue la excepción porque si el fiador no la opone, se considera que renuncia a ella, conforme se desprende de la aplicación del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, del cual se infiere que el juzgador sólo puede fallar sobre las excepciones propuestas.

La excepción de subrogación, llamada también excepción de cesión de acciones, produce efectos así: en unos

casos trae consigo la extinción de la fianza, cuando las acciones perdidas por culpa del acreedor, de haber subsistido, le habrían permitido al fiador obtener el reembolso total de lo pagado al acreedor, en otros solo produce liberación parcial al fiador, cuando las acciones en las cuales podía subrogarse le habrían reembolsado solamente parte de lo pagado.

2.9 EXCEPCIONES REALES Y PERSONALES

Como el fiador se obliga a pagar una deuda ajena no le son sorprendentes aquellos hechos por los cuales se anula o se reduce la obligación garantizada cuando el deudor no la cumple. Sobre el particular hay que hacer distinción entre las acciones reales de la deuda y las personales del deudor; las primeras, que son inherentes a la obligación principal, pueden ser alegadas por el fiador junto con las personales suyas, las segundas no pueden ser propuestas. Unas y otras las define PEREZ VIVES así:

"Excepciones reales son las que emanan de la naturaleza de la obligación y las que se producen con posterioridad al nacimiento de ésta; y personales son las que se relacionan en la situación o calidad particu-

lar que tiene el deudor en la obligación"²⁸.

De acuerdo con lo anterior constituyen entonces excepciones reales el dolo, la violencia, de los cuales se habló anteriormente, la nulidad absoluta, la cosa juzgada, las modalidades que afectan la obligación y los medios por los cuales se extinguen las obligaciones.

En cuanto a la nulidad, esta se predica del contrato del cual nace la obligación principal, la cual puede derivarse por tener objeto ilícito, por la carencia de formalidades exigidas, por la incapacidad absoluta del deudor, etcétera. Respecto a la cosa juzgada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2380 del Código Civil, ésta también constituye una excepción real que puede invocar el fiador al acreedor. Con relación a las modalidades que atacan la obligación principal, como el plazo o la condición suspensiva o resolutoria, igualmente puede oponerlas el fiador, por cuanto éste no puede obligarse en forma más gravosa que el deudor. En lo que se refiere a los medios de extinción de las obli-

28

PEREZ VIVES, Alvaro. Garantías civiles. Edit. Temis, Bogotá, 1986 p.425.

gaciones, éstos pueden ser, por ejemplo: la compensación cuando la obligación principal es susceptible de ello con un crédito del deudor contra el acreedor y no con un crédito que tenga un codeudor solidario contra éste; la transacción, que aunque produce efectos entre quienes la celebran, lejos de perjudicar al fiador lo beneficia porque su obligación se extingue con la del deudor; la prescripción la cual aún siendo renunciada por el deudor en nada afecta al fiador, como se desprende del mandato contenido en el artículo 2516 del Código Civil, que dice: "El fiador podrá oponer al acreedor la prescripción renunciada por el principal deudor".

En cuanto a las excepciones personales del fiador que, como suyas, puede alegar, son las que han originado causales de nulidad relativa del contrato como su incapacidad relativa o el error. Respecto a las excepciones personales del deudor, que no puede proponer el fiador, se encuentran las relacionadas con las causales de nulidad relativa del contrato del cual nace la obligación afianzada, como la incapacidad relativa del deudor para obligarse, o el derecho que éste tiene para no ser privado de lo necesario para subsistir.

2.10 EFECTOS ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR

Al reglamentar el legislador las relaciones entre el fiador y el deudor, lo hizo inspirado en la idea de que aquél no es verdadero deudor, sino que sólo accede a la obligación de este último con el fin de garantizarla. Por tal razón, la ley protege al fiador para evitar que se vea en el trance de pagar una deuda ajena, y es por ello que sus relaciones con el deudor deben analizarse en dos períodos diferentes: antes y después del pago. Igualmente la ley le permite al fiador pactar con el deudor una remuneración por el servicio prestado, conforme lo estableció el artículo 2367 del Código Civil así: "El fiador puede estipular con el deudor una remuneración pecuniaria por el servicio que le presta".

2.11 EFECTOS ANTES DEL PAGO

Conforme al artículo 2394 de dicha obra el fiador está facultado para exigirle al deudor que le obtenga el relevo o le asegure las resultas de la fianza, o le deposite medios de pago, lo cual constituye una obligación alternativa para éste, porque solamente está obligado a ejecutar cualquiera de estos tres actos, así pues que el fiador no puede compeler al deudor a que lleve a cabo determinado hecho, de estos previstos, como

tampoco exigirle que ejecute más de uno, o pedirle acumulativamente la ejecución de los tres actos mencionados.

En cuanto a la obtención del relevo d la fianza significa que el acreedor manifieste su voluntad en liberar al fiador de su obligación, pues, como se ha dicho, la fianza siendo un contrato celebrado entre ést y aquél, la liberación depende del consentimiento y la voluntad del acreedor y no del deudor o del convenio entre el fiador y el deudor.

Respecto a que el deudor le garantice al fiador, mediante caución, las resultas de la fianza indica que aquél debe constituir en favor de éste una obligación accesoria que le garantice o asegure las prestaciones que dba desembolsarle al acreedor por el pago que eventualmente se vea obligado a hacerle a este último. Tal caución, que los chilenos denominan contrafianza, pued consistir en una hipoteca, una prenda, el endoso de un título valor, etc. Con relación a que le consigne medios de pago, se refiere a que deposite judicialmente dinero suficiente para atender el pago al acreedor.

El fiador puede exigir al deudor cualquiera de las medidas ya mencionadas, en los casos previstos en el

artículo precitado 2394.

2.12 CASOS EN LOS QUE EL FIADOR GOZA Y NO GOZA DEL DERECHO CONTENIDO EN EL ARTICULO 2394

El fiador puede hacer uso del derecho que le concede el citado artículo sea cual fuere la clase de fianza constituida. Igualmente pueden invocar esta disposición el fiador solidario y el codeudor solidario; este último porque, aun cuando en sus relaciones con el acreedor es deudor directo, con respecto a los codeudores es un fiador, puesto que normalmente no tiene ningún interés en la deuda para cuya seguridad se pactó la solidaridad. En cambio, no puede hacer uso de los derechos contenidos en el citado artículo, el fiador que se ha obligado contra la voluntad del deudor, porque con tal conducta ha expresado su voluntad y manifestado su intención de asumir todos los riesgos que la fianza conlleva.

La privación de este derecho la contiene el inciso final del mencionado artículo, así: "Los derechos aquí concebidos al fiador no se extienden al que afianzó contra la voluntad del deudor. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta regla de privación del derecho no es aplicable al fiador que se obligó ignorándolo el deudor, pues en tal caso si goza del citado derecho,

porque una cosa es afianzar sin el conocimiento del deudor y otra muy diferente es hacerlo sin el consentimiento de éste.

2.13 EFECTOS PRODUCIDOS DESPUES DEL PAGO

Cuando se produce el pago de la deuda ajena por parte del fiador, la ley pone a disposición de este importantes derechos, con el fin de evitar que se empobrezca injustamente a expensas del deudor que ha obtenido un enriquecimiento indebido. Estos derechos que puede ejercer el fiador afectado por el gravamen momentáneo del pago hecho, son la acción de reembolso reglamentada en el artículo 2395 del Código Civil y la acción subrogatoria en los derechos del acreedor, a la cual se refiere el numeral 3o. del artículo 1668 de la misma obra.

2.14 LA ACCION DE REEMBOLSO

La acción de reembolso, que pertenece al fiador por derecho propio, es la acción personal que emana del contrato de fianza, la cual se halla instituída en dicho artículo 2395, que dice:

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

Esta acción comprende el capital original de la obligación pagado por el fiador, junto con sus respectivos intereses, más los intereses generados por estos dos conceptos, causados entre el día del pago y aquel en que el deudor hace el reembolso, las costas judiciales y los gastos en que incurrió el fiador con motivo de la fianza, y los perjuicios de cualquier naturaleza irrogados por el contrato al fiador.

Con relación a los gastos, el deudor también debe reembolsar al fiador todos aquellos en los que hubiere incurrido por razón de la fianza, como los causados antes de la notificación del fiador al deudor de la demanda instaurada por el acreedor en contra suya, y los ocasionados por la demanda del fiador contra el deudor, los cuales deben ser previamente apreciados y tasados por el juez, por cuanto en la mayoría de las veces se trata de gastos excesivos e injustificados que constituyen enriquecimiento indebido para el fiador a expensas del deudor.

Con relación a los gastos, el deudor también debe reembolsar al fiador todos aquellos en los que hubiere incurrido por razón de la fianza, como los causados antes de la notificación del fiador al deudor de la demanda instaurada por el acreedor en contra suya, y los ocasionados por la demanda del fiador contra el deudor, los cuales deben ser previamente apreciados y tasados por el juez, por cuanto en la mayoría de las veces se trata de gastos excesivos e injustificados que constituyen enriquecimiento indebido para el fiador a expensas del deudor.

En lo que se refiere a los perjuicios sufridos por el fiador, igualmente deben ser reembolsados por el deudor, como los ocasionados cuando el fiador tiene su dinero destinado para realizar un negocio, el cual no puede hacerlo y lo pierde por razón del desembolso hecho para el pago de la obligación afianzada. La acción de reembolso tiene su fundamento en el principio que prohíbe a una persona enriquecerse indebidamente a expensas de otra.

Para intentar la acción de reembolso se requieren los siguientes requisitos: que el fiador haya pagado al acreedor; que el pago haya sido útil, y que el fiador no esté legalmente privado de la acción.

2.15 LA ACCION SUBROGATORIA

La acción subrogatoria es otro de los derechos conferidos por el legislador al fiador que paga la obligación afianzada.

Esta disposición es reconocida por la mayoría de las legislaciones como la francesa, la cual la tiene instituída en el artículo 2029 de su Código Civil, así: "El fiador que pague una deuda se subroga en todos los derechos del acreedor contra el deudor". Por su parte la legislación chilena, en el artículo 1630 de igual Código, equivalente al 1666 del nuestro, la contempla con la siguiente definición: "s la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga".

En cuanto a los requisitos para invocar esta acción se requieren los mismos establecidos para la acción de reembolso, por tal razón y para no caer en repetición innecesaria, se prescinde de mayores comentarios al respecto.

La subrogación transmite al fiador el crédito con todos los derechos, acciones y privilegios sobre hipotecas o prendas, además traspasa los derechos adquiridos por el

acrededor después de haberse constituido la fianza, pero no cubija los gastos ocasionados, los perjuicios irrogados, los intereses de lo pagado, cuando no han sido cubiertos al acreedor, ni las excepciones personales del acreedor.

La acción subrogatoria y la de reembolso ofrecen ventajas, y pueden ser ejercidas la una o la otra, según consulte la necesidad y la conveniencia del fiador. Así por ejemplo, la subrogatoria es más ventajosa cuando el crédito goza de privilegio o tiene una garantía real, porque la de reembolso no es privilegiada y además carece de cauciones. También es preferible la subrogatoria porque puede dirigirse contra todos los cofiadores, lo que no se puede hacer con la acción personal. La de reembolso, en cambio, es más ventajosa que la subrogatoria, porque con ella puede reclamarse lo que el fiador pagó al acreedor, más: los intereses, los gastos efectuados y los perjuicios causados por la fianza, lo que no sucede con la subrogatoria, porque ésta comprende únicamente lo que el fiador pagó al acreedor. También tiene ventajas la del reembolso en caso de pago parcial, porque el fiador concurre con el acreedor en un mismo pie de igualdad respecto del saldo insoluto; en cambio, en la subrogatoria el acreedor goza

de preferencia sobre el fiador paga pagarse de dicho saldo. Por último, la acción personal es de más larga duración, porque su prescripción empieza a correr desde el día en el que el fiador hace el pago; por su parte, en la subrogatoria el término comienza desde el día en el que la obligación principal se hizo exigible en poder del acreedor.

2.16 EFECTOS PRODUCIDOS ENTRE LOS COFIADORES

Cuando varios fiadores afianzan una misma deuda, cada garante tiene derecho a oponer el beneficio de división, con el fin de no pagar sino su cuota correspondiente, toda vez que la deuda se considera dividida en partes iguales entre los fiadores. Pero el fiador que paga más de lo que le corresponde tiene acción contra los demás fiadores para que le restituyan el exceso, quedando así subrogado en los derechos del acreedor contra éstos.

Cuando el fiador paga la deuda queda armado por el acreedor con la cesión de acciones llamada también carta de lasto, mediante la cual puede demandar a cada uno de los otros fiadores por aquella parte que pagó por ellos. Y qué es la carta de lasto? Según JOAQUIN ESCRICHE es "el instrumento o recibo que da el acreedor al que le paga por el deudor, cediéndole la acción que tenía para

que pueda recobrar de éste o de otros obligados la cantidad que satisface"²⁹.

Para que el fiador en tales condiciones pueda entablar la acción subrogatoria contra los cofiadores, es necesario que concurren los siguientes requisitos: que sean varios fiadores de un mismo dudor y de una misma deuda; que el fiador haya pagado más de lo que le correspondía en la deuda, y que el pago hecho sea útil, esto es, que haya extinguido la obligación, porque si ésta subsiste, el acreedor puede perseguir a los cofiadores.

En cuanto a que el pago hecho sea útil, se predica lo expuesto sobre el particular en las acciones de reembolso y subrogatoria.

En lo que respecta a las excepciones que pueden poner los cofiadores al fiador que ha pagado, hay que precisar que sólo pueden proponer las reales que emanan de la naturaleza de la obligación y las personales de los mismos, no así las personales del deudor y las del fiador que pagó.

²⁹

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, nueva edición, Madrid, 1872. p.684.

3 CAUSAS Y MODOS DE EXTINCION DE LA FIANZA

Existen dos clases de causas de extinción de la fianza: las que extinguen ésta junto con la obligación principal y las que extinguen la fianza dejando vigente aquélla. Las primeras extinguen la fianza por vía accesoria, es decir como consecuencia de la desaparición de la obligación que garantiza. Las segundas extinguen la fianza por vía principal, subsistiendo la obligación principal, porque la obligación accesoria puede desaparecer sin que implique la extinción de la obligación que afianza.

3.1 MODOS DE EXTINCION DE LA FIANZA- ANALISIS

El artículo 2406 del Código Civil dispone que además de los modos conocidos de extinción de las obligaciones, los cuales son aplicables a la fianza, están: el relevo de ésta otorgado al fiador por el acreedor, y la pérdida de las acciones del acreedor, por un hecho suyo, en las que el fiador tenía el derecho de subrogarse.

Tales modos son: el pago, la dación en pago, la novación, la transacción, la remisión, la compensación, la confusión, la pérdida de la cosa que se debe, la nulidad, la condición resolutoria, la prescripción y la resciliación. Aparte de estos medios de extinción también debe citarse el de la prórroga de la obligación principal. La extinción de la fianza opera a través de estos modos, advirtiéndose que en unos se produce en forma directa, o por vía principal y en otros en forma indirecta, o por vía accesoria.

3.2 EL PAGO

Pagada la obligación principal se produce la extinción de la fianza, en este caso por vía accesoria. Pero hay que tener en cuenta que el pago hecho al acreedor no siempre extingue la fianza, pues si lo hace un tercero, éste queda subrogado en el acreedor, luego la fianza subsiste.

3.3 LA DACION EN PAGO

Esta figura jurídica tiene lugar cuando el acreedor recibe en pago de su crédito una cosa distinta de la debida, así pues que extinguida la obligación del deudor

la del fiador igualmente se extingue, en est caso por vía indirecta. Puede ocurrir que el acreedor sea declarado evicto en la cosa que ha recibido en pago, es decir, que sea privado de su dominio por decisión judicial, porque la cosa recibida del deudor no le pertenece a éste. En este evento, no obstant la evicción, la responsabilidad del fiador desaparece porque su obligación se halla extinguida por la dación en pago, así l señala el artículo 2407 del Código Civil.

3.4 LA NOVACION

Cuando hay cambio de deudor en la obligación afianzada, la fianza se extingue por vía principal, y se extingue por vía accesoria cuando hay cambio de la obligación principal, porque la novación no sólo extingue esta sino los accesorios y garantías de la misma. Para que la fianza sobreviva a la nueva obligación se requieree que el fiador haya consentido en forma expresa garantizar ésta.

3.5 LA TRANSACCION

La transacción que se celebra entre el acreedor y el deudor

dor repercute en beneficio del fiador, en este caso la fianza se extingue en forma indirecta, y lo es en forma directa cuando la transacción se efectúa entre el acreedor y el fiador. En el primer evento se extingue la obligación principal y en el segundo subsiste. Si los que transigen son el acreedor y el fiador y la obligación principal se extingue en términos menos gravosos que los estipulados, el fiador solo puede repetir contra el deudor por lo realmente pagado y no por el monto original de la obligación, recogiendo así, por analogía, el principio establecido para la remisión, según el cual la acción de reembolso no puede ser fuente de lucro para el fiador.

3.6 LA REMISION

Cuando el acreedor condona al deudor su obligación, la fianza se extingue por vía accesoria, y cuando la remisión la hace en favor del fiador, la obligación de este último se extingue por vía principal; así el acreedor renuncia a la fianza pero no a su crédito. En este caso el fiador carece de acción contra el deudor, a no ser que el acreedor le haya cedido la suya. El relevo de la fianza, de que habla el artículo 2406 del Código Civil, constituye una remisión y si el deudor es

insolvente entonces se configura una donación, como lo prevé el artículo 1454 de dicha obra, el cual dice: "No hace donación a un tercero el que a favor de éste se constituye fiador".

3.7 LA COMPENSACION

La fianza puede extinguirse por compensación operada entre el deudor y el acreedor, o entre éste y el fiador. En el primer caso se opone por lo que el acreedor le deba al deudor y en el segundo por el crédito que tenga el fiador contra el acreedor. En los casos previstos, la fianza se extingue en forma indirecta y directa, respectivamente.

3.8 LA CONFUSION

La confusión de las calidades entre acreedor y fiador o de éste con el deudor extingue la fianza por vía principal y lo es por vía accesoria cuando la confusión se produce entre el acreedor y el deudor.

3.9 LA PERDIDA DE LA COSA QUE SE DEBE

Si la pérdida de la cosa debida se produce por caso fortuito, la fianza se extingue en forma indirecta, pero

si obedec a culpa del deudor, u ocurre dentro de la mora del mismo, la fianza subsiste porque continúa garantizando la obligación de pagar el precio de la cosa y de indemnizar los perjuicios irogados al acreedor.

3.10 LA NULIDAD

Declarada la nulidad de la obligación principal d contera se extingue la fianza, en este caso por vía accesoria, por si la nulidad recae directamentee sobre la garantía, ésta se extingue por vía principal, subsistiendo la obligación afianzada. Cuando se predica la nulidad de la obligación principal por incapacidad relativa del deudor, la fianza subsiste porque, de conformidad con el artículo 1504 del Código Civil, modificado por el artículo 60 del decreto 2820 de 1974, los actos de los relativament incapaces producen obligaciones naturales y esta clase de obligaciones, como lo dice el artículo 2364 de la misma obra, son susceptibles de ser afianzadas.

3.11 LA CONDICION RESOLUTORIA

Cumplida la condición resolutoria en la obligación principal, dicha condición acarrea la extinción de ésta, y la de la fianza en forma indirecta. La mencionada

condición también puede recaer sobre la fianza, pero ya en forma directa, dejando subsistente la obligación del deudor porque, de acuerdo con el artículo 2366 del Código citado, la fianza puede sujetarse a modalidades.

3.12 LA PRESCRIPCIÓN

La obligación del fiador prescribe cuando también prescribe la obligación que garantiza. Este es el principio que sienta el artículo 2537 del mencionado Código, según el cual: "la acción hipotecaria y las demás que proceden de una obligación accesoria prescriben junto con la obligación a que acceden". Así pues, la prescripción jamás extingue la fianza por vía principal, dejando subsistir únicamente la obligación del deudor.

3.12 LA RESCILIACIÓN O MUTUO CONSENTIMIENTO

Las partes, con su voluntad autónoma, pueden dejar sin efecto la obligación principal, lo cual trae consigo la extinción de la fianza en forma indirecta. Pero la resciliación también puede darse respecto a la fianza únicamente, extinguiéndola en forma directa; es el caso del relevo de la fianza consentido por el acreedor y contemplado en el artículo 2406 del Código Civil.

3.14 LA PERDIDA DE LAS ACCIONES PARA LA SUBROGACION

Cuando las acciones del acreedor, en las cuales el fiador tenía derecho a subrogarse, se pierden por culpa de aquél, se produce la extinción de la fianza por vía principal; así se halla establecido en el numeral 2o. del artículo 2406 del Código mencionado.

3.15 LA PRORROGA DE LA OBLIGACION PRINCIPAL

La ampliación del plazo, otorgado por el acreedor a la obligación del deudor, sin el consentimiento del fiador, extingue la fianza en forma directa o vía principal, conforme lo dispone el artículo 1708 de la obra citada, así: "La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores... salvo que los fiadores accedan expresamente a la ampliación". Sobre el particular nuestra Corte Suprema de Justicia sostiene:

"Si el acreedor prorroga el plazo al deudor, sin aquiescencia expresa ni tácita del fiador, se extingue la responsabilidad de éste, aun cuando se hubiere obligado solidariamente al cumplimiento de la obligación del deudor".

CONCLUSIONES

Analizada la fianza desde los puntos de vista de: su origen, su evolución, su concepción actual por algunos tratadistas nacionales y extranjeros, y su tratamiento jurídico también actual dado por las legislaciones igualmente nacional y extranjeras como la chilena y la francesa, se deducen importantes conclusiones, así:

Se trata de una figura jurídica instituída para beneficio del deudor y como garantía para el acreedor porque, por una parte, reporta provecho para aquél, pues gracias a ella obtiene el favor de éste, y por la otra, con ella se le asegura a dicho acreedor que la obligación del deudor le será cumplida, bien por él mismo o en su defecto por el fiador.

Cuando el deudor no responde por su obligación, la fianza produce efectos pecuniarios, los cuales son normalmente para quien la otorga, el resultado de la improvisación, porque generalmente éste actúa movido por el ánimo desinteresado de servicio y confiado en la

buena fe del deudor, es decir, obra esperanzado en que este último cumplirá su obligación, desconociendo desde un comienzo los alcances y consecuencias jurídicas de su obligación adquirida, así actúe como fiador simple y no solidario. Como se vio en el desarrollo del presente tema, la falta de cuidado y de diligencia de quien se constituye como fiador lo lleva a comprometer su patrimonio para responder por el cumplimiento de la obligación del deudor, fenómeno que no ocurriría si, antes de adquirir su obligación, hiciera uso del derecho conferido por el legislador, limitando su responsabilidad a una determinada parte o cuota de la obligación afianzada.

Cuando el deudor incumple su obligación para con el acreedor, ordinariamente y aún cuando se trate de fianza simple, éste dirige su acción primeramente contra el fiador, debiéndolo hacer en subsidio a la intentada contra el deudor procediendo además a ejecutarlo con un embargo excesivo de bienes en relación con el monto del crédito que cobra. Contra dicho abuso el legislador le dio al fiador, por una parte, el mecanismo de defensa denominado beneficio de excusión, por el cual puede obligar al acreedor a que persiga primero al deudor en sus bienes para el pago de la obligación afianzada, con el fin de liberarse de su obligación personal. Pero si

no puede esquivar y detener la acción en su contra, y con el objeto de evitar el embargo de todos los bienes que integran su patrimonio puede hacer uso de otro recurso, consistente en solicitar procesalmente dictamen de peritos para que, si se establece que con el avalúo de determinados bienes se le satisface al acreedor la obligación afianzada, se limite la medida cautelar a éstos, y se liberen los demás de la persecución del acreedor. Igualmente se vio, cómo el acreedor, mediante la fianza, adquiere plenos derechos, mas no absolutos pues cuando la obligación principal está afianzada por varios fiadores simples, éste no puede dirigir su acción contra uno solo de estos para exigirle el total de dicha obligación, sino que debe hacerlo por la cuota parte que a cada uno de éstos le corresponde en la misma, principio que estableció el legislador como otro medio de defensa del fiador contra la persecución intempestiva y desbordada del acreedor.

Finalmente, y no obstante que la ley civil no consagra expresamente la regla general de equidad, en el sentido de que nadie puede enriquecerse sin derecho en perjuicio de otro, la jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera a falta de mandamiento legal, han sentado este principio para defensa de quien se empobrece en utilidad o provecho de otro. Es el caso del fiador que

ha pagado al acreedor la obligación del deudor, lo cual representa un sacrificio económico, evento en el que puede ejercer los derechos del acreedor contra el deudor o contra los demás fiadores, mediante el ejercicio de las acciones de reembolso y subrogatoria con el fin de obtener la devolución de lo pagado por concepto de la obligación afianzada.

Como resumen de todo lo expuesto sobre la fianza se puede decir, que si bien es cierto que el fiador desde un comienzo, está expuesto a responder pecuniariamente por la obligación del deudor, también es cierto que legal y jurídicamente está protegido contra el riesgo del perjuicio económico recibido por la fianza, atendiendo a la consideración de que quien se ha lucrado con ésta es el deudor y no él como fiador.

BIBLIOGRAFIA

- ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. Derecho civil contratos, Edit. Temis, Bogotá, 1980.
- BAYONA ZARATE, Pedro. La solidaridad en el derecho civil colombiano, Edit. Santafé, Bogotá, 1938.
- BONNECASE, Juliën. Elementos de derecho civil, t. II, Edit. José M. Cajicá, Puebla, México, 1945, traducción José M. Cajicá.
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de derecho usual, Edit. Heliasta SRL, 7a. ed. Buenos Aires.
- ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, nueva edición, Madrid, 1961.
- MADRID G., Mario Malo. Diccionario jurídico colombiano, t.I, Edit. Legis, Bogotá, 1988.
- MAUZEAUD, Jean, HENRY y LEON. Lecciones de derecho civil vol. III. Edit. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1969, traducción Luis Alcalá Zamora y Castillo.
- ORTEGA TORRES, Jorge. Código civil, Edit. Temis, 11 ed., Bogotá, 1976.
- OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Teoría general de los actos o negocios jurídicos, Edit. Temis, 3a. edic. Bogotá, 1986.
- PEREZ VIVES, Alvaro. Garantías civiles. Edit. Temis, Bogotá, 1986.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Tratado de las cauciones, Edit. Nascimento, Santiago de Chile, 1943.

TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de obligaciones, Edit. Derecho y Ley Ltda, Bogotá, 1979.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil de los contratos, vol. IV, Edit. Temis, 7o. ed. Bogotá, 1988.