

DEPARTAMENTO DE
HISTORIA
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES

LA FIANZA



TESIS DE GRADO PARA

OPTAR EL TITULO DE

DOCTORA EN DERECHO Y CIENCIAS

SCIB
00018567-1

POLITICA:

PRESENTADA POR:

ELENA BENITO REVOLLO DE ALMANZA.

23352

El Art. 83 del reglamento de la Facultad de Derecho y Ciencias Politicas de la - Universidad de Cartagena, dice:

"La Facultad no aprueba ni desaprueba los conceptos emitidos, - por los graduandos, ellos deben considerarse como propios de los autores".-

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA.-

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS.-

PRESIDENTES HONORARIOS:

DR. TOMAS FIGUEROA CERVANTES
SR. ROGER ALMANZA MARTINEZ.

PRESIDENTE DE TESIS:

DR. GUILLERMO GUERRERO FIGUEROA.

EXAMINADORES:

DR. RAUL H. BARRIOS
DR. RAFAEL H. DE LAVALLE G.
DR. *Alvaro Barrios A.*

CARTAGENA, COLOMBIA:

DEDICADA:

PAIRES.

HERMANOS.

ESPOSO.

L A F I A N Z A

C A P I T U L O I

EVOLUCION DE LAS GARANTIAS:

Las sociedades primitivas acudieron con mucha amplitud a las garantías personales, por ser éste el medio conocido dentro de esas sociedades para asegurar el cumplimiento de las obligaciones.-

En Roma los garantes, muy numerosos en las esferas procedimental afianzaban igualmente fuera de un proceso a los ciudadanos afortunados que se encontraban en las necesidades de pedir dinero en préstamos. En su origen, parece que solamente el garante podía ser obligado en la ejecución forzosa, por no quedar sujeto el deudor mas que por la deuda. Posteriormente la obligación del fiador se confundió con la del deudor principal, originandose una obligación solidaria entre ellos. Despues como resultado de una lenta evolución, en las costumbres primeramente, y a continuación en el derecho, por medio de la Fidejussio indermitatis, y despues por la introducción, bajo Justiniano, del del beneficio de Excusión, se afijó el caracter accesorio de la fianza, caracter que le ha permitido al fiador constreñir al acreedor a demandar en primer termino al deudor principal, y que ha mejorado así la suerte del fiador.-

La fianza pudo desenvolverse en la Roma arcaica gracias a la facilidad conque un deudor se procuraba fiadores.-Las relaciones intimas de los miembros de una misma familia o de una misma Gens, las relaciones entre patronos y clientes creaban obligaciones recíprocas, entre ellas, el deber moral de garantía; los políticos se complacian igualmente en garantizar las deudas de su clientela electoral.-

Pero otra causa explica el favor de que ha disfrutado la fianza: la agregación de fiadores era para los acreedores una garantía - muy seria de pago, en razón de posibilidad de la ejecución sobre la persona del fiador, apenas si era concebible que un insolvente fuera propuesto como fiador, puesto que, al vencimiento, corría el riesgo de ser matado o ser vendido como esclavo si la deuda no era pagada.-

La mitigación ejecutiva, así como también en la legislación favorable a los fiadores, tuvieron por resultado el desviar a los prestamistas de la fianza y atentar contra el crédito.-

Teniendo en cuenta lo anterior, es decir, la pérdida del rigor original de la fianza, se procedió a idear nuevos sistemas de garantías, apareciendo las llamadas garantías reales.-

En el antiguo de hecho Francés, luego de las invasiones germánicas, la fianza, recuperó gran importancia gracias a la eficacia de que concedía el rigor de la ejecución en las leyes Barbaras.- Ese rigor se atenó por otro lado, como había sucedido en Roma.- El derecho mismo de la fianza se suavizó cuando se admitió en el siglo XIII el beneficio de excusión, algo más adelante, el beneficio de división.-

Movido por consideraciones de humanidad, el legislador ha intentado suavizar la suerte de los fiadores; pero en la práctica para satisfacer las necesidades del crédito, se ha esforzado por obtener de los fiadores la renuncia a las ventajas que les eran concedidas por la ley.-

Como se dijo anteriormente, el derecho Romano ha conocido esa doble evolución en su origen, el fiador fué considerado como un deudor so-

lidario, obligado por el mismo título que el deudor principal.- Mas adelante se dedujo el carácter accesorio del compromiso del fiador.-Se le reconoció a este el beneficio de excusión, que obliga al acreedor a perseguir en primer lugar al deudor principal; y el beneficio de división, que, caso de pluralidad de fiadores, la fuerza a dividir las persecuciones judiciales entre los fiadores.-Pero la práctica creó la fianza solidaria para impedir el juego de esos beneficios.-

El antiguo Derecho Francés abandonó, por influencias de los textos Romanos, el rigor del trato infligido primitivamente al fiador; adoptó el beneficio de excusión y el de división (Artículos 2.011 a 2.043 C.C.Francés).-Beneficios que también se encuentran consagrados en nuestra legislación, donde la fianza ha mantenido el carácter de accesorio del compromiso del fiador y los beneficios son renunciables y en la práctica ocurre con mucha frecuencia, para poder facilitar las necesidades del crédito.-

C A P I T U L O II

DEFINICION EN EL DERECHO COLOMBIANO:

Nuestro código civil define el contrato de fianza como "Una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte si el deudor principal no la cumple.-"

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

El Dr. Pérez Vives considera que la calificación de la fianza como "Obligación accesoria" en la definición del C. Civil, es un tanto vaga, puesto que no da la idea clara y exacta de la naturaleza, - cual es la de constituir una especie de caución o garantía y la de ser personal, esto es; la de obligar al fiador en todos sus bienes al pago de la garantía, en caso de que el principalmente obligado no cumpla.- De ahí que defina la fianza como "Una garantía personal accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte si el deudor principal no la cumple". Como se ve en esta definición resalta el carácter personal de la fianza, observación que considera muy acertada y fundamental importancia por ser una de los caracteres de la fianza, - con lo cual se ratifica la calidad de gravamen personal que esta tiene.-

El aspecto peculiar de esta garantía, que está representado por la obligación del fiador, no está en el hecho de que un determinado bien, o determinados bienes, del fiador sean puestos a disposi-

ción del acreedor; si fuese así tendríamos la figura de prenda o hipoteca. - Por el contrario, en el caso de la fianza, todo el patrimonio del fiador está a disposición del acreedor garantizado, hasta la concurrencia de los derechos de este último; el fiador no se sustrae al principio de la responsabilidad ilimitada. - El carácter específico de la garantía prestada por el fiador está en esto; que los acreedores no garantizados por fianza quedan excluidos de concurrir sobre el patrimonio del fiador, mientras concurren sobre el patrimonio del deudor principal. - Por consiguiente en un cierto sentido la fianza funciona, en forma que establece una especie de relación a favor del acreedor en cuanto excluye, del concurso sobre el patrimonio del fiador a aquellos otros acreedores respecto de los cuales no se ha concedido la fianza. -

El contrato accesorio de fianza a una garantía personal y en consecuencia de él no se genera sino una acción simplemente 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. -

De manera que el fiador está al frente del acreedor en la misma consideración que el deudor principal. - Pero puede suceder que este, que garantiza la obligación del deudor caiga en insolvencia y se imposibilite así el cumplimiento de su garantía, de aquí precisamente nace la desventaja que para el acreedor tiene esta garantía personal y en esta consideración surge la eficacia mayor que para el efecto de garantizar las obligaciones corresponde a los contratos accesorios reales, prenda, hipoteca, anticresis, por medio de los -

cuales la garantía que se presta se desvincula de aquella posibilidad.-Teniendo en cuenta el carácter personal de la fianza se expresa el Dr. Alvaro Pérez Vives en la siguiente forma: "Decimos que la fianza es una garantía personal, porque el fiador queda respondiendo de la deuda o de la indemnización por el incumplimiento, según el caso como el deudor subsidiario, o sea, que se compromete personalmente al pago de aquellas, a diferencia de lo que sucede con quien otorga una garantía real, que solo compromete la cosa sobre que recae, quedando libre de toda obligación personal.-En la fianza el acreedor tiene el derecho subsidiario de persecución sobre la totalidad de los bienes que integran el patrimonio del fiador, mientras que la garantía real carece de este derecho, debiendo limitar su persecución a la cosa objeto del gravamen.-En desquite, el acreedor hipotecario no está sujeto a que el dueño del bien hipotecado para responder por una deuda ajena, le oponga el beneficio de excusión.-"

NATURALEZA DEL CONTRATO DE FIANZA:

Este es un contrato consensual, unilateral, generalmente gratuito y accesorio.-

a) LA FIANZA ES UN CONTRATO CONSENSUAL:

El que la fianza sea un contrato consensual indica que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades, excepción hecha de las limitaciones para las obligaciones cuyo valor sea superior a \$ 500,00, en los cuales debe existir un escrito a fin de producir del afianzamiento.-También la fianza comercial es solemne (art. 953 C.C.)

Pero si es consensual, no obstante jamás se presume; debe ser expresada (art. 2.373 C.C.). Nuestra legislación adopta un término medio entre la absoluta consensualidad de la fianza y el punto de vista de otras legislaciones que exigen la solemnidad. - Según el art. 766 del C. Civil Alemán, todo contrato de fianza debe asumirse por escrito de la declaración del fiador, y no la aceptación por ante del acreedor. - Los interpretes de este Código advierten que esta solemnidad para la validez de la fianza se debe a la circunstancia de que dar fianza es una operación aventurada, porque en la mayoría de los casos se contrae con la esperanza de que el deudor principal, cumplirá por sí la obligación, creyéndose, por lo tanto, poderle complacer sin daño alguno. -

El requisito de que la fianza sea expresa solo indica que en ningún caso se presume, y que no existen fianza tácita; además, - que si un acreedor propone a otro afianzar a su deudor y no media repuesta, de tal hecho no se induce una fianza como sucede en el mandato. - Sobre el particular se presenta el problema de señalar en que casos la simple recomendaciones que una persona no hace de otra constituyen o no fianza. - En la jurisprudencia francesa, en donde existe la misma regla de nuestra legislación, se ha sostenido que existe fianza cuando, en su correspondencia, un hijo declara a un acreedor eventual que las obligaciones de su padre serán sagradas para él. - En el derecho Chileno se estableció que había fianza en la carta de virtud de la cual una persona le decía a otra que garantizaba las cancelaciones de los pedidos que hiciera un cliente (Alessandri, Sumarriva y Vodanovic). -

En todo caso, las simples recomendaciones que dadas las circunstancias no constituyen la fianza, pueden generar para quien las dió, la obligación de indemnizar los perjuicios causados cuando el acreedor abrió crédito con fundamento en ellas, especialmente si se han expedido de mala fé o con manifiesta negligencia de su falta de veracidad. Si un banco certifica de uno de sus antiguos empleados su absoluta honorabilidad y con base en dicha certificación una casa comercial lo emplea podrá demandarse al banco si éste tenía conocimiento de la falta de honrradez de su empleade en razón de los perjuicios que le ocacione.-La doctrina enseña que es suficiente la simple culpa de las recomendaciones, para que pueda comprometerse la responsabilidad del emitente (Planho y Ripert).-

b) LA FIANZA ES UN CONTRATO UNILATERAL:

La fianza es por naturaleza un contrato unilateral, porque solo resulta obligado el fiador a pagar la deuda en caso de que no lo haga el deudor. El acreedor no contrae obligación alguna por el contrato, porque si bien es cierto que conforme el Art. 2381 está obligado a conservar los derechos en que se subroga el fiador una vez efectuado el pago, esta obligación emana de la ley y no del contrato.-

Hemos dicho que la fianza es por naturaleza Unilateral, pero no por su esencia, lo que significa que se transforma en bilateral si el acreedor contrae alguna obligación en el contrato. Al respecto se expresa el Dr. Alvaro Pérez Vives: No ostante la fianza puede, excepcionalmente, convertirse en bilateral, como cuando el acreedor contrae por el contrato alguna obligación correlativa a

la que asume el fiador, verbigracia, el pago de una prima o suma de dinero".-

o) ES UN CONTRATO GRATUITO:

Por la regla general la fianza es un contrato gratuito, porque el que se obliga es el fiador en beneficio del acreedor.-Pero lo curioso es que este caracter resulta de estudiar la situación del deudor, que en realidad es ajeno al contrato, como lo expresa el Art. 2.371 que dice: "Se puede afianzar sin orden y aun sin noticia, y contra la voluntad del principal deudor". Al respecto se expresa Baudry Lacantinerie, explicando el caracter gratuito de la fianza expresa: "Que no lo es con relación al acreedor, porque con ella no se hace sino asegurar el pago de algo que se le debe, - pero si para el deudor, ya que él obtiene una ventaja gratuita:" "Obtiene en efecto gracias a la intervención desinteresada y generosa del fiador, un crédito que sin ella se le habría reusado".- Sin embargo, a lo expresado por dicho autor, puede observarse que si la fianza se otorga con posterioridad a la celebración del contrato principal, es decir despues que el acreedor ha otorgado el crédito, ninguna ventaja le reportaría al deudor la constitución de la garantía; en cambio, para el acreedor la ventaja es evidente porque obtiene una seguridad de que carecía al momento de nacer la obligación principal.-

En todo caso el complejo caracter que presenta la fianza no es de su esencia.-Bien puede que no presente esta característica ni para el deudor ni para el fiador, si aquel estipula con este una remuneración por el servicio que le presta, como lo dice el Art. 2.367 - del C. Civil Col.-

Si la remuneración fuere ofrecida al fiador, no por el deudor sino por el acreedor, también pierde el contrato el carácter de gratuito; pero en este caso no habría propiamente fianza - sino un contrato inominado de gran semejanza con el seguro. - En concordancia con el anterior se expresa el Dr. Arturo Valencia Zea: "Frente a las relaciones entre fiador y acreedor es de la esencia de la fianza que esta sea unilateral, es decir a título gratuito. - Si el acreedor se obliga a una remuneración para el fiador en razón del servicio, el contrato degeneraría - en otro de naturaleza diferente, generalmente el de seguro". - En relación con lo anotado por el tratadista Salvat, se establece una gran diferencia con el derecho Colombiano, en relación con la estipulación remunerativa de parte del acreedor con el fiador. - Puesto que mientras en la legislación Argentina puede hacerse tal estipulación sin variar la naturaleza del contrato, en nuestra legislación degeneraría en otro contrato, cual sería el de seguro. -

Los hermanos Mazeaud sostienen que el contrato de fianza no es un contrato gratuito. Su argumentación es la siguiente: "El fiador no se obliga para con el acreedor llevado por un espíritu de liberalidad para con éste; no realiza un acto de beneficencia a favor del acreedor. - Los autores que presentan la fianza como un contrato gratuito no enfocan el contrato de fianza sino el contrato por el cual el deudor le da al fiador el mandato -

de obligarse, contrato que, en principio es a título gratuito, por ser el servicio prestado por el fiador al deudor principal "Un servicio de amigo"; pero que es a título oneroso cuando el fiador exige una remuneración".-Como se puede observar los hermanos Mazeud tienen en cuenta es la relación entre el fiador y el acreedor que en realidad no tiene nada de gratuidad.- Pero que si nos referimos a las relaciones entre el deudor y el fiador lo común tanto en la esfera civil y lo comercial es la no retribución del fiador que asume su compromiso accesorio por razones de amistad, parentesco, reciprocidad, siendo la costumbre mercantil repudia la honerosidad de este contrato de garantía.-

d) ES UN CONTRATO ACCESORIO:

La fianza es un negocio jurídico-accesorio, que supone necesariamente una deuda principal que garantiza el fiador no se obliga a título principal con respecto al acreedor, sino solamente ante previsión del incumplimiento del deudor; se compromete para el supuesto de que el deudor no pague.-Del carácter accesorio de la fianza derivan varias consecuencias:

I).-Ante todo, la obligación del fiador solo nace en la medida en que exista una obligación principal.-

Este principio no se opone al afianzamiento de deudas futuras ni a la promesa de fianza.-"Sobre esto se pronuncia el código Civil Col. en su inciso segundo: "Podrá también afianzarse una obligación futura; y en este caso podrá el fiador retractarse - mientras la obligación principal, quedando, con todo responsable al acreedor y a terceros de buena fé, como el mandante en el caso del Art. 2199".-

En el afianzamiento de deudas futuras la obligación del fiador se haya sometida a una condición suspensiva.-Según Enneccerus: "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".-

Para que la retractación produzca efectos debe notificarse al acreedor.-Tal es el síntesis la exigencia del artículo 2365 - inciso 2º., en relación con el 2199.-

Esa notificación no es necesaria que se haga al público por - periódicos y carteles como se exige en el mandato, por cuanto - la retractación de la fianza va dirigida solo al acreedor y - solo a el perjudicando.-

No exige invariablemente al citado artículo que la deuda futura afianzada sea líquida, ya que pueda afianzarse una deuda futura cuyo importe no es conocido; pero no podrá hacerse efectiva contra el fiador sino cuando sea líquida.-

2).-El carácter accesorio de la obligación del fiador se pone de relieve ante la circunstancia de que la invalidez de la fuente la obligación principal, produce la extinción de esa obligación.-

3).-La obligación accesoria del fiador puede garantizar el cumplimiento de una obligación condicional o sometida a plazo -- (C.C.Col.2.365).-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 fianza.-

4).- La obligación del fiador no puede ser más gravosa que la del deudor principal: Este caracter es puesto de presente por los artículos 2369 y 2370 del Código Civil Col.-

"El fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal, no solo con respecto a la cuantía sino al tiempo, al lugar, a la condición al modo de pago, o a la pena impuesta por la inajecución del contrato que accede a la fianza; pero puede obligarse en términos menos gravosos". (C.C. Col. Art. 2370, párrafo 1º).- Pothier enseñaba que la obligación del fiador no podía ser más gravosa que la del deudor principal - no solo "Quantitate", sino también "dice", "Loco", "Conditions" y "Modo".-Consecuente con este principio y hasta cierto punto incurriendo en una repetición, el inciso primero del Art. 2369- agrega por su parte "El fiador no puede obligarse a "mas de lo que deba el deudor principal, pero obligarse a menos".-

Aplicando las disposiciones citadas, tenemos que la obligación del fiador no puede devengar intereses si ellos no corren contra el deudor, o ser mayores que los estipulados con este, porque desde el punto de vista del monto de su obligación sería mas gravosa que la del deudor principal.-

Tampoco la obligación del fiador puede exceder en cuanto al plazo a del deudor principal.-Es decir que se puede constitu-

18

irse fiador una persona a un término igual para el cumplimiento de la obligación o también superior, pero lo que es imposible es obligarse a un término inferior al concedido por el acreedor al deudor principal.-En caso que se amplie el plazo de la obligación principal, se extingue la fianza, según lo preceptuado por el artículo 1.708 del C.C.Col.- cuando aplicando la regla general debía también ampliarse el plazo al fiador, para que así su obligación no fuera más grave que la del deudor.-Sin embargo, esta excepción se justifica, porque la alteración del plazo se ha convenido entre acreedor y deudor sin el consentimiento del fiador, y por lo tanto, es lógico que no lo obligue.-

La mayor gravedad de la obligación del fiador puede emanar también del lugar en que debe efectuarse el plazo de pago, cuando por ejemplo, se comprometiera a efectuarlo en un lugar distante, que le acarreará mayores dificultades.-

También sería más gravosa la obligación para el fiador si se obligara pura y simplemente, siendo condicional la obligación del deudor.-

En cuanto al modo puede presentarse el caso de que la obligación del fiador sea más gravosa como por ejemplo, si el fiador se comprometiera a pagar en dinero efectivo o en determinada-

clase de moneda y el deudor no tuviera estas limitaciones.-

Finalmente la obligación del fiador no puede ser mas gravosa desde el punto de vista de la pena que se estipule, así, no podría pactarse una pena en la fianza si ella no existe en la obligación principal; o si la hay en ésta, no sería lícito estipular en la fianza que se pudiera exigir la pena conjuntamente o con el valor de la fianza.-

La ley no se opone en el caso de que la obligación del fiador sea mas gravosa que la del deudor principal en cuanto a la calidad de las obligaciones.-Ello porque de conformidad con el artículo 2370 inciso 2º, la obligación del fiador - consiste siempre en pagar una cantidad de dinero.-

SANCION CUANDO LA OBLIGACION ACCESORIA RESULTA MAS GRA-

VOSA QUE LA DEL DEUDOR :

La que excede bajo cualquiera de los respectos indicados en el párrafo Iº del artículo 2370, deberá reducirse a los términos de la obligación principal.-En caso de duda se aceptará la interpretación más favorable a la conformidad de - las desobligaciones principales y accesorias", (Art.2370, inciso 3º y 4º).-

EXCEPCIONES A LA REGLA EXPUESTAS :

Contra las reglas que explican el caracter accesorio de la fianza parece que se levantan algunos textos legales.-

1º).- En primer lugar tenemos el articulo 2364, según el cual la obligación a que accede la fianza puede ser civil o natural.- En efecto si al afianzarse una obligación natural, la obligación accesoria es civil, tendremos entonces un fiador obligado en términos mas gravosos que el deudor, - pues al paso que el acreedor no puede exigir la obligación del deudor, si la puede exigir del fiador.- El articulo 2364 se complementa con el numeral 3º del articulo 2384, según el cual el fiador de una obligación natural no goza del beneficio de excusión (A ello equivale la expresión de que la obligación principal debe producir acción para tener derecho al citado recurso; y solo las obligaciones naturales - están desprovistas de acción).-

2º).-El segundo lugar tenemos el párrafo segundo del articulo 2370, que establece que el fiador podrá obligarse de modo más eficaz, por ejemplo, con una hipoteca, aun cuando la obligación principal no la tenga.-Esta disposición es sustantiva excepción a la regla general que consagra el caracter accesorio de la fianza.-Mas en este caso nos hayamos ante una institución diferente a la fianza pura, estos, ante una fianza hipotecaria y conviene aclarar que la fian-

(118)

za hipotecaria es una institución que combina a un mismo tiempo una seguridad personal y una real.-

DIFERENCIA DE LA FIANZA CON LA SOLIDARIDAD : PASIVA :

Es conveniente distinguir estos dos fenómenos jurídicos.- De una parte, se habla de la fianza solidaria; de la otra, se dice que la solidaridad es una forma de garantía personal no obstante, entre fianza y solidaridad existen grandes diferencias:-

I).-Para que exista solidaridad es menester que todos y cada uno de los codeudores se obliguen a una misma prestación.- Esta exigencia de que la obligación de los varios obligados tenga un mismo objeto es fundamental, porque sin ella sería inaceptable que cada uno de los deudores pueda ser obligado por el total.- No ocurre lo mismo en la fianza como veremos; mas aun hay casos en que la obligación del fiador tiene necesariamente un objeto distinto del objeto de la obligación afianzada.-

Por ello el fiador que, como tal, se obliga en calidad de "Deudor solidario" al pago de una suma de dinero en caso de que el deudor principal incumpla su obligación de hacer o de dar una cosa que no sea dinero no es un codeudor solidario sino un deudor solidario que en ningún caso está a ejecutar

la prestación del deudor principal, porque si lo estuviera ya no estaría en presencia de una fianza (Art. 2369, inciso 2º y 3º).-

2º).-La solidaridad da a cada obligado el caracter de deudor principal, la fianza, en cambio, obliga al fiador subsidiariamente.-Por ellos los codeudores solidarios no gozan de los beneficios de excusión que caracterizan la fianza simple.- (Art. 2383 y 2392).-

El fiador que se obliga como deudor solidario, a que nos acabamos de referir carece de los aludidos beneficios, aunque no sea realmente un codeudor solidario.-

Esto se debe a que la expresión de obligarse solidariamente lo hace responsable en primer término y por el todo; pero le quita su caracter de fiador, puesto como vimos, no se obliga a ejecutar la prestación del deudor principal, sino a pagar una suma de dinero, como es de rigor tratandose de fianza.-

3º).-Acabamos de ver que la solidaridad es inconcebible cuando las obligaciones de los fiadores debe tener siempre por objeto una suma de dinero.-Esto significa que si la obligación principal es de hacer o de dar una cosa que no sea dinero y el fiador se obliga "mancomunada y solidariamente" con el deudor principal o como "codeudor solidario y fiador" de dicho deudor o como "fiador solidario" de él o en términos semejantes, habría que decidir ante cual de las dos figuras jurídicas

nos hayamos.-Si se resuelve que el contrato es de fianza hay que descartar toda posibilidad de que el fiador ejecute la obligación principal en cambio, si del tenor o del espíritu del acto aparece claramente que el supuesto fiador está obligado a la misma prestación que el deudor principal, la fianza sería inaceptable y habría que concluir en la existencia de un caso de solidaridad (El pretendido fiador sería un codeudor solidario), ya que, según el inciso final del artículo 2369, "La obligación de pagar una cosa que no sea dinero en lugar de otra cosa, o de una suma de dinero, no constituya fianza ", y según el inciso tercero del mismo precepto, "Afianzando un hecho ajeno se afianza solo la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuelva".-

Igualmente, no habrá solidaridad y si fianza, si la obligación principal es meramente natural, ya que la obligación del codeudor solidario sigue necesariamente la naturaleza de la obligación del codeudor desde el momento que deben tener el mismo objeto, y en tal caso del fiador de una obligación natural es inconcebible que se trate de una obligación solidaria, ya que las obligaciones naturales no confieren al acreedor derecho para exigir su cumplimiento; en cambio ordena el artículo 2364 que el fiador de una obligación accesorio, ya que dichas obligaciones naturales son susceptibles de afianzarse.-

4º).-La obligación solidaria se contrae con el consentimiento de todas las partes.-En el acto de concluirse el contrato, el acreedor acepta como sus codeudores solidarios a los que en tal calidad se obligan, y éstos expresan su voluntad de serlo.-En la fianza, por el contrario, no es necesaria la aceptación del deudor, contra cuya voluntad o sin su consentimiento, inclusive sin conocimientos puede obligarse al fiador.-

5º).- La obligación del codeudor solidario dura tanto como dure la obligación principal; la fianza puede extinguirse antes, porque así se ha pactado, v. g. por gracia, sujetándola a un plazo o condición extintivos; igualmente, puede nacer después de la obligación principal.-

DIFERENCIA ENTRE LA FIANZA Y LA ESTIPULACION O PROMESA POR

OTRO:

En la promesa por otro el promitente se obliga a obtener el consentimiento de un tercero a una obligación o la ejecución de esta por aquel, y, en caso de no obtenerlo, a pagar los perjuicios que sufre el estipulante.-No obstante, el promitente no es un fiador, tanto porque al no ratificar dicho tercero la promesa, la obligación de este no nace, con lo cual faltaría el requisito de la existencia de una obligación princi-

pal, porque la obligación de pagar perjuicios a cargo del -
promitente, es por sí sola, una obligación principal, por -
cuyo pago no puede repetir contra el tercero.-

DIFERENCIA ENTRE LA FIANZA Y EL SEGURO DE CREDITOS:

La obligación del asegurador de un crédito es diversa de la
del deudor cuyo crédito se asegura; tiene su causa en un con-
trato de seguro y su contrapartida en las primas pagadas -
por el asegurado.- Su objeto no es el cumplimiento de la -
obligación garantizada, sino solamente la separación del per-
juicio causado por la falta de solidez del crédito.-La obli-
gación del asegurador es principal e independiente.-

DIFERENCIA ENTRE LA FIANZA Y LA DELEGACION:

La delegación, inclusive la delegación imperfecta, requiere,
de modo necesario que el delegado se obligue de modo prin-
cipal.-En virtud de ella, el acreedor tiene dos deudores en
vez de uno, bien sea que el antiguo queda obligado solidaria
o subsidiariamente, bien sea que el nuevo deudor asuma el -
pago de una parte de la obligación antigua.-En cambio, la
fianza engendra una obligación subsidiaria.-El fiador.-
Por ello hemos considerado que es una fianza y no una delega-
ción el caso el que el nuevo deudor queda obligado solo en-

forma subsidiaria, porque si el acreedor no puede exigirle - en primer término el pago es porque no ha sido delegado pa - ra él, quedando reducida su intervención en el negocio a res - ponder de obligación en el caso de que el deudor principal - no la cumpla, que es precisamente el papel del fiador.-

DIFERENCIA ENTRE LA FIANZA Y LAS OBLIGACIONES CONJUNTAS:

Los codeudores de una obligación no solidaria están obliga - dos de modo principal, desde luego cada uno por su parte.- El acreedor, si bien no puede exigir de cada codeudor el to - tal de la obligación, puede demandarle el pago de su parte - como si se tratara de una obligación independiente y prin - cipal.- El fiador, como hemos dicho tantas veces, no está obli - gado sino en forma subsidiaria, pero lo está por el total de la obligación contraída por dicho fiador.- Si el deudor p - principal no paga, puede el acreedor exigir del fiador la - totalidad de la garantía.- Solo en caso de que sean varios los fiadores y no se hayan pactado la solidaridad entre - ellos, cabría el beneficio de división.- Aquí se aplicaría una de las reglas de las obligaciones conjuntas pero habría obli - gación conjunta propiamente hablando, porque los fiadores con - tinuarían obligados subsidiariamente.-

DIFERENCIA ENTRE LA FIANZA Y LA ESTIPULACION, PARA OTRO:

La estipulación para otro implica una promesa del obligado - en favor de un tercero, que solo puede ser exigida por dicho tercero y que debe cumplirse en el caso de que ésta la acepte. El promitente queda obligado para con el estipulante a cumplir la prestación prometida en favor de tercero; al aceptar este, nacen para sí los derechos que son el efecto de la obligación del promitente.- Pero el estipulante puede exigir el pago de la prestación prometida, ni queda obligado en forma alguna para con el tercero beneficiario de la promesa.- El fiador, en cambio, queda obligado para con el acreedor en el caso de que el deudor principal no cumpla.- Por ello la fianza requiere de modo necesario la existencia de una obligación principal, mientras que igual requisito no se exige para la validez de una estipulación para otro.-

C A P I T U L O III.-

REQUISITO DE VALIDEZ :

Como contrato, la fianza necesita para su validez los requisitos generales de toda declaración de voluntad, esto es, consentimiento, capacidad, objeto y causa - licitos.- A ellos debemos agregar uno propio de la fianza que deriva de su caracter accesorio, cual es la necesidad de la existencia de una obligación principal a la que acceda.-

EL CONSENTIMIENTO:

NO SE RESUME, DEBE SER EXPRESO:

En consecuencia, la forma de manifestar el consentimiento en ella no está sujeta a solemnidades; puede ser tanto verbal como escrita, según que la obligación sea o no inferior a \$ 500,00.-

Pero si bien hay ausencia de solemnidades, es necesario tener presente que en conformidad al artículo 2373 inciso I°. La fianza no se presume.- Como observa Laurent,

"Hay cierta impropiedad en decir que la fianza no se presume, porque no solo respecto de ella acontece así, ya que ninguna otra obligación se presume.-Lo que quiere significar al legislador que no se presume, es que el consentimiento debe ser expreso, con lo que hace una excepción al principio según el cual en Derecho vale tanto el consentimiento manifestado en forma expresa como el que se manifiesta tácitamente.-

De manera pues, para que exista voluntad expresa de obligarse como fiador, no es preciso que se haga constar en formulas sacramentales que el Derecho moderno repudia.-Basta que se diga que una persona se obliga a pagar o a garantizar la obligación de otro, o que de los términos expresos cualesquiera que sean ellos, aparezca tal intención, para que la voluntad de servir de fiador sea expresa.-

Si bien el consentimiento del fiador en el contrato de fianza no puede manifestarse en forma tácita, no acontece lo mismo tratándose del consentimiento del acreedor: respecto de esta recobra su imperio la regla ge-

neral de que vale tanto en Derecho consentimiento -
expreso como el que se otorga tácitamente.- Se com-
prende que no se exija que la voluntad del acreedor
se manifiesta expresamente, porque la fianza lejos -
de encerrar un peligro es para él beneficiosa, pues
le representa una mayor seguridad en el pago de la -
obligación.-

Respecto del deudor, la voluntad de éste no es ne-
cesaria; se desprende esta conclusión de lo dicho -
por el artículo 2372, según el cual "Se puede afian-
zar sin orden y aun sin noticia, y contra la volun-
ted del principal deudor".-Así lo ha resuelto la -
Corte Suprema de Justicia (Sala Negocios Generales.-
Septiembre 19 de I.932 "Gaceta Judicial Titulo XII -
Pag. II6).-

LA CAPACIDAD :

GENERALIDADES:

El artículo 2376 establece que el obligado a prestar
fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como -
tal.- En relación con esto nos preguntamos si para -

ser fiador basta una capacidad general o es necesario una capacidad especial.--O en otros términos, hay personas capaces para celebrar los actos de la vida -- civil, en general, a quienes les está vedado obligarse como fiadores?.-

La solución de estos interrogantes, según el Dr. - Pérez Vives es de importancia, comoquiera que su respuesta afirmativa implicaría una limitación a la capacidad civil de las personas afectadas por esta situación.-

Los autores Chilenos aceptan que para ser fiador se requiere una capacidad especial, con fundamento en el artículo 2350 de su código (2376 del C.C.Col.), - según el cual "El obligado a prestar fianza debe - dar un fiador capaz de obligarse como tal es decir, que tenga la capacidad especial que se requiere para ser fiadores.-Y agregan que el artículo 2342 del código chileno, establece cual es esa capacidad especial.-

Efectivamente, según el texto citado el último lugar, no puede obligarse como fiadores: 1º. Los Obispos; - 2º. Los religiosos; 3º. Los ordenados insacris, a no ser estos últimos por sus Iglesias o por otros Clericos o por personas desvalidas.- Finalmente las mujeres casadas y las personas bajo patria potestad o guarda.-

No siguió nuestro código el artículo 2342 del C. Chileno.- Abandonó las reglas del derecho Español antiguo que prohibía a los Obispos, religiosos, y ordenados in Sacris, obligarse como fiadores.- Solo estableció cierta restricción en el artículo 2368 que dice "Todo individuo puede obligarse como fiador por otros, con las excepciones siguientes : 1º. Los menores de edad; 2º. Los furiosos, prodigos, sordomudos, y mentecatos; 3º. Las mujeres casadas.-

De modo, pues, que entre nosotros el principio es que toda persona capaz puede servir como fiadores; en cuanto a las incapaces ya veremos su régimen, - porque nuestro derecho se distanció en esto del Chileno.-

EL OBJETO :

DEBE CONSISTIR EN PAGAR UNA SUMA DE DINERO: .

El objeto de la obligación del fiador consiste siempre en pagar una cantidad de dinero.-Así lo proclama el artículo 2369 inciso 2º., 3º., y 4º., al decir que - el fiador puede obligarse a pagar una suma de dinero en lugar de otra cosa de igual o mayor valor; cuando el fiador afianza un hecho ajeno se afianza solo la indemnización en que el incumplimiento del hecho - se resuelva; y finalmente dice: "La obligación de - pagar una cosa que no sea dinero en lugar de otra - cosa, o de una suma de dinero, no constituye fianza". Lo que quiere decir en este último caso que si se celebrare un contrato semejante sería de los llamados - innominados, pero nunca lo sería de fianza.-

Al existir nuestro código como obligación del fiador siempre consiste este en pagar una cantidad de dinero, abandonó el principio que imperaba en el derecho Romano y que preconizaba Pothier.- En aquella legislación lo único que se exigía era que fueran iguales -

los objetos de las obligaciones del deudor y fiador.-
Serafine dice al respecto: "De la naturaleza accesoria de la fiadur^a resulta que jamás puede referirse a un objeto distinto de el de la obligación principal.-Pothier conserva la misma exigencia pero acepta que el fiador se obligue a pagar una cantidad de dinero en lugar de un objeto distinto, dando como razón que, por ser en dinero la estimación común de todas las cosas, el que se obliga a pagarlo a una cosa distinta de la obligación principal, Don Andres Bello no exigía en los primeros proyectos de código que la obligación del fiador fuera siempre en dinero; esta exigencia la formula por primera vez en el artículo 2.50^o del proyecto de 1.853, y lo curioso es que cita en su apoyo las ideas de Pothier, que, como acabamos de ver no son exactamente las mismas.-

La necesidad de que la obligación del fiador consista en pagar una cantidad de dinero nos lleva a analizar la cuestión de determinar si existe fianza cuando el que garantiza la obligación se compromete a pagar

en moneda extranjera.-Siguiendo a Pescio tenemos que resolver el punto negativamente, porque como muy bien observa este autor-dinero, según Escriche, es la moneda corriente de un país, o sea, la que tiene curso legal en él, y, de acuerdo con la ley monetaria de 14 de Oct. de 1.925 las monedas extranjeras en Chile no tienen capacidad legal de pago.- No abandonamos esa solución entre nosotros, desde el momento que las leyes vigentes sobre el particular deciden que las obligaciones en monedas o divisas extranjeras deberán pagarse en la moneda legal colombiana en la proporción que dichas leyes determinan.-

LA CAUSA :

En nuestro derecho la causa constituye uno de los requisitos fundamentales de la obligación y del contrato.- Pero existen casos aislados en que nuestro Código rompa con el principio y admite de modo excepcional la validez del negocio por el simple consentimiento.- tal ocurre en la fianza que es un acto abstracto.-

Los actos abstractos se presentan cuando tratándose de relaciones jurídicas entre tres personas, una de

ellas queda por orden de la otra en situación de deudor frente a la tercera.- Entonces la obligación del deudor (fiador) para con el acreedor es de carácter abstracto, porque no existe vínculo alguno de orden jurídico-entre ellos, y la causa hay que buscarla, no en las relaciones de estas personas, sino en las que ligan al deudor (principal) con la persona por cuyo orden o iniciativa actúa.-

Como dice Capitant: "El fin que persigue el deudor - al obligarse no forma parte de su manifestación de voluntad, la que queda reducida al simple consentimiento, es decir, al hecho de obligarse".-

De lo anteriormente dicho se desprende que la fianza tenemos que considerarla precisamente dentro de esta clase de actos abstractos, y que, en consecuencia, - para ver cual es la causa de la obligación del fiador, no podemos considerar aisladamente el contrato de fianza en el cual el fiador se limita a prestar el consentimiento, si no que es forzoso recurrir a las relaciones que lo ligan con el deudor.- Y aquí será necesario distinguir según que la fianza sea gratuita o remunera-

da.- En el primer caso la causa de la obligación será la mera liberalidad, el deseo de favorecer al deudor y en el segundo el fin perseguido por el fiador al obligarse será que a su vez el deudor cumpla con la obligación contraída de pagarle la remuneración estipulada.-

EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN PRINCIPAL :

Hemos visto como la fianza, por ser una garantía accesoría, necesita de la existencia de una obligación principal cuyo cumplimiento cauciona.-

Anteriormente dijimos que no es de rigor que la fianza tenga el mismo objeto que dicha obligación principal y que la accesoria del fiador debe consistir siempre en el pago de una suma de dinero.- De modo que cuando esa obligación principal sea de ejecutar un hecho o de dar una cosa distinta de dinero o de no hacer, la obligación del fiador ha de tener un objeto distinto que la del deudor principal, so pena de no ser fianza.-

De manera pues, que pueden ser afianzados en la forma dicha, todas las obligaciones, cualesquiera que sea su fuente; pueden serlo las civiles y las naturales; y de las primeras las condicionales y las futuras, como tambien las actuales y puras y simples.- Tambien pueden afianzarse las obligaciones del fiador (Subfianza) y las de las personas jurídicas.- (Art.2372).-

OBLIGACIONES NATURALES :

El articulo 2364 dice "La obligación a que accede - la fianza puede ser civil o natural".- De ahí que se pueda afianzar una obligación civil o natural.- En cuanto a las últimas, su posibilidad de ser afianzadas ya había sido reconocidas por el articulo I.529.-

Las fianzas de las obligaciones naturales presenta algunas características dignas de destacar.- Si se afianza una obligación civil y ella despues se transforma en natural, en virtud del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, creemos -

que la obligación del fiador subsiste con el mismo -
caracter, es decir como natural.- Pero si la fianza -
se otorga cuando la obligación tiene ya ese caracter,
entonces la obligación del fiador es una obligación-
civil perfecta.- Es de mucha importancia saber si la
obligación es civil o natural, porque en el último -
caso el fiador no tiene acción de reembolso contra-
el deudor.-

OBLIGACIONES CONDICIONALES Y FUTURAS :

Permite el artículo 2365 la fianza de obligaciones -
condicionales.- Cuando la condición que afecta la -
obligación principal sea suspendida, la fianza se haya
afectada por la modalidad en forma tal que mientras q
que la obligación no tenga existencia por el cumpli-
miento de la condición de que pendía, no existe la -
fianza.-

OBLIGACIONES CONTRAIDAS POR INCAPACES :

Según el Art.I.504,"son absolutamente incapaces los
dementes, los impuberes y los sordomudos que no -
pueden darse a entender por escrito.- Sus actos no-

producen ni aun obligaciones naturales y no admiten -
caución".-

Entendiendo este precepto, en el sentido de una obli-
gación contraída por una persona absolutamente inca-
paz no puede ser garantizada con fianza; de modo que
declarada la nulidad correspondiente desaparecería la
fianza, que no puede subsistir sin una obligación -
principal, así fuere natural.- Tal es la solución -
que abona Somarriva Undurraga respecto del artículo-
I.447 del C.Chileno, igual a nuestro artículo I.504.-

C A P I T U L O I V

CLASIFICACION DE LA FIANZA :

DISTINTAS CLASIFICACIONES QUE PUEDEN HACERSE :

La fianza puede clasificarse de varias maneras según sean los factores que se tomen en cuenta para hacer la clasificación.- Así atendiendo a su naturaleza, puede ser civil o mercantil; desde el punto de vista de la garantía que ofrece el acreedor, personal, hipotecaria o prendaria; en cuanto a su extensión, limitada o definida e ilimitada o indefinida; tomando en cuenta su origen con el deudor, simple y solidaria.-

FIANZA CIVIL Y MERCANTIL :

Atendiendo a su carácter accesorio, la fianza será civil o mercantil según tenga esta naturaleza la obligación cuyo cumplimiento esté garantizado.- Los efectos de la anterior distinción son de trascendental importancia: 1º) La fianza civil es un contrato consensual,

mientras que la mercantil es solemne.- 2º) Los plazos de prescripción son distintos en uno y otro caso, según tengan que aplicarse lo establecido en el código civil o en el código de comercio.- 3º) El fiador de fianza mercantil no puede oponer al acreedor el beneficio de excusión.-

FIANZA PERSONAL Y FIANZA HIPOTECARIA O PRENDARIA :

El caso más común es el de la fianza personal.- En ella el fiador responde con todo su patrimonio del cumplimiento de la obligación por parte del deudor.- Pero nada obsta a que el fiador, para asegurar la obligación principal o su obligación subsidiaria de tal, constituya una hipoteca o una prenda, dando nacimiento de este modo nacimiento a la fianza hipotecaria o prendaria, en las cuales concurren las garantías personales y las reales.-

La posibilidad de que el fiador se obligue también prendaria e hipotecariamente, está contemplada tan-

to en el inciso 2º). del artículo 2.370, como en los incisas 2º) y 3º. del Art. 2454.-

Decíamos que la prenda o hipoteca que otorga el fiador puede revestir dos formas.- Ella puede garantizar la obligación del deudor principal o bien asegurar su propia obligación de deudor subsidiario.- En el primer caso no puede el fiador oponer a la acción real del acreedor el beneficio de excusión (artículo 2454, inciso 2º, y artículo 2453, inciso Iº).- En cambio puede oponer dicho beneficio en el segundo, - porque el gravamen estaría garantizado precisamente la obligación subsidiaria del fiador, de ahí que goza del beneficio de excusión.-

Así mismo es importante distinguir entre la acción - que emana la fianza y la que deriva la hipoteca o prenda para los efectos de la preferencia o privilegio que el acreedor puede invocar para el pago.- Por

que la simple fianza no lleva consigo preferencia alguna, encambio la hipoteca y la prenda gozan de los derechos de persecución y preferencia.-

FIANZA CONVENCIONAL, LEGAL Y JUDICIAL :

La clasificación de la fianza en convencional, legal y judicial se hace atendiendo al origen de la obligación de constituirla.- Tal origen puede ser la convencción de las partes, la voluntad del legislador o un decreto judicial.-

No obstante, algunos autores sostienen que la fianza es siempre convencional porque no existe sin la voluntad de una persona de constituirse fiador de otra y quedar por ello obligado al acreedor.- Joserand - manifiesta muy bien esta idea en los siguientes términos:- "Se distinguen-dice este autor-las fianzas- legales convencionales y judiciales.- Esta división tripartista no se refiere de ninguna manera al ori-

gen de la obligación del fiador, origen que es invariablemente convencional, sino al origen de la obligación que incumbe al deudor principal de rendir fianza".-

Quizas podría creerse que en algunos casos la fianza legal y judicial no tiene el caracter de contrato, porque en su constitución solo aparece a primera vista la voluntad del fiador.- Pero debemos olvidar que no es necesario que el consentimiento del acreedor se manifieste expresamente, pues él puede exteriorizarse en forma tácita, y aun más, se mira como suficiente manifestación el hecho de que el acreedor persiga del fiador, el cumplimiento de la obligación.- De manera que la voluntad del acreedor debemos buscarla en estos casos en los actos de éste que signifiquen una aceptación tácita de la fianza.-

La fianza legal es aquella que tiene su fuente en la ley.- Nuestro Código Civil establece la obligación de rendir fianza a los poseedores provisorios para-

tomar posesión de los bienes del desaparecido, a los curadores para entrar en ejercicio de su cargo y al usufructuario para el goce de la cosa fructuaría.-

La fianza judicial tiene por origen un decreto del Juez, pero siempre que exista un precepto legal que lo haga procedente. Es decir, que los jueces no pueden exigir fianza cuando la ley no los ha autorizado.- No vaya a creerse entonces que el Juez puede a su arbitrio obligar a los litigantes a rendir fianza.- Para ello es necesario que el legislador previniendo la situación, autorice al Juez para exigiría, con lo cual concluimos que la fianza es convencional o legal.-

La fianza legal y judicial se rigen por los mismos preceptos de la fianza convencional, salvo que la ley establezca expresamente lo contrario.- Por lo tanto deberán concurrir en la persona del fiador las mismas condiciones que en la fianza convencional.-

Además, los efectos que se derivan de la fianza son los mismos cualquiera que sea su origen.- Excepcionalmente, conforme al artículo 2363 las fianzas legal y judicial pueden sustituirse por una prenda o hipoteca suficiente (inciso 2º), lo que no es posible en la fianza convencional (inciso. 1º); al respecto dice el artículo: "El obligado a rendir una fianza no puede sustituir a ella una hipoteca o una prenda; o recíprocamente contra la voluntad del acreedor.-"

Si la fianza es exigida por la ley o decreto del Juez puede sustituirse a ella una prenda o hipoteca suficiente".- Esta diferencia se justifica tanto por que el contrato es ley para las partes, cuanto porque el acreedor no está obligado a recibir en pago una cosa distinta de la debida; principal que se violarían si se aceptara la posibilidad de cambiar la fianza convencional por otra garantía.-

Por último la fianza judicial se diferencia a su vez de las fianzas convencional y legal en que en ella - no puede oponerse el beneficio de excusión".-

FIANZA LIMITADA O DEFINIDA Y FIANZA ILIMITADA O INDE-

FINIDA :

La fianza es definida o limitada cuando en el contrato se establecen específicamente las obligaciones de que responde el fiador, o bien cuando ella se limita a una cantidad fija de dinero.- En cambio, es ilimitada o in definida, cuando nada se dice sobre el particular, caso en el cual la ley presume que se extiende a todos los - accesorios de la deuda, como los intereses, las costas judiciales del primer requerimiento hecho al deudor prin cipal, las de la intimación que en consecuencia se hicie re al fiador, y todas las posteriores a esta intimación pero no las causadas en el tiempo intermedio entre el - primer requerimiento y la estimación ante dicha. (Art. - 2373).- La razón de este límite en las costas judiciales es muy equitativo: si requerido el deudor no paga,

es lógico que el acreedor antes de continuar el juicio, se dirija contra el fiador, ya que este puede estar dispuesto a pagar, y entonces se iría contra la equidad al hacerlo cargar con los gastos en que incurrió el acreedor al continuar el juicio contra el deudor.- Pero si una vez intimado el fiador no paga la deuda y el acreedor lleva adelante el juicio ya contra aquel o contra el deudor es natural que el fiador tenga que reembolsarle los gastos en que ha incurrido, pues tuvo en su mano ahorrar esos gastos, cancelando la deuda y no lo hizo.-

La expresión ilimitada es susceptible de tacha, pues parecería indicar que el fiador se obliga sin limitación alguna, lo que es inexacto, ya que de conformidad con la ley la obligación del fiador no puede ser más gravosa que la del deudor principal.- De modo que lo que en realidad sucede es que el fiador puede obligarse, o solamente garantizar determinadas obligaciones de las varias que pesan sobre el deudor, o

la totalidad de ellas y sus accesorios.- Cuando el fiador no pacta una limitación, su garantía comprende la obligación principal y los accesorios, pero no puede ir más allá.-

Por muy ilimitada que sea la fianza, ella no puede extenderse como lo dice el adagio de "de re ad rem", es decir, la fianza no puede extenderse a otras obligaciones.- Por ello cuando el acreedor y el deudor han convenido posteriormente que en caso de incumplimiento el segundo pagaría al primero una pena, el fiador no responde por esta (Art. I.706, inciso 2º).-Tampoco puede extenderse "de persona a persona", es decir, a otras personas que las afianzadas.- De manera que este principio tiene como consecuencia que la novación por cambio de deudor extingue la fianza (Art.I.704).- Lo mismo sucede, que el fiador que garantiza a uno solo de los codeudores solidario solo afianza las obligaciones de este, no las de sus codeudores.- Como el deudor solidario está obligado a pagar la totalidad de la obligación, el fiador también lo está.- Pero si los otros codeudores se obligaron a más, el fiador no responde por tales obligaciones.-

Por último la fianza no se extiende "de tempore ad tempus", lo que significa que no puede subsistir por mas tiempo que el estipulado.- Si se amplia el plazo de la obligación principal, se extingue la fianza (artículo- I.708).-

Referente a la fianza limitada, dijimos que puede garantizar una suma fija de dinero, pero tambien puede limitarse a determinada obligación que el deudor tenga dentro del contrato.- Por ejemplo, si el fiador garantiza el pago de las rentas de arrendamiento, pero no las otras obligaciones del arrendatario, tales como las de restituir las cosas y conservarlas en buen estado: o - si en un contrato de compraventa se garantiza la obligación de entregar la cosa vendida, pero no la de indemnizar la evicción o los vicios redhebitorios.-

FIANZA SIMPLE Y FIANZA SOLIDARIA:

Los casos de fianza simple no son muy frecuentes en la practica porque, el fiador goza de ella de los beneficios de excusión y de división, los que signifi-

can para el acreedor una disminución de la garantía.-
 Por eso se recurre de ordinario a la fianza solidaria,
 diciendose comunmente con referencia a ella que una per
sona se obliga "de mancomun et in solidum" o como fiad
 dor mancomunado y solidario.-

La fianza solidaria presenta la particularidad de ser -
 una caución en la cual se combinan las dos cauciones -
 personales mas importantes, como son la fianza y la so
 lidaridad pasiva.-

La estipulación de la solidaridad en la fianza puede -
 referirse a la situación del fiador con respecto a deu
 dor, en cuyo caso el efecto que produce es privar a -
 aquel del beneficio de excusión, o a la situación del
 fiador con respecto a los demas fiadores, significando
 entonces que no puede oponerse el beneficio de división
 Naturalmente nada obsta a que la solidaridad puede re-
 ferirse a la vez a las relaciones tanto con el deudor-
 como con los demás fiadores, y entonces el fiador se -
 verá privado de ambos beneficios.-

Si bien no hay duda que el fiador solidario no goza de los beneficios de excusión y de división, en cambio es un punto muy discutido el de saber si, fuera de estas excepciones, debe mirarse al fiador solidario como fiador, o como codeudor solidario.- Y no es una cuestión meramente teorica decidirse por una u otra teoria, porque de la solución se siguen consecuencias de vital importancia.-Por ejemplo, si el fiador solidario es codeudor, su obligación puede ser mas gravosa que la del deudor principal, lo que no sería posible si se le mirara como fiador; así mismo si se le dá el caracter de codeudor, no goza de la excepción de subrogación, cambio si tendría tal prerrogativa como fiador, finalmente si se le mira como fiador no le afectaría esa prerroga de jurisdicción que existiría con respecto al deudor, pero si le afectaría si se le considera como codeudor solidario.-

C A P I T U L O V . -

PERSONAS OBLIGADAS A RENDIR FIANZA. Y CONDICIONES QUE

DEBE LLENAR EL FIADOR OFRECIDO :-

Por regla general el deudor tiene libertad para constituir fianza.- Excepcionalmente no acontece así, - cuando ella es erigida por la ley o por un decreto judicial y en los casos indicados por el artículo - 2.774.-

No requiere ningún comentario los casos en que el - deudor está obligado a rendir fianza por ordenarlo así la ley o un decreto del Juez.- En esta forma nos ocuparemos del artículo 2.374, que prescribe la obligación del deudor de prestar fianza en ciertos casos a petición del acreedor.- Estos casos son los siguientes:-

a).- Cuando el deudor lo haya estipulado.- Es lógi-

(51)

co que el acreedor valiéndose del contrato, pueda -
obligar al deudor a que cumpla con lo pactado y dé
la fianza ofrecida.- Pero si el deudor no cumple,
de que derecho dispondrá el acreedor?.- Tratándose
de una obligación de hacer, tendría las facultades
que le otorga el artículo 1.610; pero de ellas la
única viable es la contenida en el número 1º. de
dicho artículo, es decir, el derecho de apremiar
al deudor para que otorgue la fianza.- Los otros 4
derechos resultan inaplicable en la práctica, por-
que si el acreedor ha considerado necesaria cobrar
la perjuicios y hacer que un tercero ejecute por -
cuenta del deudor el hecho convenido.-

Es conveniente advertir que el acuerdo en virtud -
del cual el deudor se compromete con el acreedor a
darle un fiador, no constituye contrato de promesa
de fianza, porque este, al igual que la fianza mis-
ma, se celebra entre acreedor y futuro fiador y no
entre acreedor y deudor.-

b).- Cuando los bienes del deudor disminuyan en forma de poner en peligro manifiesto el cumplimiento de su obligación.- Así lo dispone el inciso 2º del artículo 2374.- Aquí le corresponde al Juez apreciar.- si la disminución de las facultades del fiador es tal que amenace el cumplimiento de lo pactado.- Pero si el mal estado de los negocios existió al momento de contraer el deudor la obligación, se ha resuelto que el acreedor no tendría derecho a exigirle la fianza.-

c).- Cuando haya motivo de temer que el deudor se ausente del territorio, con ánimo de establecerse en otra parte, mientras no deje bienes suficiente para la seguridad de las obligaciones.- Tres son los requisitos que deben concurrir para que prosperen la petición del acreedor: que el deudor se vaya a ausentar al extranjero; que la ausencia al extranjero sea con ánimo a establecerse en él; y que el deudor no deje bienes suficientes para hacer frente a sus compromisos.-

CONDICIONES QUE DEBE REUNIR EL FIADOR OFRECIDO POR

EL DEUDOR :-

El artículo 2.376 establece los requisitos que debe llenar la persona que el deudor presenta como fiador cuando está obligado a rendir fianza en los casos ya estudiados.- Ellos son: capacidad, solvencia y domicilio.-

Con respecto a la capacidad el artículo 2.376 dice - que el fiador debe tener capacidad de obligarse como tal.- Sobre la capacidad del fiador, ya hicimos referencia anteriormente.-

En cuanto al requisito de la solvencia, establece el legislador en citado artículo que la persona que se presente como fiador debe tener bienes mas que suficientes para hacer efectiva la fianza.- Esta exigencia es lógica, porque si el deudor pudiera ofrecer la fianza de un insolvente, el derecho del acreedor pasaria a ser iluso.- Todavía más, el legislador no deja

el arbitrio del Juez al calificar la solvencia, sino que el mismo artículo da reglas precisas a las cuales el Juez debe sujetarse para hacer la calificación.-

Dice en primer término, que solo se tomaran en cuenta los inmuebles.- De manera que una fortuna, por muy cuantiosa que fuera, no determinaría solvencia.- La exclusión de los muebles no se justifica, teniendo en cuenta que hoy con el avance del comercio los bienes muebles han adquirido trascendental importancia, no habiendo porque aplicar el adagio "res mobilis res vilis".-

Pero no basta con que el legislador tenga bienes inmuebles para que 1) se le considere solvente, porque el legislador excluye algunos de estos, tales como: Los que estan situados fuera del territorio nacional.- Su persecución sería muy onerosa.- 2) Los inmuebles embargados.- Porque estan fuera del comercio y su enajenación constituye objeto ilícito.- 3) Los inmuebles litigiosos.- 4) Los inmuebles sujetos a hipotecas gravosas.- 5) Los inmuebles sujetos a condiciones resolutorias.-

Finalmente, el fiador que presente la persona que está obligada a constituir fianza, fuera de ser capaz y sol_uvente, debe estar domiciliado en algún estado o territorio de la Unión.-

C A P I T U L O VI

E F E C T O D E L A F I A N Z A :

D I V I S I O N D E L A M A T E R I A :

Para estudiar los efectos que se derivan, de la fianza, es necesario distinguir los que se producen: entre fiador y acreedor; entre fiador y deudor, y finalmente, entre cofiadores cuando ellos son varios.-

E F E C T O E N T R E E L F I A D O R Y E L A C R E E D O R ,

E L F I A D O R P U E D E P A G A R A N T E S D E Q U E S E A E X I G I B L E L A

O B L I G A C I O N . -

El artículo 2379 faculta al fiador para hacer el pago de la deuda afianzada aun antes de ser reconvenido - por el acreedor, en todos los casos en que pudiera - hacerlo el deudor principal.- De ordinario la fianza

se constituye cuando la obligación del deudor no es de cumplimiento inmediato, sino cuando este debe verificarse en una época próxima, que se determina por la llegada de un plazo o el cumplimiento de una condición.- Por esta circunstancia el legislador se pone en el evento de que el fiador pague anticipadamente y lo autoriza para hacerlo siempre que el deudor principal estuviere también facultado para ello.-

Tratándose de una obligación a plazo, el fiador por regla general podrá hacer el pago en forma anticipada, porque lo normal será que el plazo esté establecido en beneficio del deudor y entonces conforme al artículo 1.554 es renunciable pero en los casos excepcionales en que el plazo se estipule en beneficio del acreedor, o en ambos como pasa en el mutuo con intereses, el fiador no estaría facultado para pagar anticipadamente porque tampoco tendría este derecho el deudor.-

Si la obligación afianzada es condicional, nada obsta a que el fiador pague antes que la condición se cumpla; pero entonces, de conformidad con el artículo I.542, podría repetir lo pagado.-

CONSECUENCIAS QUE SE SIGUEN SI EL FIADOR PAGA ANTI-

CIPADAMENTE: -

Del hecho que el fiador pague anticipadamente, se sigue consecuencias de intereses en sus relaciones con el deudor.-Veremos más adelante que por ser el fiador un deudor subsidiario, no es él sino el deudor directo quien en definitiva debe soportar el pago.-Por eso el legislador le da acciones para obtener el reembolso de lo pagado.- Pero si el fiador paga antes de expirar el plazo de la obligación principal, de acuerdo con el dispuesto artículo 2398 no puede reconvenir al deudor sino una vez que el término haya vencido.-Disposición que tiene sólida base en la equidad, porque así como el deudor por-

un acto propio no puede ser mas gravosa la obligación del fiador, tampoco éste puede hacer mas gravosa la obligación de aquel.-

De otra parte, no debe olvidarse que el fiador está en el deber de dar aviso al deudor del pago, en que lo haga anticipadamente o no, porque si no lo hace, el deudor puede oponerle al fiador, cuando éste tratare de reembolsarse de lo pagado, las mismas excepciones que hubiere podido oponer al acreedor al momento del pago.-

EXIGIBLE QUE SEA LA OBLIGACION, EL FIADOR PUEDE REQUERIR AL ACREEDOR PARA QUE PERSIGA AL DEUDOR.-

De conformidad con el artículo 2382. "Aunque el fiador no sea reconvenido, podrá requerir al acreedor, desde que sea exigible la deuda, para que proceda contra el deudor principal; y si el acreedor, despues de este requerimiento, lo retardare, no será responsable el -

fiador por la insolvencia del deudor principal, sobrevenida durante el retardo.-

Corresponde al fiador demostrar que requirió oportunamente al acreedor, que este no persiguió al deudor y que la insolvencia del mismo fué posterior al requerimiento del primero y sobrevino durante el retardo.-

BENEFICIOS O EXCEPCIONES QUE EL FIADOR PUEDE Oponer

AL ACREEDOR :-

De cuatro clases son las defensas que el fiador puede oponer al acreedor, el beneficio de excusión, el beneficio de división, la excepción de de subrogación y las excepciones reales y personales.-

BENEFICIO DE EXCUSION :

El beneficio de excusión, característico de la fianza, está definido por el artículo 2383 como aquel - "en virtud del cual el fiador podrá exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda de los bis

nes del deudor principal, y en las prendas e hipotecas prestadas por este para la seguridad de la misma deuda".- Se le llama tambien beneficio de orden, porque mediante él se produce un orden de persecución: primero contra el deudor y despues contra el fiador.-

El beneficio de excusión que no existió en los primeros tiempos del Derecho Romano sino que fué introducido en él por Justiniano, es hoy en día conocido por todas las legislaciones.- El legislador no olvida por razones de equidad, que el fiador no es el principal deudor, que la mayoría de las veces se obliga en forma gratuita para hacer un servicio al deudor y que es lógico entonces que se persiga primero al deudor principal y el fiador solo cuando aquel no pague.-

FIADORES QUE NO GOZAN DE ESE BENEFICIO:-

La regla general es que goce de este beneficio todo fiador, sea gratuito o remunerado, que se haya obligado con la voluntad del deudor o en su ignorancia, ya

sea que la fianza tenga el caracter de civil o mercantil.-
Excepcionalmente en los casos indicadores en el articulo -
2.384.-

De conformidad con el número primero del citado articulo, no pueden oponer el beneficio de excusión el fiador cuando lo ha renunciado expresamente.- El código se refiere a la denuncia expresa; pero se acepta por los autores la posibilidad de una renuncia tácita.-La que existiría, por ejemplo, cuando el beneficio no se opusiere en tiempo oportuno.-

Puede existir un subfiador que garantice la obligación del fiador,- En este caso, si el fiador renuncia al beneficio de excusión, no se entenderá por ello que tambien renuncia el subfiador.- Asi lo dice el articulo - 2385, con lo que no hace sino aplicar el principio de que las renunciaciones son relativas y solo afectan a aquellas que las hacen.-

Tampoco puede invocar el beneficio de excusión el fiador que se obliga como deudor solidario.- Ya vimos como

deben distinguirse los casos del que se obliga "Solidariamente y como fiador" y del que obliga como fiador y deudor solidario" y del que obliga simplemente" como fiador".- En los dos primeros casos, el fiador está privado del beneficio de excusión.- Sobre esto se habló oportunamente.- (inciso 2º).-

Si la obligación afianzada no produce acción, tampoco podría el fiador valerse de la excusión.- Así lo dice el número 3º.- Se refiere aquí el legislador a las obligaciones naturales en razón de que el efecto principal que produce el beneficio de excusión consiste en que el acreedor persiga primeramente al deudor principal: y si la obligación afianzada no es civil, por carecer de acción el acreedor, estaría imposibilitado jurídicamente para dirigirse contra el deudor.-

Igualmente excluye el legislador, el beneficio cuando la fianza haya sido ordenada por el Juez.- Es difícil saber el motivo por el cual el legislador estableció esta disposición.- (inciso § 4º).-

Si trata de un fiador hipotecario o prendario, y se presinda por acreedor perseguir la cosa hipotecada - o empeñada, no puede el fiador oponer el beneficio de excusión (inciso 5º).-

Y por último el inciso 6º, establece que no es posible el beneficio de excusión en la fianza mercantil, salvo estipulación en contrario.-

REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE EL FIADOR GOCE DEL BE-

NEFICIO DE EXCUSION:-

Para que el fiador pueda oponer al acreedor el beneficio de excusión, deben cumplirse las siguientes condiciones: 1º).-Que el fiador no esté privado de él; 2º).- Que lo oponga en tiempo oportuno; 3º).- Que se señalen los bienes del deudor principal.-

1º).- QUE EL FIADOR NO ESTE PRIVADO DE EL: -

Para evitar repeticiones inútiles damos aquí por reproducido lo dicho en la parte inmediatamente anterior

(Art. 2.384).-

2º).- LA EXCUSION DEBE SER PROPUESTA OPORTUNAMENTE:-

El artículo 2.384 en su número quinto establece que el beneficio de excusión debe oponerse luego que sea requerido el fiador.- Esta expresión es vaga, pues no ha indicado la ley a que requerimiento se refiere, si a un acto previo a la demanda ejecutiva, como al requerimiento de que trata el artículo 984 del C.J., o a la intimación del mandamiento de pago; y tampoco aparece claramente ni en caso de que la demanda sea ordinaria, cabe oponer dicho beneficio y en que forma y oportunidad.- Esta dificultad se ha presentado en Chile, pero en esa legislación el artículo 293 del C.de P.C. dispuso que el beneficio de excusión debería ser considerado como una excepción dilatoria, la cual debe presentarse en el procedimiento ordinario, dentro del término del emplazamiento, y el juicio ejecutivo, conjuntamente con las excepciones perentorias en el término de cuatro días.-

En Colombia, como dijimos anteriormente no existe disposición para el caso, solo por vía de doctrina

se encuentran exposiciones de los doctores Alvaro Leal Morales, Juan Francisco Mújica, Hernando Morales, Hernando Devia Echandía y otros.-

3º).- EL FIADOR DEBE SEÑALAR LOS BIENES DEL DEUDOR

PRINCIPAL:-

La exigencia de que para oponer con éxito el beneficio de excusión, deba el fiador indicar al acreedor los bienes del deudor principal, contemplada en el inciso 6º, del artículo 2384, es perfectamente lógica.-Si pudiera alegarse la excusión sin cumplir con este requisito significaría una burla al acreedor, ya que la persecución que éste emprendiere contra el deudor en estas condiciones la mayoría de las veces resultaría inútil.-

Es importante hacer la observación de que los bienes enumerados en el artículo 2376 no se tendrán para la excusión.-

CASOS EN QUE EL ACREEDOR ESTA OBLIGADO A PRACTICAR

LA EXCUSION:-

El artículo 9390 en su inciso 2º. dice: "Si el fiador expresa o inequívocamente, no se hubiera obligado a pagar sino lo que el acreedor no pudiese obtener del deudor, se entenderá que el acreedor es obligado a la excusión, y no será responsable el fiador de la insolvencia del deudor, concurriendo las circunstancias siguientes:-

1º).- Que el acreedor haya tenido medios suficientes para hacerse pagar.-

2º).- Que haya sido negligente en servirse de ellos.-

Exige la ley que esa intención además de expresa sea inequívoca, esto es que no deje duda sobre que el fiador se obligue solo para el caso de que, perseguido primero en deudor, este no pague aparte de su deuda.-

EFFECTOS DE LA EXCUSION:-

El primer efecto del beneficio en estudio es la sus-

pensión del procedimiento contra el fiador: el juicio correspondiente se termina, al declararse que el fiador goza de dicho beneficio; por este aspecto hay alguna similitud entre el beneficio de excusión y la excepción de petición ante el tiempo.- El segundo de los efectos de la excusión consiste en que ni ésta fuere obligatoria para el acreedor, su negligencia hace al fiador irresponsable de la insolvenza del fiador.- El tercer efecto consiste en - que si la persecución de los bienes del deudor, se haca dos por el fiador tiene éxito, este queda libre y su obligación subsidiaria se extingue al desaparecer la obligación principal.-

BENEFICIO DE DIVISION :-

El beneficio de división, tiene aplicación cuando existe pluralidad de fiadores.- Lo contempla el código en su artículo 2.392 que dice: "Si hubiera dos o más fiadores de una misma deuda que no se hayan obligados solidariamente al pago, se entenderá dividido la deuda entre ellos, por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir a ninguno sino la cuota que le quepa".-

En los primeros tiempos del Derecho Romano la responsabilidad de los fiadores era solidaria.- Fué el emperador Adriano el que introdujo el beneficio de división.- Y cosa curiosa, hoy en día las legislaciones tienden a volver a la solidaridad primitiva tal acontece por ejemplo en los códigos Aleman, Suizo de las obligaciones y Brasilero.-

Con respecto a la responsabilidad de los cofiadores existe una diferencia fundamental en nuestro código y el código Frances.- En el nuestro, la división de la deuda entre los cofiadores se produce de pleno derecho.- En cambio en el código frances artículo 2.025 establece que cada uno de los fiadores es obligado al total de la deuda, pero el artículo 2026 da derecho al fiador demandado para oponer el beneficio de división, con el fin que se persiga de cada uno de los demás fiadores su parte de la deuda.-Sin lugar a dudas se conforma mejor a los principios jurídicos la solución del C.Colombiano porque el no existir solidaridad entre los cofiadores, quiere decir que la obligación es conjunta y por lo tanto, la división de la deuda debe

operarse de pleno derecho.- Por eso es que los autores franceses ha criticado a su legislador, diciendo precisamente que no hay explicación suficiente para que la obligación de los fiadores, sin ser solidaria, no se divide entre ellos ipso jure.-

CONDICIONES EN QUE OPERA EL BENEFICIO EN ESTUDIO.-

El cofiador solo puede oponer con éxito el beneficio de división cuando: 1º. No se haya obligado solidariamente (Art. 2392).- Ya hemos en reiteradas oportunidades que uno de los fines que se persigue al pactar la solidaridad entre fiadores, es privarlos del beneficio de división.-2º.- No lo haya renunciado.- Hallándose establecido el mencionado beneficio en el exclusivo interés de los fiadores, pueden estos renunciarlos y pagar toda la deuda.- En tal caso, el fiador que paga se subroga en los derechos del acreedor contra los cofiadores, en cuanto al exceso de lo pagado (2403), y estos no podrán oponer a aquellas excepciones personales del deudor principal (Art. 2404).3º.- Se trata de fiadores de una misma deu

dor. La división de la deuda entre los fiadores - requiere condición sino que nos que lo sean de - un mismo deudor y por una misma deuda, aun cuando las fianzas se hayan constituido en fechas distintas.-Así lo prescripta el artículo 2393 del C.C. que habla de "fianzas rendidas separadamente", en forma vaga pues no se trata solamente de que los fiadores se hayan obligados por actos distintos o separados, sino también de que lo hayan hecho en épocas distintas.-

EFFECTOS DEL BENEFICIO DE DIVISION:-

La regla, contenida en el artículo 2392 inciso es que la deuda se entiende dividida entre los fiadores por partes iguales, de modo que el acreedor no puede exigir a cada uno sino la cuota que le - quepa en ella.-

Este ordinario tiene dos excepciones: 1º) Cuando el fiador inequívocamente haya limitado su res-

ponsabilidad a una suma o cuota determinada.-
En este caso no será responsable sino hasta concurrencia de dicha suma o cuota (Art.2392 inciso 3º) Esto significa que el resto de la deuda se dividirá entre los demás fiadores los cuales quedan de este modo soportar el pago de una cuota mayor que aquel que limitó su responsabilidad contrariamente a lo que enseña la regla en análisis.- 2º
Se considera que esta excepción no tiene otro fundamento que una razón histórica que constituye un vestigio de la solidaridad que existió entre los fiadores, en los primeros tiempos de Roma.- Según el inciso segundo del artículo en mención, la insolvencia de un fiador grava a los otros.- Tal norma está en contradicción con el carácter de conjunta que tiene la obligación de los fiadores pues la insolvencia de uno de estos no debería gravar a los demás.-

EXCEPCION DE SUBROGACION

DEFINICION Y GENERALIDADES :

La excepción de subrogación es otro de los medios de defensa de que dispone el fiador demandado,-

La contemplan el artículo 2381 y el número 2º del artículo 2.406 Dice la primera de estas disposiciones que si "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 hubiere podido obtener del deudor principal o - de los otros fiadores por medio de la subrogación legal", y la segunda que se extingue la fianza en "todo o en parte" en cuanto al acreedor, por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse". Por la forma e como estan redactados estos dos artículos ellos se complementan y al armonizarlos resultan los requisitos necesario para que prospere esta excepción.-

De lo anterior se desprende que la excepción existe en cuanto al acreedor, por hecho o culpa suya, haya perdido, las acciones en que el fiador tenía derecho de subrogarse", que no son otras que aquellas

78

que tenga contra el deudor principal y los demás fiadores.- Es pues, hasta esa cuantía que puede prosperar dicha excepción, porque en todo aquello que el fiador pueda reembolsarse por medio de la referida subrogación real, queda obligado a pagarle al acreedor. De modo, que para que el fiador quede libre y la fianza se extinga totalmente, debe el acreedor haberlo puesto en una total imposibilidad de su brogarse en sus referidas acciones,-

QUIENES PUEDEN INVOCAR ESTA EXCEPCION:

Todos los fiadores pueden invocar esta excepción, - sin atender al carácter civil o mercantil, gratuita o remunerada, que tenga la fianza,- Puede también invocarla el fiador que se obliga solidariamente, porque es un fiador.- En cambio, el codeudor solidario no goza de la referida excepción, porque es un obligado directa y principalmente.-

REQUISITOS PARA QUE EL FIADOR PUEDA Oponer LA EXCEPCION :-

CLON :-

Deben concurrir los siguientes: 1º) Que la pérdida

de las acciones se produzca por culpa del acreedor.-
 No sólo la doctrina unanime de los autores extranje-
 ros y nacionales, sino principalmente nuestro Art.
 2.406 inciso 2º, exige que la pérdida se deba a cul-
 pa del acreedor.- 2º) Que las acciones hayan existido
 en manos del acreedor al momento de constituirse la
 fianza:- Consideran los autores que el fiador solo
 puede contar con las acciones existentes al momento
 de obligarse.- Cualquier derecho o acción en que el
 fiador puede subrogarse, si existe en dicho momento
 en poder del acreedor, da acceso a la excepción.- 3º
 La pérdida debe haber causado un perjuicio al fiador
 El fiador solo queda librado en la medida del per-
 juicio sufrido, esto es, en todo aquello que no quepa
 recuperar del deudor principal o de los demás fiado-
 res por medio de la subrogación.- Por consiguiente,
 la pérdida de una garantía que no hubiere reportado
 beneficio al fiador, no puede dar base a la excepción
 4º) El fiador debe alegar la excepción: Normalmente,
 el demandado está obligado a alegar las excepciones
 que tenga a su favor.- Este principio para todos los
 juicios, en cuanto a la excepción de subrogación, es
 indiscutible, ya que el propio código lo está dicien

do, al preceptuar que " el fiador tendrá derecho", - con lo cual indica que el beneficio se le otorga en tanto lo invoque.-

EFFECTOS DE LA EXCEPCION :-

Quando el acreedor ha puesto al fiador en la imposibilidad total de subrogarse en las acciones que le permitirán obtener el reembolso de lo pagado, siéndole por consiguiente, imposible recuperar el todo si paga integramente la obligación, la excepción produce la - produce la liberación total del fiador.- En el caso contrario, solo se producirá la liberación parcial.- Porque aun subsiste la posibilidad de subrogarse en parte de las acciones y obtener el reembolso de parte de lo pagado.-

EXCEPCIONES REALES Y PERSONALES:-

El artículo 2.380 dice: "El fiador puede oponer al acreedor cuales quiera excepciones reales, como las

de dolo, violencia o cosa juzgada; pero no las personales del deudor, como su incapacidad de obligarse 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.-

Aunque el artículo no lo diga expresamente, es claro que puede también el fiador proponer sus personales excepciones, ya que solo le está vedado prevalerse de aquellas que tengan el carácter metamente personales del deudor principal.- Esto ha sido expresado por el código civil en el artículo 1.577, al decir que el codeudor solidario puede oponer al acreedor las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y además todas las personales suyas" principio extensivo al caso del fiador, respecto del cual dicen los autores que pueden oponer las excepciones que emanen de la obligación principal y las comunes, o sea las que se producen con posterioridad al nacimiento de la obligación principal y pueden ser alegadas por cualquier deudor.-

EXCEPCIONES REALES:-

Los autores consideran como reales las excepciones de nulidad absoluta, las modalidades que afectan la obligación, la cosa juzgada y, por regla general, los medios de extinguir las obligaciones.-Además se da este caracter a la excepción de contrato no cumplido, de que trata el artículo I.609.-

Las causales de nulidad absoluta afectan la existencia misma de la obligación principal, porque cual bien puede el favor prevalecerse de ellas.-Esto es apenas una consecuencia de la regla que existe para la validez de la fianza, que es obligación accesoria, la existencia de una obligación principal que sea válida.-Esta nulidad absoluta como sabemos puede ser alegada por todo el que tenga interes por ello, y es evidente que el fiador lo tiene.-

Constituyen excepciones personales las de incapacidad relativa del deudor principal, la cesión de bienes del mismo, el beneficio de no ser privado de lo necesario para subsistir (Art.2380.)-

Se trata de hechos atinentes exclusivamente a la persona del deudor, de los cuales no puede prevalerse el fiador.-De ahí que los casos citados por el texto en mención, sean simples ejemplos.-

C A P I T U L O VII.-

EXTINCION DE LA FIANZA :

La fianza se extingue por la via principal o por la via accesoria.- En el primer caso la extinción se produce no obstante subsistir la obligación garantizada; esto es la consecuencia de que, siendo distinta la una de la otra, la obligación accesoria puede desaparecer sin que por ello se afecte la existencia de la deuda que garantiza.-

Como lo dice el inciso 1º del artículo 2.046, por la via principal se extingue la fianza por los distintos modos de extinción las obligaciones; y además y especialmente por los que contempla las mismas disposiciones a saber:- 1º) Por el relevo de la fianza en todo ó parte concedida por el acreedor al fiador.- 2º) En cuanto el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenia el derecho de subrogarse y 3º) Por la extinción de la obligación principal.-

La fianza se extingue por via accesoria cuando igual

suerte corre la obligación principal, pues por su esencia para subsistir necesita de la existencia de la obligación cuyo cumplimiento esté asegurado.-

De lo espuesto resulta que en la extinción de la fianza operan los distintos modos de extinguir las obligaciones, ya sea directamente, o bien de una manera indirecta cuando ellos extinguen la obligación principal. Analicémoslos en los dos aspectos indicados.-

EL PAGO :

Si la obligación principal se extingue por el pago o solución efectiva, también expira la fianza, pero siempre que él sea hecho por el deudor, ya que si el pago lo hace un tercero y se produce la subrogación, entonces la fianza subsiste garantizando en crédito en manos del subrogante.-

El pago por consignación que extingue obligación principal, trae consigo la extinción de la fianza.-Pero, si el deudor hace la consignación y la retira antes que el acreedor la haya aceptado, o que el pago se declare suficiente por sentencia judicial, subsiste la

86

fianza.-

Si el pago lo hace el fiador, ya vimos que goza de la acción subrogatoria, por lo cual cabe aplicarse lo - dicho anteriormente.-

Tratándose de una fianza limitada se presenta el problema de saber a que parte de la deuda se imputa el pago parcial que hace el deudor, si a la afianzada o a la no garantizada.-Ejemplo: Si la deuda es de - - \$ 10.000.00 y el fiador se obligó hasta concurrencia de \$ 5.000.00, el pago parcial que haga el deudor no extingue la fianza, que subsiste como garantía del saldo, hasta el límite de \$ 5.000.00. Las partes, desde luego, pueden convenir lo contrario.-

DACION EN PAGO :

Extinguida la obligación principal por dación en pago, esto es, cuando el acreedor recibe en pago de su crédito una cosa distinta de la debida, igual suerte corre la fianza.-

LA NOVACION:

El efecto propio de la novación es extinguir la obligación conjuntamente con sus accesorios y garantías.- Por eso si la obligación principal se extingue por la novación, igual suerte corre la fianza.- Así lo establece el artículo I.576.-

LA COMPENSACION:

La compensación, bien sea que la oponga el deudor al acreedor, o el fiador a éste, extingue la obligación principal y con ella la fianza.-

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

LA REMISION:

Si el acreedor remite o condona la obligación al deudor principal, la extinción de ésta lleva consigo la -

extinción de la fianza.-

El acreedor puede remitir la obligación del fiador, extinguiéndose la fianza de modo independiente.-En este caso, ya vimos como el fiador carece de acción contra el deudor; salvo que el acreedor le haya cedido la suya.-

LA CONFUSION:

Para que la confusión extinga la fianza por via principal, se requieren que se confundan las calidades - de acreedor y de fiador o de deudor y de fiador; pero en este último caso, si hay un subfiador, la - fianza subsiste (2.408).-

LA TRANSACCION: -

Tampoco puede extinguirse la obligación del fiador, con independencia de la deuda principal, por transacción, desde el momento que ésta implica un acuerdo - entre el deudor y el acreedor o entre el fiador y el

acreedor, mediante el cual se pone fin a dicha obligación principal. - Para que la transacción dejara viva toda la deuda y extinguiera únicamente la fianza, sería preciso que el acreedor condenara al fiador la garantía, con lo cual estaríamos en presencia de una remisión. -

CONDICIONES RESOLUTORIA: -

Cuando es la obligación principal la que está afectada por una condición resolutoria, su extinción estrafia la de la fianza; nada obsta, empero, a que sea la garantía la afectada por la condición, caso en el cual puede extinguirse la obligación del fiador, quedando subsistente la del deudor principal (2366). -

LA RESILIACION:

La voluntad de las partes puede dejar sin efecto la obligación principal, lo que trae consigo la extinción de la fianza. - Pero este modo de extinguir puede sólo afectar a la fianza y dejar subsistente la obligación afianzada, es el caso del relevo de la fianza

consentida por el acreedor.-

LA NULIDAD:

La declaración de la nulidad de la obligación principal acarrea la extinción de la fianza, salvo que la causal que la produzca sea la incapacidad relativa del deudor.- En este caso subsiste la fianza, ya que ésta puede constituirse para garantizar una obligación natural, y la del menor tendría este carácter.-

LA PRESCRIPCIÓN:

Ya dijimos por qué la prescripción no puede extinguir por vía principal la obligación del fiador.- Nos remitimos a lo dicho anteriormente.-

PERDIDA DE LA COSA QUE SE DEBE:-

Si la pérdida de la cosa debida se produce por caso fortuito se extingue la cosa afianzada y con ello - también la fianza.- Por el contrario, si la perdi-

da es culpable o se produce durante la mora del -
deudor no cesa la responsabilidad del fiador, sino
que éste seguiría garantizando la obligación de pa-
gar el precio de la cosa y de indemnizar los per-
juicios que pesan sobre el deudor.-

EL EVENTO DE LA CONDICION RESOLUTORIA :

Extinguida la obligación principal porque se cumpla
la condición resolutoria la misma suerte corre la -
fianza; pero nada obsta para que la condición solo
actue en la obligación del fiador, dejando subsisten
te la obligación del deudor.-

C O N C L U S I O N E S

El contrato de fianza ha sido y seguirá siendo uno de los contratos de mayor ocurrencia dentro de la sociedad.-

Ya hemos visto que ha pesar de lós rigores a que era sometido el fiador en la Roma Arcaica, tales como la posibilidad de ejecución sobre la persona del fiador, como tambien el hecho de ser solamente el fiador quien se encontraba obligado por el contrato de fianza, quedando el deudor principal exonerado de responsabilidad alguna, siempre y con frecuencia se encontraban garantes que respondían del cumplimiento de obligaciones contraídas por otras personas.-Con mayor razón hoy en día, ya que el desenvolvimiento jurídico ha consagrado ciertos beneficios que redundan a favor de los fiadores, haciendo en esta forma mucho mas viable la consecución del contrato de fianza.- Estos beneficios consagrados en nuestra legislación son los siguientes:-

EL BENEFICIO DE EXCUSION (Artículo 2383 del C.C.— Col.), EL BENEFICIO DE DIVISION (Artículo 2392 del

C. C. Col.], LA EXCEPCION DE SUBROGACION (Articulo 2381 del C.C.Col. e inciso 2º del Articulo 2406 de la misma obra), y LAS EXCEPCIONES REALES Y PERSONALES (Articulo 2380 del C.C. Col.).-

Es muy cierto que estos beneficios son renunciabiles y en la practica ocurre con mucha frecuencia, principalmente para crearse una mayor seguridad los acreedores, pero todo depende del asentimiento del fiador quien debe expresarlo en forma inequivoca.-

BIBLIOGRAFIA:

OBRAS CONSULTADAS:

- FRANCISCO MESSINEO:..... Manual de derecho Civil y Comercial.
- HNCS MAZEAND:..... Lecciones de Derecho Civil.
- MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA.... TRATADO DE LAS CAUSIONES.
- PLANIL Y RIFERT..... TRATADO DE DERECHO CIVIL.
- FERNANDO VELEZ:..... DERECHO CIVIL COLOMBIANO.
- ARTURO VALENCIA ZEA:..... CONTRATOS.-
- ALVARO PEREZ VIVES:..... TEORIA DE LAS OBLIGACIONES. (Vol.IV)
- HERNAN SALAMANCA:..... CONTRATOS.
- ORTEGA TORRES:..... CODIGO CIVIL COLOMBIANO.
- GACETA JUDICIAL, (Titulo- III pagina II6.-
- CODIGO CIVIL COLOMBIANO.-