

CONTRATO DE FIANZA

THOMAS McALLISTER HARKER
RICARDO RAMÍREZ VALDERRAMA

Investigación Profesorial Contrato de Fianza
Para optar al Título de Abogado

Director
EDUARDO DEVIS MORALES

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO PRIVADO
CHÍA

TABLA DE CONTENIDO

	Página
Introducción	1
1. La Fianza en Materia Civil	3
1.1 Antecedentes históricos	3
1.2 Naturaleza Jurídica	7
1.3 Concepto	7
2. Características del Contrato de Fianza	9
2.1 El Contrato de Fianza es un Contrato Consensual	9
2.2 El Contrato de Fianza es un Contrato Unilateral	10
2.3 El Contrato de Fianza es un Contrato Gratuito	11
2.4 El Contrato de Fianza es un Contrato Accesorio	13
2.5 El Contrato de Fianza es Transmisible	14
3. Requisitos del Contrato de Fianza	16
3.1 Capacidad	16
3.2 Consentimiento	17
3.3 Objeto	20
3.4 Causa	22
3.5 Existencia de una Obligación Principal	23
4. Clasificación de la Fianza	25

4.1	Convencional, Legal o Judicial	25
4.2	Personal, Hipotecario o Prendaria	27
4.3	Limitada e Ilimitada	28
4.4	Simple y Solidaria	29
5.	Efectos de la Fianza	31
5.1	Entre el Fiador y el Acreedor	31
5.2	Entre el Fiador y el Deudor	38
5.3	Efectos entre Cofiadores	46
6.	Causas y Modos de la Extinción de la Fianza	47
7.	Jurisprudencia de las Altas Cortes	52
8.	Conclusiones	63
	Bibliografía	65

El contrato de fianza

Introducción

Este trabajo pretende dar a conocer el contrato de fianza y las múltiples problemáticas que han ido surgiendo debido al mal uso que durante años se le ha venido dando a éste, ya que se ha utilizado como un medio idóneo para obtener beneficios indebidos a costa del fiador, quien es garante personal de la obligación ajena.

Esta investigación versa sobre los diferentes tópicos que comprende el contrato de fianza, comenzando en sus inicios, hasta sus requisitos actuales, características y efectos, y tiene como finalidad brindar un claro y sencillo entendimiento de esta figura jurídica como herramienta de estudio.

Para lograr el anterior objetivo, comenzaremos el análisis conociendo el contrato de fianza en materia civil desde sus inicios en la antigua Roma. Ahí veremos la naturaleza jurídica del contrato, y su concepto. A partir de éste, veremos todas las características del contrato, su consensualidad, la unilateralidad del mismo, la gratuidad, transmisibilidad, etc.

En este estado, los requisitos, la capacidad, el consentimiento y el objeto, son fundamentales.

Son importantes, la causa y el tipo de obligación principal porque nos permitirá adentrarnos en las diferentes clases del contrato, para luego determinar sus efectos jurídicos, en especial los que se refieren a la relación entre el fiador y el

acreedor así como los que haya entre el fiador y el deudor. También expondremos todas las posibles causas de extinción del contrato, y revisaremos lo relativo al pago, la dación en pago, la remisión, la confusión, la compensación, la fuerza mayor, la resciliación, la nulidad, la subrogación. Igualmente, la vigencia del contrato y su utilización en la actualidad frente a las garantías reales.

Por último, citaremos la jurisprudencia existente con el fin de corroborar los argumentos tratados en los capítulos anteriores, y luego entraremos a concluir el presente estudio, pretendiendo determinar los beneficios que genera esta figura jurídica y si constituye o no una garantía personal

Con lo anterior consideramos que el estudio del contrato de fianza estará completo.

1. La fianza en materia civil

1.1. Antecedentes históricos en Roma

Las instituciones civiles del derecho romano se han caracterizado por su duración en el tiempo, hasta el punto de permanecer, muchas de ellas, vigentes en legislaciones de variados países.

Es el caso del tema de las garantías de las obligaciones originadas en Roma, y cuyo desarrollo permitió y dio cabida a diferentes tipos de garantías contemporáneas. Para los efectos de nuestro estudio del desarrollo histórico de la fianza, nos referiremos únicamente a aquellas garantías personales que consideramos tienen mayor importancia y relevancia para su estudio en nuestra legislación.

En el derecho romano la fianza, según Eugène Petit, estaba concebida de la siguiente forma:

La *adpromissio*: era una forma de solidaridad pasiva mediante la cual una persona prometía todo o parte de lo que otra prometió.

Esta estipulación era, además de solidaria, subsidiaria y fue la forma de garantía más extendida y utilizada en la época republicana¹.

Tuvo dos expresiones diferentes:

La *Sponsio*: primitiva promesa, eminentemente sacramental, accesible

¹ Petit Eugène, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Albatros.1982, Pág.432

solamente a los ciudadanos romanos y cuya manifestación era el uso del verbo *spondeo*.

La *Promitto* o *fideipromissio*: utilizada en las relaciones mercantiles con extranjeros, en la cual se destaca el empleo del verbo *promitto*².

Para evitar que la segunda promesa extinguiera a la primera por novación, el fiador no prometía lo mismo que el afianzado debía, sino lo mismo que había prometido.

No hay igualdad de objeto *eadem res*, pero hay identidad de promesa.

El acreedor podía dirigirse por el total contra el deudor principal o contra el fiador. En este sentido sólo habían dos limitaciones: la obligación del fiador caducaba a los dos años si la fianza se había prestado en Roma, y era además intransmisible a los herederos.

Posteriormente, apareció otra forma de fianza que desplazó a las anteriores; es la llamada *fideiussio*, que no es una promesa sino una autorización (*iussum*) similar a la que se prestaba por los dependientes para asumir responsabilidad por los actos de ellos.

Esta fianza tenía las siguientes características:

- A. La fianza no podía obligar a más que la obligación principal, pero sí a menos.
- B. Como la fianza se refería a una deuda, era posible afianzar cualquier clase

² Uría José María, Derecho Romano, Volumen Segundo, Editorial Universidad Católica del Táchira 1984, Pág. II-94.

de obligaciones.

- C. Por tratarse de un *iussum*, no se presentaba novación por el cambio de acreedor, a pesar de la identidad en el objeto.
- D. La obligación del *fideiussor* era transmisible a los herederos y se extendía por más de dos años.

El antecedente de la fianza no se expresa en el acto de afianzar, por lo cual el negocio de la fianza no daba lugar a ninguna acción a favor del que canceló la deuda para obtener el pago por parte del deudor principal o de los cofiadores, sólo podía usarse la acción correspondiente al negocio que originó la fianza.

Con el transcurso del tiempo, se establecieron relaciones directas entre el fiador y el deudor, y respecto de cofiadores entre sí:

La *Lex Publilia*, de mediados del siglo IV A. C., creó la *manus iniectionis*, para que el *sponsor* que hubiese saldado la deuda pudiese resarcirse del obligado principal en un plazo de seis meses, lo que había pagado por éste.

Luego apareció la *Actio Depensi*, que conservaba de la anterior la *litiscrescencia*.

La *Lex Apuleia* concedió al *sponsor* que cancelaba la deuda, la *manus iniectionis*, para exigir de los demás *sponsors* la cuota proporcional³.

La *Lex Furia de Sponso* estableció que a los *sponsors* y *fideipromissores* sólo se les podía exigir una cuota proporcional de la deuda. Con el

³ Petit Eugène, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Albatros.1982, Pág.435.

emperador Adriano se amplió este beneficio a los *co-fideissores*, pero sólo respecto de los fiadores solventes al momento de la *litiscontestatio*⁴.

Para la época de Justiniano sólo subsistía la fianza *fideiussio*, había desaparecido el efecto extintivo de la *litiscontestatio* y se crearon tres beneficios determinados para el fiador:

- A. Beneficio de División: es el derecho que tiene el cofiador para rechazar la demanda que exceda la cuota que resultaría de dividir la deuda principal entre los cofiadores solventes en el momento de dictarse la sentencia.
- B. Beneficio de Excusión: este derecho consiste en que el fiador podrá rechazar la demanda, si el acreedor no ha agotado las posibilidades de que la deuda sea cancelada por el deudor principal.
- C. Beneficio de cesión de Acciones: es la acción de regreso que tiene el fiador contra el deudor por lo que pagó en lugar de él; éste no requiere una autorización voluntaria del deudor principal, se da en razón de la misma fianza⁵.
- D. Con la fianza, existieron en Roma otras formas de garantía personal como el *constitutum debiti alieni*, el *receptum argentarii*, la solidaridad pasiva, la estipulación penal, la estipulación de indemnidad y el *mandatum pecuniae credendae*.

⁴ Petit Eugène, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Albatros.1982, Pág.435.

⁵ Uría José María, Derecho Romano, Volumen Segundo, Editorial Universidad Católica del Táchira 1984, Pág. II-98.

1.2. Naturaleza Jurídica

Decimos que la fianza es un contrato, aunque el Código Civil colombiano en el artículo 2361 dice: *“La fianza es una obligación accesoría, 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”*⁶. En este caso como en otros, el Código incurre en una impropiedad que conduce a confusiones. Como bien lo dice el Código Civil en su artículo 1495: *“Contrato es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.....”*⁷.

La fianza es un contrato que finalmente envuelve dos relaciones independientes: la del acreedor con el fiador y la del fiador con el deudor. Sin embargo, no se podría decir que se trata de dos contratos. Tampoco podría decirse que el deudor también es una de las partes en el contrato de fianza. Se trata de un solo contrato celebrado entre el acreedor y el fiador, del cual surgen obligaciones para el fiador. La relación entre el fiador y el deudor la reglamenta la ley, y surge por el mero perfeccionamiento de la fianza, aún en contra de la voluntad del deudor fiado.

1.3. Concepto

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la fianza es una *“Obligación que uno adquiere de hacer algo a lo que otro se ha*

⁶ Ortega Torres, Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá 1976, Págs. 1043-1044.

⁷ Ortega Torres, Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá 1976, Pág. 628.

obligado en caso de que este no lo haga”⁸.

Según el Código Civil, en su artículo 2361, *“La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.*

La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor principal sino de otro fiado”⁹.

De las anteriores definiciones podemos extraer los siguientes elementos:

- A. Obligación accesoria, es decir, que “... tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella”¹⁰.
- B. Obligación con la cual se cauciona otra; según el artículo 65 del Código Civil, *“Caución significa generalmente cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda”¹¹.*
- C. La fianza proporciona al acreedor mayor seguridad.
- D. El fiador asegura los derechos del acreedor.
- E. Al deudor se le presta un servicio afirmando su deuda.

⁸ Diccionario Real de la Lengua Española, Editorial Espasa Calpe, Vigésima Primera Edición, Madrid 1992, Pág. 962.

⁹ Ortega Torres, Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá 1976, Págs. 1043-1044.

¹⁰ Ortega Torres, Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá 1976, Pág. 632.

¹¹ Ortega Torres, Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá 1976, Pág. 81.

2. Características del contrato de fianza

Para hablar de las características del contrato de fianza, tenemos que decir que es un contrato de garantía personal diferente de las demás garantías reales, tales como la prenda y la hipoteca. Esto, debido a que se celebra para responder por una obligación ajena con el patrimonio del fiador y no recae sobre determinados bienes, es decir, que la fianza recae sobre todos los bienes del fiador.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos decir que el contrato de fianza tiene las siguientes características: es un contrato consensual, unilateral, gratuito, accesorio, transmisible y tiene un carácter patrimonial.

2.1. El contrato de fianza es un contrato consensual

Al respecto hay que decir, que si bien el Código Civil no dice nada sobre el particular, se entiende perfeccionado por el acuerdo de voluntades entre el acreedor y el fiador, sin que se requiera de la orden o noticia del deudor de la obligación principal, e incluso puede constituirse contra la voluntad del deudor. Éste no requiere solemnidad alguna para su perfeccionamiento.

En todo caso, el artículo 2373 del Código Civil, en su primera parte, establece que el consentimiento tiene que ser expreso, por lo que no se puede decir que la fianza se presume y sobre esto hay que decir que la manifestación de la voluntad debe ser expresada en forma clara e inequívoca para que se considere expresa, tal como no lo hace entender Somarriva,

citado por el Dr. Edgar Lozada Bustos en su libro La fianza como Garantía: "Dice igualmente Valencia Zea, comentando ya en este caso a Somarriva, que en el derecho chileno se estableció que había fianza en la carta en virtud de la cual una persona le decía a otra que garantizaba las cancelaciones de los pedidos que hiciera un cliente. Esta posición, al contrario de la anterior, tiene ya identidad y propiedad jurídicas porque expresa, en forma clara e inequívoca, la intención de responder por el pago de tales pedidos. Así pues el consentimiento, como elemento de la fianza, debe ser expreso, porque de no serlo ésta no tendrá vida jurídica"¹².

Con relación a la consensualidad del contrato de fianza el Dr. Valencia Zea nos dice "El que la fianza sea un contrato consensual, significa que se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades, pero además debe ser expreso"¹³. El acuerdo de voluntades se ha de tener entre el fiador y el acreedor, como ya mencionamos anteriormente. La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado diciendo que "Para que una fianza exista, basta que sea aceptada por el fiador y el acreedor"¹⁴.

2.2. El contrato de fianza es un contrato unilateral

Un contrato es unilateral, conforme al artículo 1496 del Código Civil, cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 17 de junio de 1948, establece que "La fianza es un contrato unilateral accesorio o de garantía en que el único obligado es el fiador; el acreedor no contrae obligación

¹² Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía, Librería Jurídica Wilches, Pág. 20.

¹³ Valencia Zea Arturo, Derecho Civil de los Contratos, vol. IV, Editorial Temis, 7ª edición, 1988, Pág. 378.

¹⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 19 de septiembre de 1932.

alguna, y en este contrato el deudor no es parte, como no lo es tampoco el fiador en el contrato en que se genera la obligación que garantiza personalmente”.

En el contrato de fianza, la obligación que surge para el fiador es pagar la deuda, en caso de no hacerlo el deudor principal. Las obligaciones surgen al fiador para con el acreedor, sin que éste contraiga obligación alguna a favor de aquél, es decir, que por este contrato surgen obligaciones para el fiador a favor del acreedor de la obligación principal.

No obstante, se pueden pactar cláusulas en las cuales se establezcan obligaciones del acreedor para con el fiador, y en este momento el contrato sería bilateral. Este sería el caso en el cual se pacta una contraprestación no dineraria a favor del fiador, lo cual constituye una obligación para el acreedor. Pero la naturaleza del contrato de fianza es que sea un contrato unilateral.

2.3. El contrato de fianza es un contrato gratuito

Un contrato es gratuito, según lo establece el artículo 1497 del Código Civil, cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen.

Decimos que el contrato de fianza es gratuito puesto que la utilidad es a favor del acreedor en cuanto a que, si el deudor de la obligación principal no la cumple, éste puede perseguir el patrimonio del fiador.

Sin embargo, al establecer el artículo 2367 del Código Civil, la posibilidad de que el fiador pueda estipular con el deudor una remuneración pecuniaria

por ser fiador, se podría pensar que se trata de un contrato oneroso. Pero esto no es cierto, por cuanto que, quienes pactan dicha remuneración no son las partes en el contrato de fianza, ya que el deudor no hace parte de éste.

Algunos autores, como es el caso de Pérez Vives, consideran que en el caso mencionado anteriormente, estaríamos ante un contrato oneroso, debido a que la gratuidad se predica de la relación entre el deudor y el fiador, y no frente al acreedor; y al respecto dice: “Nada obsta a que el contrato sea remunerado, es decir, que el deudor pacte retribución al fiador, por su garantía (art. 2367). En el caso citado en el número anterior, sería oneroso”¹⁵.

Sobre el particular, Lozada Bustos considera que cuando existe alguna remuneración del deudor para con el fiador, el contrato se vuelve oneroso y lo hace degenerarse en un contrato de seguro, porque el dinero recibido como remuneración se considera una prima, y lo expresa de la siguiente manera: “Ahora, aunque el deudor no participa en dicho contrato, también se beneficia como el acreedor, en cierto modo o del mismo, porque, gracias a él, obtiene la garantía para su obligación, caso en el cual hay que aclarar que si el fiador recibe del deudor alguna contraprestación por el servicio prestado a éste, el contrato deja de ser gratuito para convertirse en oneroso, y si se pacta remuneración del acreedor al fiador, en principio el contrato de fianza también deja de ser gratuito, pero en el fondo lo que ocurre es que desaparece la fianza como tal, para degenerarse en un contrato de seguro, porque el dinero recibido como retribución constituye una prima”¹⁶.

¹⁵ Pérez Vives Álvaro, Garantías Civiles Hipoteca, Prenda y Fianza, Editorial Temis 1989, Pág. 363.

¹⁶ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía, Librería Jurídica Wilches, Pág. 21.

Consideramos que en ningún momento puede degenerarse el contrato de fianza en un contrato de seguro, puesto que sus características y naturaleza son esencialmente distintas, razón por la que dicha afirmación es incorrecta.

En cuanto al acreedor existe una ventaja evidente, puesto que, previo a la celebración del contrato de fianza, éste carecía de una garantía personal para el cumplimiento de la obligación personal.

2.4. El contrato de fianza es un contrato accesorio

Este contrato supone la existencia de una obligación principal y por consiguiente correrá con la misma suerte de ésta, lo que implica, que una vez extinguida la obligación principal la fianza se extinguirá (Numeral 3º del artículo 2406 del Código Civil). Lo anterior, según Lozada Bustos, “debe entenderse sin perjuicio de que puedan afianzarse obligaciones futuras...”¹⁷.

Marcelo Fernand Planiol afirma que: “La fianza solamente puede existir en relación con una obligación válida, si la obligación principal está viciada de nulidad absoluta, lo mismo cabe decir en cuanto a la fianza.”¹⁸ Esto significa, que para constituir un contrato de fianza, no sólo es necesaria la existencia de una obligación principal, sino que además deberá ser válida. En caso de estar viciada la obligación principal, se genera la nulidad del contrato accesorio.

¹⁷ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía, Librería Jurídica Wilches, Pág. 18.

¹⁸ Planiol, Marcelo Fernand, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Los Contratos Civiles, “2ª parte, T.XI., Editorial Cultural S.A. La Habana, 1940, Pág. 878.

En ningún caso, el fiador está obligado a responder por más de lo que debe el deudor, ni su situación ser más gravosa, tal como lo menciona el artículo 2370 del Código Civil, no sólo respecto a la cuantía, sino al tiempo, lugar, a las modalidades o a la cláusula penal. Sin embargo, sí puede ser menos gravosa su situación.

Según Pérez Vives las consecuencias de esta característica son las siguientes:

“a. Para que la fianza exista válidamente se requiere la existencia de una obligación principal igualmente válida; la nulidad de esta afecta a aquella, pero no a la inversa;

b. La extinción de la obligación principal extingue la fianza (art. 2406, 3º). En cambio, la fianza puede extinguirse sin extinguir la acción principal;

c. La acción del acreedor contra el fiador se extingue por prescripción conjuntamente con la obligación que garantiza (art. 2537);

d. El fiador puede oponer al acreedor las excepciones reales (art. 2380);

e. La obligación del fiador no puede ser más gravosa que la del deudor principal”¹⁹.(sic)

2.5. El contrato de fianza es transmisible

En cuanto a la transmisibilidad de las obligaciones y derechos que surgen por la celebración del contrato de fianza, el artículo 2378 del Código Civil

¹⁹ Pérez Vives Álvaro, Garantías Civiles Hipoteca, Prenda y Fianza, Editorial Temis, Bogotá 1989, Pág. 367.

determina: “Los derechos y obligaciones de los fiadores son transmisibles a sus herederos”²⁰, es decir, que los mismos son transmisibles mediante la sucesión por causa de muerte.

En el derecho romano, instituciones como la *sponsio* y la *fideipromissio* no permitían que las obligaciones y los derechos surgidos fueran transmitidos a los herederos; con posterioridad, la *fideijussio* les otorgó el carácter de transmisibles. El derecho francés en un principio aceptó su intransmisibilidad, pero más tarde, el Código Civil francés derogó esta característica. Posteriormente, Andrés Bello, adoptando la postura del Código Civil francés, instituyó esta característica en el Código Civil chileno en el artículo 2352, norma adoptada por nuestro Código en su integridad por el ya mencionado artículo 2378.

²⁰ Ortega Torres, Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá 1976, Pág. 1064.

3. Requisitos del contrato de fianza

El contrato de fianza, como cualquier negocio jurídico, requiere para su validez los siguientes elementos esenciales: capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita; adicionalmente, necesita la existencia de una obligación principal.

Una vez determinados cuáles son los requisitos necesarios para la validez de este contrato, entraremos a analizarlos separadamente.

3.1. Capacidad

El Código Civil colombiano en su artículo 1503 determina “toda persona es capaz excepto aquellas que la ley declara incapaces”²¹. Al respecto, Lozada Bustos nos dice “el principio general que gobierna 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 es la excepción”²².

Así las cosas, es importante tener en cuenta los siguientes cuestionamientos planteados por Pérez Vives: “¿Para ser fiador se requiere una capacidad especial, o basta la capacidad general? 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?”²³.

²¹ Ortega Torres, Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá 1976, Pág. 634.

²² Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía, Librería Jurídica Wilches, Pág. 43.

²³ Pérez Vives Álvaro, Garantías Civiles Hipoteca, Prenda y Fianza, Editorial Temis, Bogotá 1989, Pág. 385.

Para dar respuesta a estos interrogantes debemos consultar el artículo 2376 del Código Civil colombiano el cual establece “El obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal;...”²⁴. De la misma manera, el artículo 2368 del Código Civil, modificado por el artículo 66 del Decreto 2820 de 1974, consagra: “No pueden ser fiadores los incapaces de ejercer sus derechos”, y el artículo 493 del Código Civil colombiano preceptúa: “El pupilo es incapaz de ser obligado como fiador sin previo decreto judicial, que sólo autorizará esta fianza a favor de su cónyuge, de un ascendiente o descendiente legítimo o natural, y por causa urgente o grave”²⁵.

Como consecuencia se requiere, además de la capacidad general contenida en el artículo 1503 del Código Civil colombiano, la capacidad de poder ejercer sus derechos, y no una capacidad especial.

Anteriormente a la modificación del artículo 1268 del Código Civil, la capacidad especial sí era necesaria puesto que determinaba: “Todo individuo puede obligarse como fiador por otro con las excepciones siguientes: 1) los menores de edad; 2) los furiosos, pródigos, sordomudos, y mentecatos; 3) las mujeres casadas”²⁶.

3.2. Consentimiento

El que la fianza sea un contrato consensual quiere decir que se perfecciona con el acuerdo de voluntades, el cual, según lo determina el artículo 2373 del Código Civil, no se presume, puesto que el consentimiento del fiador debe ser expreso como lo dice José Alejandro Bonivento en su libro De los

²⁴ Ortega Torres, Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá 1976, Pág. 1063.

²⁵ Ortega Torres, Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá 1976, Pág. 1060.

²⁶ Ortega Torres, Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá 1976, Pág. 540.

Principales Contratos Civiles y Comerciales., por lo que “no puede presumirse la existencia de la fianza por la voluntad tácita del fiador”²⁷.

“La fianza no exige palabras sacramentales. Para saber de su perfeccionamiento basta con que el fiador se comprometa a responder subsidiariamente de una obligación ajena, así, por ejemplo, es suficiente que se diga que el fiador garantiza el pago de cierto pedido o compra para que se entienda que es una típica fianza”²⁸.

De la misma manera, Lozada Bustos determina “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 en los términos expresos aparezca tal intención”²⁹.

En cuanto a la voluntad del acreedor y del deudor principal, el artículo 2371 del Código Civil establece: “Se puede afianzar sin orden y aún sin noticia, y contra la voluntad del principal deudor”³⁰. Por lo tanto, tenemos que la manifestación de la voluntad del acreedor puede ser tácita a diferencia de la del fiador, como lo consideran distintos autores como Bonivento, Lozada Bustos y Pérez Vives.

Respecto de la determinación de la existencia de la fianza en un caso concreto, es el juez quien debe dilucidar, con aplicación a los principios legales, si ésta existe.

²⁷ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía, Librería Jurídica Wilches, Pág. 46.

²⁸ Bonivento Fernández, José Alejandro, Los Principales Contratos Civiles y Comerciales, Tomo II, Ediciones Librería del Profesional, edición tercera, Bogotá, 1995, Pág. 4.

²⁹ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía, Librería Jurídica Wilches, Pág. 46.

³⁰ Ortega Torres, Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá 1976, Pág. 1061.

Así mismo, la manifestación de la voluntad de los contratantes debe estar exenta de los vicios del consentimiento, los cuales son: el error, la fuerza y el dolo.

“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 afianzándole a Pedro la obligación de Juan y termina es afianzándole a aquél la obligación de otro”³¹.

En cuanto a la fuerza, “Es el hecho de inspirar a una persona tal temor que a pesar de sí misma dé su consentimiento”³²; también la definen como “Toda presión física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a prestar su consentimiento en un acto jurídico”³³.

Teniendo en cuenta las anteriores definiciones podemos observar que la fuerza puede ser física o moral; por lo tanto, ésta le resta a la víctima, es decir al fiador, la libertad de decisión para poder exteriorizar su voluntad de fiar. La fuerza, para poder ser considerada 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 contrato de fianza, esto significa, que la fuerza debe ser lo suficientemente determinante para que quien obre bajo su influencia, contrate.

³¹ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía, Librería Jurídica Wilches, Pág. 49.

³² Arteaga Carvajal Jaime, Curso de Obligaciones, Editorial Temis, Bogotá 1979, Pág. 29.

³³ Ospina Fernández Guillermo, Teoría General de los Actos y Negocios Jurídicos, Editorial Temis, Pág. 220.

El dolo consiste en: “Las maniobras fraudulentas, engaños o mentiras, reticencias de una persona que sirve para engañar a otra con ocasión de un contrato”³⁴. También es definido de la siguiente manera: “Consiste en cualquier maquinación, trampa, artificio o astucia encaminados a sorprender a la víctima y a provocar adhesión bien sea sobre el acto en general, bien sea sobre ciertas condiciones de él”³⁵.

Por lo tanto, se deduce que el dolo debe provenir de una de las partes contratantes para que sea considerado como vicio del consentimiento y a la vez debe ser determinante, de tal modo que induzca a quien lo padece a manifestar su voluntad en el contrato o acto jurídico. Así las cosas, quien fía a otro incitado por una maniobra o mecanismo engañoso del acreedor, obra con su consentimiento viciado, de tal manera que sin el artificio no hubiera contratado.

3.3. Objeto

Según Lozada Bustos, el objeto del contrato de fianza “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”³⁶.

Para Pérez Vives, el objeto del contrato de fianza debe consistir siempre en el pago de una suma de dinero.

³⁴ Tamayo Lombana Alberto, Manual de Obligaciones, Editorial Derecho y Ley, Bogotá, Pág. 171.

³⁵ Ospina Fernandez, Guillermo, Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, Editorial Temis, Ed. 3ª, Bogotá, 1987, Pág.193.

³⁶ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía, Librería Jurídica Wilches, Pág. 53.

Ahora bien, el objeto del contrato es un requisito, que así mismo tiene otros que le son propios: debe existir, debe ser determinado y debe ser lícito.

En cuanto al primero, si el objeto no existe, el contrato no tiene sustento alguno y carecerá entonces de uno de sus requisitos. En este sentido el objeto del contrato de fianza consiste en obligar al fiador a responder por la obligación principal del deudor. Podría darse el caso en el cual la obligación principal no exista aún al momento de celebrar el contrato de fianza, corroborando así el afianzamiento de deudas futuras.

Respecto del segundo, éste se refiere a que tanto el acreedor como el fiador deben precisar en qué consiste la prestación estipulada, es decir, el objeto de la obligación, esto con el fin de que el acreedor sepa qué es lo que puede exigir y, el fiador, a qué se obliga.

En lo que hace referencia al tercer requisito, la Corte Suprema de Justicia ha dicho: “La ilicitud del objeto no produce u ocurre tan solo cuando hay ley que lo prohíbe o que lo erige en delito”.³⁷ De tal manera, el objeto se considera ilícito cuando es inmoral, o contrario a las buenas costumbres o al orden público y no por la existencia de una ley que lo califique como tal. El acto en el que un fiador se compromete a garantizar una obligación contraída dentro del marco legal, pero que riñe con los postulados de las buenas costumbres, está viciado con objeto ilícito.

Ahora bien, el artículo 2369 de nuestro Código Civil determina que el objeto del contrato de fianza es pagar una suma de dinero en lugar de una cosa de igual o mayor valor, adicionalmente el mismo artículo establece en su último inciso que “la obligación de pagar una cosa que no sea dinero en lugar de

³⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 12 de julio de 1948, Pág. 502.

otra cosa, o de una suma de dinero, no constituye fianza.”³⁸ Por lo que el contrato no sería de fianza en el caso que esto sucediera, degenerándose así en otro contrato de garantía.

3.4. Causa

La causa puede definirse de la siguiente manera: “móviles o motivaciones personales que inducen a celebrar el contrato”³⁹. Según el artículo 1502 del Código Civil, la causa es el cuarto requisito de todo contrato, además el artículo 1524 del Código Civil determina que “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla”⁴⁰.

De acuerdo con lo anterior, Lozada Bustos considera 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, o sea que se presume, porque toda obligación creada tiene su causa, la cual lleva implícitamente”⁴¹.

Otros autores como el caso de Pérez Vives consideran que el contrato de fianza carece de causa, al decir: “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 rompe con el principio y admite de

³⁸ Ortega Torres, Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá 1976, Pág. 633.

³⁹ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía, Librería Jurídica Wilches, Pág. 56.

⁴⁰ Ortega Torres, Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá 1976, Pág. 651.

⁴¹ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía, Librería Jurídica Wilches, Pág. 59.

modo excepcional la validez del negocio por el simple consentimiento. Tal ocurre en la fianza, de la cual se ha dicho que es un acto abstracto”⁴².

Teniendo en cuenta la definición de causa dada por el Código Civil, tenemos que, si bien ésta es requisito para la celebración del contrato, no es obligatorio que se manifieste expresamente en el momento de celebrarse el negocio jurídico.

3.5. Existencia de una obligación principal

Como se vio en las características de la fianza, al ser éste un contrato accesorio, requiere de la existencia de una obligación principal a la cual accede y cuyo cumplimiento está garantizando.

Así las cosas, el artículo 2364 determina: “La obligación a que accede la fianza puede ser civil o natural”⁴³. De la misma manera el 2365 del Código Civil establece: “Pueden afianzarse no solo una obligación pura y simple, sino condicional y a plazo.

Podrá afianzarse una obligación futura; y en este caso podrá el fiador retractarse mientras la obligación principal no exista, quedando, con todo, responsable al acreedor y a terceros de buena fe, como el mandante en el caso del artículo 2199”⁴⁴.

Respecto del artículo 2364 del Código Civil, Pérez Vives considera que “...si lo afianzado era una obligación civil que se torna en natural, la fianza adquiere igualmente este carácter. Ejemplo de obligación natural afianzada

⁴² Pérez Vives Álvaro, Garantías Civiles Hipoteca, Prenda y Fianza, Editorial Temis, Bogotá 1989,.Págs. 391-392.

⁴³ Ortega Torres, Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá 1976, Pág. 1059.

⁴⁴ Ortega Torres, Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá 1976, Pág. 1059-1060.

es la contraída por un relativamente incapaz. La doctrina imperante considera que la obligación de un relativamente incapaz es natural desde el momento mismo en que se contrajo, sin necesidad de una sentencia judicial que declare su nulidad...⁴⁵. (sic)

En lo que tiene que ver con el artículo 2365, Valencia Zea afirma que “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 la obligación del fiador; pero si el evento estaba destinado a extinguirla, se extingue la obligación de garantía”⁴⁶.

En lo que respecta a la fianza 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 de derecho de retractación”⁴⁷.

⁴⁵ Pérez Vives Álvaro, Garantías Civiles Hipoteca, Prenda y Fianza, Editorial Temis, Bogotá 1989, Pág. 393.

⁴⁶ Valencia Zea Arturo, Derecho Civil de los Contratos, vol. IV, Editorial Temis, Pág. 380.

⁴⁷ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía, Librería Jurídica Wilches, Pág. 59.

4. Clasificación de la fianza

4.1. Convencional, legal o judicial

Según el artículo 2362 del Código Civil, “la fianza puede ser convencional, legal o judicial”. La primera es constituida por contrato, la segunda es ordenada por la ley y la tercera por decreto judicial.

Las fianzas legal y judicial se sujetan a las mismas reglas que la convencional, salvo en los casos en que la ley o el Código de Procedimiento Civil dispongan otra cosa.

Para establecer claridad sobre el tema, algunos autores como Pérez Vives y Lozada Bustos, dicen que la fianza legal es aquella que, dada una situación jurídica especial, tendrá que presentarse siempre, como la que se exige por el artículo 464 del Código Civil para el discernimiento de la tutela o curaduría y la que debe prestar el usufructuario, según el artículo 834 del Código Civil; y la fianza judicial es aquella que, aunque ordenada o autorizada por la ley, el juez no está obligado a exigirla, o porque está consagrada como un derecho que debe ejercitarse, o porque el juez tiene la facultad de examinar si debe o no prestarse, atendiendo para ello a circunstancias especiales.

Son ejemplos de éstas, las que debe prestar el comprador cuya fortuna hubiere menguado considerablemente (artículo 1882 inciso final Código Civil), y el vendedor que exija la entrega del precio cuando el comprador está turbado en la posesión de la cosa o prueba que existe contra ella una acción real (artículo 1929 Código Civil).

Regulaciones especiales sobre fianzas legales y judiciales:

1. El fiador no goza del beneficio de excusión cuando la fianza hubiere sido ordenada por el juez (artículo 2384, ordinal 4, del Código Civil).
2. El obligado a prestar una fianza no puede sustituir a ella una hipoteca o prenda, o recíprocamente contra la voluntad del acreedor.
3. Si la fianza es exigida por la ley o decreto del juez, puede sustituirse a ella una prenda o hipoteca suficiente.
4. El obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal; que tenga bienes más que suficientes para hacerla efectiva.

Para calificar la suficiencia de los bienes sólo se tomarán en cuenta los inmuebles. Excepto en materia comercial, o cuando la deuda afianzada es módica.

No se toman en cuenta los inmuebles embargados o litigiosos, o que no existan en el territorio, o que se hallen sujetos a hipotecas gravosas o a condiciones resolutorias.

Si el deudor estuviera recargado de deudas que pongan en peligro aun los inmuebles no hipotecados, tampoco se contará con éstos (artículo 2376 del Código Civil).

En cuanto al momento en que puede prestarse la fianza, ésta puede constituirse al mismo tiempo en que se contrae la obligación principal o después. Así mismo es posible según el artículo 2365 del Código Civil afianzar deudas futuras.

La fianza puede constituirse por una o más personas. Si se constituye por varias personas, se podrá llevar a cabo en un solo acto o en actos separados, para lo cual puede haber acuerdo entre los fiadores o puede no haberlo.

4.2. Personal, hipotecaria o prendaria

Como dice el doctor Bonivento “La fianza es personal cuando el fiador compromete, de manera general, todos sus bienes; hipotecaria o prendaria, cuando, además de la garantía patrimonial general se constituye una hipoteca o prenda, sobre determinados bienes, es decir, el acreedor goza de los derechos de preferencia y persecución que emanan de esas últimas sin perder la acción personal que nace de la fianza”⁴⁸.

La disposición legal que determina estas clases de fianza es el artículo 2370, inciso segundo del Código Civil, al establecer que es posible que el fiador se obligue de una forma más eficaz a través de una hipoteca, aún cuando sobre la obligación principal no recaiga una garantía real.

Así mismo, el artículo 2454 del Código Civil establece en sus incisos segundo y tercero “La fianza se llama hipotecaria cuando el fiador se obliga con hipoteca.

La fianza hipotecaria está sujeta en cuanto a la acción personal a las reglas de la simple fianza”⁴⁹. El beneficio de esta clase de fianza es, según Pérez Vives, que “permite al acreedor perseguir no sólo el bien gravado, sino la totalidad de los que integran el patrimonio del fiador; y, sobre la simple

⁴⁸ Bonivento Fernández, José Alejandro, Los Principales Contratos Civiles y Comerciales, Tomo II, Ediciones Librería del Profesional, Edición tercera, Bogotá, 1995, Pág. 8.

⁴⁹ Ortega Torres, Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá 1976, Pág. 1092.

fianza, la de que si el fiador tiene otras obligaciones o se insolventa, puede el acreedor hacer efectiva la correspondiente obligación sobre el bien gravado, eludiendo así las consecuencias del concurso o de la insolvencia⁵⁰. (sic)

La prenda o hipoteca puede ser constituida ya sea para garantizar la obligación principal o para garantizar la obligación subsidiaria que está en cabeza del fiador. Cuando se trata del primer caso, no es posible oponer el beneficio de excusión por tratarse de una acción real, que tiene el acreedor, mientras que en el segundo, sí podría oponer dicho beneficio por cuanto que el gravamen estaría garantizando la obligación subsidiaria del fiador.

4.3. Limitada e ilimitada

Según Pérez Vives: “Llámesse definida o limitada la fianza, cuando el contrato se limita a una cantidad fija de dinero o se determinan las obligaciones de que responde el fiador. Es ilimitada, en cambio, 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 principal, las de la intimación que en consecuencia se hicieren al fiador, y todas las posteriores a esta intimación; pero no las causadas en el tiempo intermedio entre el primer requerimiento y la intimidación antedicha⁵¹. (sic) Es el artículo 2373 del Código Civil el que determina según el autor antes citado lo ilimitado de la fianza.

Otros autores, como es el caso de Bonivento, expresan que la fianza es ilimitada fundamentándose en el artículo 2392 del Código Civil, y al respecto

⁵⁰ Pérez Vives Álvaro, Garantías Civiles Hipoteca, Prenda y Fianza, Editorial Temis, Bogotá 1989, Pág. 376.

⁵¹ Pérez Vives Álvaro, Garantías Civiles Hipoteca, Prenda y Fianza, Editorial Temis, Bogotá 1989, Pág. 381-382.

afirma: “Ahora bien, el inciso final del artículo 2391 hace viable la fianza ilimitada, cuando dice: “El fiador que inequívocamente haya limitado su responsabilidad a una suma u cuota determinada, no será responsable sino hasta concurrencia de dicha suma o cuota”, sencillamente, y a **contrario sensu**, si no se limita la responsabilidad es porque la misma ley lo permite”⁵².

No obstante, esta clase de fianza, no quiere decir que el fiador se obliga sin limitación alguna, puesto que la ley determina que la obligación del fiador no puede ser más gravosa que la del deudor principal. (artículo 2369 del Código Civil).

4.4. Simple y solidaria

Edgar Lozada Bustos define la fianza simple y la solidaria de la siguiente manera: “La fianza simple concede al fiador los beneficios de excusión y de división, los cuales puede descartar el acreedor acudiendo a la fianza solidaria, o a la estipulación de que el fiador se obliga mancomunadamente y solidariamente. La expresión fianza solidaria puede referirse, bien a la obligación del deudor principal o, a la obligación accesoria de los fiadores. En el primer caso, se crea entre el deudor y el fiador un vínculo de solidaridad, mediante el cual se priva al fiador del beneficio de excusión, conforme lo establece el artículo 2384 del Código Civil en su numeral 2^o”⁵³. Así mismo, sigue definiendo el segundo caso como se ve a continuación: “... la solidaridad se da entre los fiadores y hace relación a la obligación subsidiaria

⁵² Bonivento Fernández, José Alejandro, Los Principales Contratos Civiles y Comerciales, Tomo II, Ediciones Librería del Profesional, edición tercera, Bogotá, 1995, Pág. 9.

⁵³ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía, Librería Jurídica Wilches, Pág. 37.

contraída por éstos, privándose del beneficio de división, no así del de excusión, porque no se ha obligado solidariamente con el deudor”⁵⁴.

El artículo 2384 a que se hace referencia en la definición anterior, estipula en su numeral 2º que para que sea posible gozar del beneficio de excusión se debe cumplir con la siguiente condición: “Que el fiador no se haya obligado como deudor solidario”⁵⁵, razón por la cual pierde tal beneficio en el momento de obligarse solidariamente.

También puede suceder que el fiador se obligue como codeudor solidario. “Y aquí la cuestión es diferente porque su compromiso no se limita a la fianza sino que se extiende, por la solidaridad de la deuda, al pago de la obligación bajo el régimen de las obligaciones solidarias; pero en derredor de los demás codeudores se estima como fiador. O sea, frente al acreedor es un deudor solidario y con respecto a los codeudores es un fiador”⁵⁶.

⁵⁴ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía, Librería Jurídica Wilches, Pág. 37.

⁵⁵ Ortega Torres, Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá 1976, Pág. 1067.

⁵⁶ Bonivento Fernández, José Alejandro, Los Principales Contratos Civiles y Comerciales, Tomo II, Ediciones Librería del Profesional, edición tercera, Bogotá, 1995, Pág. 14.

5. Efectos de la fianza

El contrato de fianza produce efectos entre el fiador y el acreedor, entre el fiador y el deudor, anteriores al pago entre el fiador y el deudor, y posteriores al pago entre el fiador y el deudor.

Así las cosas, iniciaremos el estudio de cada uno de los efectos que produce el contrato de fianza.

5.1. Entre el fiador y el acreedor

“El acreedor, una vez que la obligación principal sea exigible, puede accionar contra el fiador para hacer efectiva la garantía. A su vez, el fiador puede anticiparse a hacer el pago para evitar la acción del acreedor u oponer ciertos beneficios o excepciones que le concede la ley”⁵⁷. Es decir, que el fiador responde personalmente al acreedor por la obligación del deudor.

El acreedor tiene, según el artículo 2488 del Código Civil, la acción personal derivada de la fianza, al establecer: “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”⁵⁸. A su vez, el fiador tiene el derecho de defenderse haciendo uso del beneficio de excusión, instituido por el legislador para favorecerlo.

⁵⁷ Pérez Vives Álvaro, Garantías Civiles Hipoteca, Prenda y Fianza, Editorial Temis, Bogotá 1989, Pág. 376.

⁵⁸ Ortega Torres Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá, 1976, Pág. 1089.

Hay que tener en cuenta que no es necesario constituir en mora al deudor para poder ejercer la acción personal en contra del fiador.

Es importante resaltar el derecho consagrado en el artículo 2382 del Código Civil, el cual establece que “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, después de este requerimiento, lo retardare, no será responsable el fiador por la insolvencia del deudor principal, sobrevinida sobre el retardo”⁵⁹. 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”⁶⁰.

El fiador busca mediante lo anterior, extinguir su obligación como fiador. Como es él quien lo invoca deberá aportar las pruebas en virtud de lo contemplado por el artículo 1757 del Código Civil, que dice: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”⁶¹.

Una vez analizado lo anterior, entraremos a estudiar los beneficios y excepciones que el fiador puede oponer al acreedor; éstos 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.

- A. El beneficio de excusión: Este beneficio del derecho civil procede de Roma, cuando Justiniano dispuso que el acreedor debía obrar primero en contra del deudor y no perseguir al fiador sino hasta cuando no hubiera

⁵⁹ Ortega Torres Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá, 1976, Pág.1065.

⁶⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, Tratado de las Cauciones, Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1943, Pág. 140.

⁶¹ Ortega Torres Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá, 1976, Pág. 753.

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 se había comprobado.

En nuestra legislación es el artículo 2383 del Código Civil el que consagra dicho beneficio al determinar: “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”⁶².

Al respecto nos dice Pérez Vives, que del artículo anterior se desprende “que el fiador goza de la libertad para oponer o no a su arbitrio dicho beneficio, pues así se deduce del empleo del término podrá”⁶³.

No obstante lo anterior, es necesario para poder oponer a arbitrio del fiador este beneficio, cumplir con los requisitos establecidos por el legislador en el artículo 2384 del Código Civil y que son: 1) que el fiador no esté privado de él; 2) que lo oponga en tiempo oportuno; 3) que se señalen los bienes del deudor principal y 4) que se paguen los costos de la excusión, si el acreedor lo solicitare.

Sobre el primero de estos requisitos hay que decir que este estado se produce en cuatro eventualidades: mediante la renuncia expresa al beneficio, cuando se constituyó como fiador solidario, cuando lo afianzado es una obligación natural y cuando la fianza es legal o judicial. En lo que

⁶² Ortega Torres Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá, 1976, Pág. 1052.

⁶³ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía Civil, Ediciones Librería Wilches, Bogotá 1992, Pág. 71.

respecta a la oportunidad para oponerlo, Lozada Bustos dice que es “cuando el fiador es ejecutado”⁶⁴.

El efecto que produce oponer este beneficio, es la suspensión del procedimiento contra el fiador.

- B. El beneficio de división: Éste, al igual que el beneficio de excusión, proviene de Roma, cuando el emperador Adriano puso término a la responsabilidad solidaria legal de los fiadores. Según Pérez 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 corresponda”⁶⁵.

El fundamento legal de este beneficio es el artículo 2392 del Código Civil que establece: “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”⁶⁶. (sic)

Este beneficio, como podemos ver, presupone la existencia de varios fiadores que no sean solidarios entre sí, que afiancen una misma deuda y que se trate de un mismo deudor.

Según Lozada Bustos, éste produce efectos que pueden verse en dos momentos diferentes “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

⁶⁴ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía Civil, Ediciones Librería Wilches, Bogotá 1992, Pág. 72.

⁶⁵ Pérez Vives Álvaro, Garantías Civiles Hipoteca, Prenda y Fianza, Editorial Temis, Bogotá 1989, Pág. 416.

⁶⁶ Ortega Torres Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá, 1976, Pág. 1055.

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 aquel que la ha limitado”⁶⁷.

Las diferencias entre el beneficio de excusión y el beneficio de división son:

- a. El primero constituye una excepción dilatoria, mientras que el segundo una excepción perentoria.
 - b. El primero para oponerse requiere de formalidades y trámites obligatorios, mientras que el segundo opera *ipso iure*, y puede alegarse en cualquier momento procesal.
 - c. Por último, el primero debe ser invocado siempre por el fiador, en cambio el segundo puede ser reconocido por el juez sin trámite especial.
- C. Excepción de subrogación: Data del derecho romano, en el cual fue conocida como la *exceptio calendarum actionum* y provenía de la obligación del acreedor de ceder al fiador, si éste lo exigiere, las acciones contra el deudor principal. En el caso en que el acreedor de la obligación no cumpliera con esto, se engendraría la excepción de subrogación. Este medio de defensa que puede utilizar el fiador demandado está consagrado en el artículo 2381 del Código Civil que establece: “Cuando el acreedor ha puesto al fiador en el caso de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal, o contra los otros fiadores, el fiador tendrá derecho para que se le rebaje de la demanda del acreedor todo lo que dicho fiador hubiera podido obtener del deudor principal o de los otros fiadores por medio de la subrogación legal”⁶⁸.

⁶⁷ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía Civil, Ediciones Librería Wilches, Bogotá 1992, Pág. 75.

⁶⁸ Ortega Torres Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá, 1976, Pág. 1051.

Como nos dice Lozada Bustos, “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 en el caso típico de que el acreedor, antes del pago del fiador, destruye 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”⁶⁹.

En este caso concreto, indiferentemente de la clase de fianza a la cual se hubiere obligado, el fiador tiene la posibilidad de invocarla con el fin de eximirse de su obligación.

La naturaleza de esta excepción es eminentemente contractual, puesto que se fundamenta en el incumplimiento de una obligación del acreedor, que tuvo origen en el contrato de fianza.

Esta excepción debe ser invocada por el fiador en el momento en el cual va a efectuar el pago, pues ésta no opera *ipso iure*. Sin embargo, se puede renunciar a la misma ya sea expresa o tácitamente. Así mismo, para que la excepción de subrogación sea procedente, es necesario que cumpla con ciertos requisitos tales como los menciona Pérez Vives: “1º) que la pérdida de las acciones se produzca por culpa del acreedor; 2º) que las acciones hayan existido en manos del acreedor al momento de constituirse la fianza; 3º) que la pérdida haya causado un perjuicio al fiador; 4º) que éste alegue la excepción”⁷⁰. Sobre la primera hay que

⁶⁹ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía Civil, Ediciones Librería Wilches, Bogotá 1992, Pág. 79.

⁷⁰ Pérez Vives Alvaro, Garantías Civiles, Hipoteca, Prenda, Fianza, Editorial Temis, Bogotá 1989, Pág. 423.

aclarar que, si bien se habla de culpa, también debe entenderse que, si es por dolo, esta excepción también es procedente.

Por último, los efectos que produce la excepción de subrogación pueden ser dos. El primero, la extinción de la fianza, cuando la pérdida de las acciones por parte del acreedor hubieren permitido el reembolso total de lo pagado al acreedor; el segundo, la liberación parcial al fiador, cuando las acciones en las cuales se subrogaría el fiador solamente le hubieren reembolsado parte de lo que fue pagado.

- D. Excepciones reales y personales: Pérez Vives dice que “podemos considerar como excepciones reales a las que emanan de la naturaleza de la obligación y a las que se producen con posterioridad al nacimiento de ésta; y como personales, a las que se relacionan con la situación o calidad particular que tiene el deudor en la obligación”⁷¹. De acuerdo con lo anterior, el dolo, la violencia, la nulidad absoluta, la cosa juzgada, las modalidades que afectan la obligación y los medios por los que se extinguen las obligaciones constituyen excepciones reales.

Respecto de la nulidad absoluta, el fiador puede invocar esta excepción real cuando se presente en la obligación principal, por tratarse de un contrato accesorio. De la misma manera sucede con los medios de extinción de las obligaciones, porque afectan la existencia de la fianza como garantía accesorio, cualquiera que fuere el medio de la obligación principal (pago, transacción, compensación, prescripción, etc.).

En cuanto a la cosa juzgada, el artículo 2380 del Código Civil determina que es una excepción real, la cual puede invocar el fiador al acreedor.

⁷¹ Pérez Vives Alvaro, Garantías Civiles, Hipoteca, Prenda, Fianza, Editorial Temis, Bogotá 1989, Pág. 425.

Como se menciono anteriormente, la obligación del fiador no puede ser más gravosa que la del acreedor, razón por la cual las modalidades de plazo o condición suspensiva o resolutoria que afectan a la obligación principal puede oponerlas el fiador al acreedor.

Ahora bien, las excepciones personales del fiador, que puede alegar como suyas, son: las que han originado nulidad relativa del contrato, tales como la incapacidad relativa o el error. En lo que respecta a las excepciones personales del deudor, y que no puede invocar el fiador, están relacionadas con las causales de nulidad relativa de la obligación principal que ha sido afianzada, como la incapacidad relativa del deudor.

5.2. Entre el fiador y el deudor

“La ley contempla los efectos de la fianza entre el fiador y el deudor, en relación con dos periodos diferentes: antes y después del pago. En ambos casos la ley trata de proteger al fiador en su calidad de tal, teniendo en cuenta que no es un verdadero deudor y que solo accede a la obligación principal con el fin de garantizarla”⁷².

Por el motivo expresado anteriormente el artículo 2367 del Código Civil permite al fiador pactar con el deudor una remuneración por el servicio que está prestando y lo establece de la siguiente manera: “El fiador puede estipular con el deudor una remuneración pecuniaria por el servicio que presta”⁷³.

⁷² Pérez Vives Alvaro, Garantías Civiles, Hipoteca, Prenda, Fianza, Editorial Temis, Bogotá 1989, Pág. 431.

⁷³ Ortega Torres Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá, 1976, Pág. 1046.

Ahora analizaremos cada uno de los efectos de la siguiente manera:

A. Efectos anteriores al pago entre fiador y deudor: Al respecto, el artículo 2394 del Código Civil determina: “El fiador tendrá derecho para que el deudor principal le obtenga el relevo, o le caucione las resultas de la fianza, o consigne medios de pago en los casos siguientes:

1º) Cuando el deudor principal disipa o aventura temerariamente sus bienes;

2º) Cuando el deudor principal se obligó a obtener el relevo de la fianza dentro de cierto plazo, y se ha vencido este plazo;

3º) Cuando se ha vencido el plazo o cumplido la condición que hace inmediatamente exigible la obligación principal en todo o en parte;

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

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

Los derechos aquí concedidos al fiador no se extienden al que afianzó contra la voluntad del deudor”⁷⁴.

De lo anterior, concluimos que el fiador está facultado para exigirle al deudor, en los momentos previstos, que le obtenga el relevo o le asegure las resultas de la fianza o le deposite medios de pago, lo que según Lozada Bustos “constituye una obligación alternativa para éste, porque

⁷⁴ Ortega Torres Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá, 1976, Pág. 1056.

solamente está obligado a ejecutar cualquiera de estos tres actos”⁷⁵. Ante esto, el fiador solamente podrá exigir del deudor que ejecute uno de estos hechos, o los solicite subsidiariamente, pero no podrá solicitarle que ejecute más de uno. Adicionalmente, como hemos dicho que es una obligación alternativa, es el deudor quien debe elegir cual medida adopta para garantizar al fiador.

“Ahora veamos cada una de las referidas obligaciones:

- a) El Código habla de que el deudor debe “obtener el relevo de la fianza”, esto es, que el acreedor consienta en dar por libre al fiador de su obligación. Obedece esto al hecho de que la fianza es un contrato abstracto que se celebra entre el fiador y el acreedor, por lo cual la liberación de aquel depende de la voluntad de este y no de un acto unilateral del deudor, o de un convenio entre dicho deudor y el fiador.
- b) También puede el fiador exigir alternativamente del deudor que le garantice las resultas de fianza mediante una caución. Según el art. 65 del Código Civil, “caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda”.

De modo que cuando el preámbulo del art. 2394 habla de que el fiador tendrá derecho para que el deudor principal le caucione las resultas de la fianza, está indicando que éste debe constituir a favor de aquél, o hacerla otorgar de un tercero, una obligación accesoria que garantice la seguridad de las prestaciones que el fiador puede exigir del deudor, en caso de verse obligado a pagar al acreedor. Ejemplos de tal garantía son la fianza *—que los chilenos llaman en este caso*

⁷⁵ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía Civil, Ediciones Librería Wilches, Bogotá 1992, Pág. 83.

contrafianza-, la prenda y la hipoteca; pero pueden darse otras, como el depósito de dinero, el endoso de títulos-valores y, en general, la transferencia fiduciaria de un bien cualquiera.

Corresponde al deudor ofrecer el tipo de garantía que a bien tenga, ya que el fiador sólo tiene el derecho de exigir que se le caucione debidamente las resultas de la fianza, correspondiendo al deudor decidir en qué forma va a constituir la garantía. El fiador tiene derecho a que ésta sea suficiente, pero no a designar el tipo específico de caución que debe otorgarse en su favor. Tampoco puede el juez señalar qué clase de caución deba prestar el deudor, limitándose, en su oportunidad, a calificar la suficiencia de la ofrecida.

- c) El tercer camino alternativo que tiene el fiador, es exigir que el deudor le consigne medios suficientes de pago, es decir, que deposite judicialmente dinero bastante para pagar al acreedor⁷⁶. (sic)

El fiador está facultado a exigirle al deudor una de las obligaciones anteriores sea cual fuere la clase de fianza que se ha constituido. Sin embargo, lo anterior no opera, cuando el fiador se ha obligado contra la voluntad del deudor, porque con su conducta ha expresado su voluntad y manifestado su intención de asumir todos los riesgos que puede conllevar la fianza. Distinto sería el caso en el cual se obliga el fiador ignorando al deudor.

- B. Efectos posteriores al pago entre fiador y deudor: Una vez ha sido pagada la obligación principal por parte del fiador, la ley pone a disposición del mismo importantes derechos, cuya finalidad es evitar el empobrecimiento

⁷⁶ Pérez Vives Alvaro, Garantías Civiles, Hipoteca, Prenda, Fianza, Editorial Temis, Bogotá 1989, Pág. 432-433.

injusto a expensas del deudor, quien se ha enriquecido de manera indebida.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 2395 del Código Civil establece la acción de reembolso: “El fiador tendrá acción contra el deudor principal para el reembolso de 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”⁷⁷. Así mismo el artículo 1668 numeral 3º del Código Civil sienta el principio según el cual una persona que paga una deuda a la que se haya obligado solidaria o subsidiariamente, se subroga en los derechos del acreedor, lo que quiere decir, que además de la acción de reembolso todo fiador tiene la acción subrogatoria.

Una vez determinadas las acciones que contempla la ley a favor del fiador las estudiaremos separadamente de la siguiente manera:

- a. Acción de reembolso: Esta acción tiene su fundamento en el principio que prohíbe a una persona el enriquecerse sin justa causa a expensas de otra.

Lozada Bustos la define como aquella acción “que pertenece al fiador por derecho propio, es la acción personal que emana del contrato de fianza, la cual se halla instituida en dicho artículo 2395”⁷⁸.

Ahora bien, esta acción comprende el capital de la obligación principal que fue pagado por el fiador, los intereses que se hubieren cubierto por concepto de la obligación principal, los intereses de la suma total

⁷⁷ Ortega Torres Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá, 1976, Pág. 1057.

⁷⁸ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía Civil, Ediciones Librería Wilches, Bogotá 1992, Pág. 87.

que hubiere pagado por capital e intereses, los gastos en que incurrió el fiador por concepto del contrato de fianza y por último los perjuicios de cualquier naturaleza que se hubieren causado a razón del contrato.

Respecto del primero, es justo que el fiador tenga el derecho a que le sea reembolsado lo pagado, puesto que quien se vio beneficiado por el contrato de fianza fue el deudor. Cuando el fiador sólo paga parcialmente la deuda, sólo tendrá acción de reembolso por el importe pagado y no puede cobrarle al deudor el exceso de la obligación principal.

Por la misma razón expuesta anteriormente, el deudor debe reembolsar al fiador los intereses pactados o legales que se hubieren pagado al acreedor por concepto de la obligación principal. Igualmente, el deudor debe al fiador los intereses causados al capital entregado por el fiador al acreedor para el pago de la obligación principal, que son diferentes a los intereses de la obligación principal.

En lo referente a los gastos incurridos por el fiador en razón de la fianza, son los causados por la demanda que debe instaurar el fiador contra el deudor con el fin de obtener el reembolso de lo pagado, además de los que se presentan por el pago de la obligación principal al acreedor.

Por último, lo que concierne a los perjuicios que ha sufrido el fiador, también se considera que deben ser reembolsados por el deudor, y lo podemos entender mediante el siguiente ejemplo: “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 afianzada⁷⁹.

La acción de reembolso contempla ciertos requisitos para que se pueda intentar: que el fiador haya pagado al acreedor; que el pago haya sido útil, y que el fiador no esté legalmente privado de la acción.

El primero se cumple cuando la extinción de la obligación principal se ha realizado mediante el empobrecimiento del fiador, es decir que si se ha extinguido por prescripción, remisión o por la pérdida de la cosa debida, no se tiene fundamento alguno para interponer esta acción. El segundo requisito, se refiere a la realización del pago y a la extinción de la obligación principal. Pero si se presenta el evento que consagra el numeral 3º del artículo 2400 del Código Civil: “Cuando por no haber sido válido el pago del fiador, no ha quedado extinguida la deuda⁸⁰”, el fiador no tiene derecho a interponer la acción de reembolso. El tercer y último requisito se refiere a que, por regla general, todo fiador tiene derecho a interponer la acción de reembolso, sin embargo se puede perder en varias circunstancias, por ejemplo: cuando el fiador habiendo pagado la deuda no da aviso oportuno al deudor, y éste, ignorando el pago realizado lo efectúa, esto otorga al fiador la acción contra el acreedor por el pago de lo no debido; tampoco puede ejercitar el fiador esta acción cuando la obligación principal pagada es natural y no ha sido validada por la ratificación o por el paso del tiempo.

⁷⁹ Lozada Bustos Edgar, *La Fianza como Garantía Civil*, Ediciones Librería Wilches, Bogotá 1992, Pág. 89.

⁸⁰ Ortega Torres Jorge, *Código Civil*, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá, 1976, Pág. 1058.

- b. Acción subrogatoria: Como se mencionó anteriormente, el artículo 1668 numeral 3° del Código Civil fundamenta por extensión esta acción, independientemente de no ser tratada en del título de la fianza.

Madrid Malo la define de la siguiente manera: “Operación jurídica por la cual, ya en virtud de disposición expresa de la ley, ya por acuerdo de voluntades entre acreedor y un tercero que paga, se transmiten a éste los derechos de aquél”⁸¹.

La acción subrogatoria requiere de los mismos requisitos de la acción de reembolso los cuales ya fueron estudiados.

La subrogación “traspasa al fiador el crédito, de todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas, inclusive los adquiridos por el acreedor con posterioridad a la constitución de la fianza, hasta el monto de lo que dicho fiador hubiere pagado. No comprende, por consiguiente, los gastos en que el fiador hubiere incurrido, ni los perjuicios que hubiere sufrido, como tampoco los intereses de lo pagado, sino fueron cubiertos al acreedor, ni las exenciones o privilegios personales del acreedor”⁸².

El fiador está facultado, de acuerdo con sus necesidades y posibles beneficios, a interponer una acción de reembolso o una acción subrogatoria. Para entenderlo, ponemos como ejemplo la ventaja que significa para el fiador interponer una acción subrogatoria cuando el crédito en el cual se ha subrogado goza de un privilegio o de una garantía real, porque la de reembolso no es privilegiada y además carece de cauciones. En ciertos casos tiene un mayor beneficio el interponer una

⁸¹ Madrid Malo, Mario, Diccionario Jurídico Colombiano, Editorial Legis, Bogotá 1988, Pág. 486.

⁸² Pérez Vives Alvaro, Garantías Civiles, Hipoteca, Prenda, Fianza, Editorial Temis, Bogotá 1989, Pág. 443.

acción de reembolso, pues permite solicitar al juez, que el deudor reembolse los intereses, los gastos causados a razón de la fianza y los perjuicios de cualquier índole.

5.3. Efectos entre 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”⁸³. Por esta razón, el artículo 2403 del Código Civil determina: “El fiador que paga más de lo que proporcionalmente le corresponde, es subrogado por el exceso en los derechos del acreedor contra los cofiadores”⁸⁴.

Los requisitos necesarios para que el cofiador interponga la acción subrogatoria son: 1º) que sean varios fiadores de un mismo deudor y de una misma deuda, 2º) que el fiador haya pagado más de lo que le correspondía en la deuda y 3º) que el pago realizado sea útil, esto quiere decir, que haya extinguido la obligación.

El cofiador que ha pagado más de lo que le correspondía sólo podrá demandar a los demás fiadores por el exceso pagado y no por el total pagado.

⁸³ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía Civil, Ediciones Librería Wilches, Bogotá 1992, Pág. 93.

⁸⁴ Ortega Torres Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá, 1976, Pág. 1058.

6. Causas y modos de extinción de la fianza

“Como toda obligación accesoria, la fianza se extingue por vía indirecta o consecuencial; o sea, cuando se extingue la obligación principal”⁸⁵. Estas dos causas de extinción de la fianza son, “las que extinguen ésta junto con la obligación principal, y las que extinguen la fianza dejando vigente aquella. 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”⁸⁶.

Según el artículo 2406 del Código Civil, “La fianza se extingue en todo o en parte, por los mismos medios que las otras obligaciones, según las reglas generales, y además:

- 1) Por el relevo de la fianza en todo o en parte, concedido por el acreedor al fiador;
- 2) En cuanto el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse;
- 3) Por la extinción de la obligación principal”⁸⁷.

Tales modos de extinción serían: 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.

⁸⁵ Bonivento Fernández, José Alejandro, Los Principales Contratos Civiles y Comerciales, Tomo II, Ediciones Librería del Profesional, Edición tercera, Bogotá, 1995, Pág. 24.

⁸⁶ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía Civil, Ediciones Librería Wilches, Bogotá 1992, Pág. 97.

⁸⁷ Ortega Torres Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá, 1976, Pág. 1073.

Además de los anteriores medios de extinción de la fianza, debemos tener en cuenta el de la prórroga de la obligación principal.

Modos de extinción de la fianza

El pago: Una vez sea pagada la obligación principal, se produce la extinción de la fianza por vía accesoria; pero existen casos en que, así se haya realizado el pago al acreedor, no se extingue la fianza⁸⁸. Este es el caso del pago realizado por un tercero, pues se subrogará en los derechos del acreedor, y la fianza subsiste para garantizar el crédito. Sólo en un caso podría sostenerse que la fianza se extingue por vía principal en caso de pago, este se presenta en el pago por consignación; se refiere al evento en que el deudor retira con la venia del acreedor, la consignación después de que el juez la declara suficiente. Aún en este caso, consideramos que no se presenta extinción de la fianza por pago por vía principal, ya que estaríamos frente a un caso de novación⁸⁹.

La dación en pago: El artículo 2407 del Código Civil dice: “Si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal, en descargo de la deuda, un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga la evicción del objeto”⁹⁰.

Las mismas observaciones hechas en relación con el pago, son valederas en cuanto a la dación en pago. Los autores explican esta solución arguyendo que toda dación en pago implica una novación⁹¹.

⁸⁸ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía Civil, Ediciones Librería Wilches, Bogotá 1992, Pág. 98.

⁸⁹ Pérez Vives Alvaro, Garantías Civiles, Hipoteca, Prenda, Fianza, Editorial Temis, Bogotá 1989, Pág. 450-451.

⁹⁰ Ortega Torres Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed 11, Bogotá, 1976, Pág. 1073

⁹¹ Pérez Vives Alvaro, Garantías Civiles, Hipoteca, Prenda, Fianza, Editorial Temis, Bogotá 1989, Pág. 451.

El artículo 2407 del Código Civil, no se aplica a los siguientes casos: a) Cuando se trata de una dación en pago forzosa, como la del acreedor que se hace adjudicar en pago el inmueble hipotecado. b) Cuando el origen de la dación en pago se halla en el contrato mismo, esto es, cuando en éste se faculta al deudor para pagar con una cosa distinta de la debida⁹².

La transacción: La transacción celebrada entre el acreedor y el deudor, extingue la fianza en forma indirecta o consecuencial, y cuando se celebra entre el acreedor y el fiador, se extingue en forma directa; en este segundo caso la obligación afianzada subsiste⁹³.

La remisión: El relevo de la fianza, 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 del Código Civil⁹⁴. Cuando el acreedor condona al deudor su obligación, la fianza se extingue por vía accesoria, y cuando la remisión la hace a favor del fiador, la obligación de este último se extingue por vía principal. En este caso, el fiador carece de acción contra el deudor, salvo que el acreedor le haya cedido la suya⁹⁵.

La confusión: Para que la confusión extinga la fianza por vía principal, se requiere que se confundan las calidades de acreedor y de fiador, o de deudor y de fiador; pero, si en este último caso hay un subfiador, la fianza subsiste, según el artículo 2408 del Código Civil que dice: “Se extingue la fianza por la confusión de las calidades de acreedor y fiador, o de deudor y fiador; pero en este segundo caso la obligación del subfiador subsistirá”⁹⁶.

⁹² Pérez Vives Alvaro, Garantías Civiles, Hipoteca, Prenda, Fianza, Editorial Temis, Bogotá, Pág. 451.

⁹³ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía Civil, Ediciones Librería Wilches, Bogotá 1992, Pág. 99.

⁹⁴ Ortega Torres Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá, 1976, Pág. 617.

⁹⁵ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía Civil, Ediciones Librería Wilches, Bogotá 1992, Pág. 100.

⁹⁶ Ortega Torres Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá, 1976, Pág. 1073.

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

La fuerza mayor: La fuerza mayor (comprendiendo dentro de ésta la pérdida del cuerpo cierto a consecuencia de un caso fortuito), extingue la fianza por vía accesoria, ya que la obligación del fiador consiste en el pago de una suma de dinero; es decir, que en caso de fuerza mayor pone término a la obligación principal y consecuentemente a la fianza⁹⁷.

La condición resolutoria: Cuando es la obligación principal la que está afectada por una condición resolutoria, su extinción entraña la de la fianza; puede darse el caso en que sea la fianza la afectada por la condición, con lo cual se extingue la obligación del fiador pero subsiste la del deudor principal⁹⁸; en este caso, la extinción será en forma directa de acuerdo con el artículo 2366 del Código Civil⁹⁹.

La resciliación o mutuo consentimiento: la voluntad de las partes puede dejar sin efecto la obligación principal y, por ende, quedaría extinguida la fianza; los contratantes también podrán resciliar únicamente la fianza y dejar subsistente la deuda. En este caso, sería en forma directa; este es el caso del relevo consentido por el acreedor y contemplado por el artículo 2406 numeral 1, del Código Civil¹⁰⁰.

La nulidad: Declarada la nulidad de la obligación principal se extingue la fianza, en este caso por vía accesoria. Pero, si ésta recae directamente sobre la garantía, se extinguirá por vía principal, subsistiendo la obligación afianzada. Cuando se

⁹⁷ Pérez Vives Alvaro, Garantías Civiles, Hipoteca, Prenda, Fianza, Editorial Temis, Bogotá 1989, Pág. 452.

⁹⁸ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía Civil, Ediciones Librería Wilches, Bogotá 1992, Pág. 102.

⁹⁹ Ortega Torres Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá, 1976, Pág. 1060.

¹⁰⁰ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía Civil, Ediciones Librería Wilches, Bogotá 1992, Pág. 102.

predica la nulidad de la obligación principal por incapacidad relativa del deudor, la fianza subsiste, de conformidad con el artículo 1504 del Código Civil, modificado por el artículo 60 del decreto 2820 de 1974, ya que esta puede constituirse para garantizar una obligación natural¹⁰¹.

La prescripción: la obligación del fiador prescribe cuando prescribe la obligación que garantiza, según el artículo 2537 del Código Civil que dice: “la acción hipotecaria y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden”¹⁰².

La pérdida de la subrogación: 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, según lo establece el numeral 2 del artículo 2406 del Código Civil¹⁰³.

¹⁰¹ Lozada Bustos Edgar, La fianza como Garantía Civil, Ediciones Librería Wilches, Bogotá 1992, Pág. 101.

¹⁰² Ortega Torres Jorge, Código Civil, Editorial Temis, Ed. 11, Bogotá, 1976, Pág. 1131.

¹⁰³ Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía Civil, Ediciones Librería Wilches, Bogotá 1992, Pág. 103.

7. Jurisprudencia de las altas cortes

En este capítulo, no pretendemos realizar un análisis jurisprudencial de las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, sino por el contrario, consideramos pertinente citar varios apartes de las mismas, para corroborar los argumentos que sobre el contrato de fianza hacemos a lo largo del trabajo.

Los apartes que citaremos hacen parte de jurisprudencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, y tratan temas específicos sobre el contrato de fianza. Estos, nos permitirán conocer la postura de los tribunales y la regulación que se le ha querido dar a un tema jurídico muy importante en nuestro país, como lo es este contrato.

Subrogación. Reembolso. Acciones del que paga por otro **(Casación, 27 septiembre 1943, “G. J.” N° 2.001, Pág. 163)**

“En concepto de la sala de casación es incuestionable, como lo sostiene la sentencia acusada, con apoyo en textos legales expresos y en la opinión muy autorizada de varios comentaristas de derecho y como lo acepta el apoderado de la parte demandada, que el codeudor solidario que paga la totalidad de una deuda a que se halla obligado adquiere dos acciones contra su codeudor; la subrogatoria, procedente de la subrogación, verificada por ministerio de la ley, por razón del pago hecho al acreedor, sea que éste le ceda sus derechos o no, y la personal o acción de reintegro o reembolso de lo que aquél pagó a éste, nacida del hecho mismo del pago, y la cual puede provenir de un contrato de mandato, si el codeudor por quien pagó lo ha comisionado al efecto, o del cuasicontrato de la agenda oficiosa, si ha procedido sin autorización expresa y previa de él.

“En ejercicio de la primera de las acciones indicadas el subrogatorio, en virtud de la subrogación, sea legal o convencional, ocupa el lugar y la posición jurídica del primitivo acreedor, de quien adquiere todos sus derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas que garanticen el crédito, conforme a lo dispuesto en los artículos 1666 a 1670 del Código Civil, pero queda también sometido a las normas restrictivas que en punto de caducidad y prescripción de la acción establezcan las leyes especiales que reglamentan lo relativo a dicho crédito; en tanto que la acción personal o de reembolso, nacida del pago hecho por otro, que podríamos llamar directa o por derecho propio, ya que no proviene del primitivo acreedor, no le concede a quien verificó el pago privilegio o garantía alguna, pero su ejercicio queda sometido al derecho común y no lo afectan determinadas reglas que pueden restringir el ejercicio de la acción subrogatoria.

“De consiguiente, en el caso de estudio resulta muy claro que en cuanto a caducidad y prescripción aquella acción, que, se repite, procede del primitivo acreedor, o mejor dicho, del crédito mismo, está sujeta a lo establecido en el artículo 894 del Código de Comercio, aplicable por virtud de lo ordenado en el 902 de allí. Pero la acción personal o de reembolso que tiene el demandante, por razón del pago hecho por el demandado, que dicho sea de paso no se discute en este juicio, únicamente esta sometida a las reglas generales de derecho común, lo que quiere decir que sólo prescribe con arreglo a lo preceptuado en los artículos 2535 y 2536 del Código Civil.” (Casación, 27 septiembre 1943, “G. J.” N° 2.001, Pág. 163)

Subrogación. Casos y efectos

(Casación, 26 noviembre 1935, “G.J.” N° 1,907, Pág. 393)

“Efecto natural del pago es extinguir la obligación del deudor, pero hay veces en que ella apenas queda extinguida con respecto al acreedor, que por haber recibido la cosa nada puede ya reclamar. Cuando es un tercero quien paga,

no siempre se extingue la obligación con respecto al deudor, el cual puede quedar ligado en favor de la persona que vino a ocupar el lugar del acreedor. Esto ocurre en virtud del pago con subrogación, pago de naturaleza especial, que no liberta al deudor porque no es hecho por él. La subrogación es una institución jurídica en virtud de la cual, los derechos del acreedor se transmiten con todos sus accesorios a un tercero que ha pagado. La obligación subsiste en favor de ese tercero. En otras palabras, hay mudanza del acreedor sin que se extinga la deuda. Por eso Delvincourt definió la subrogación como <<el cambio del acreedor, sin novación de la deuda>>, y por eso también nuestro Código Civil, en el inciso 2º de su artículo 1691, dice que tampoco hay novación <<cuando un tercero es subrogado en los derechos del acreedor>>”.

“No hay sino dos casos de subrogación: legal, aun contra la voluntad del acreedor, en los casos señalados por la ley; y convencional, en virtud de una convención del acreedor. (sic)

“Es requisito indispensable que el pago sea hecho por un tercero. Si lo efectúa el mismo deudor, u otra persona a su nombre o por su encargo, no cabe subrogación sino extinción.

“Legal o convencional, la subrogación se opera juntamente con el pago. No antes ni después. El ministerio de la ley obra en el acto mismo de la prestación. En esa oportunidad obra también la convención del acreedor. Si en el momento de pagar no se cumple la subrogación legal, inconcebible antes del pago, es porque no se cumplirá más tarde. Ocurre lo propio en la convencional. Efectuando el pago, no podría el acreedor transferir ningún derecho resultante de una deuda satisfecha ya con respecto a él, puesto que nadie puede ser subrogado en lo que dejó de existir.

“En la subrogación convencional, concurren simultáneamente el pago de lo debido y la transmisión al tercero de los derechos y acciones que corresponden al acreedor. La carta de pago es una solemnidad y también el medio único de prueba. Como la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos, para que produzca todos sus efectos debe el acreedor hacer al subrogado entrega del título y debe practicarse la notificación al deudor.

“La subrogación, legal o convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente la deuda”. (Casación, 26 noviembre 1935, “G.J.” N° 1,907, Pág. 393).

Fianza. Ilimitada. Cuándo existe
(Casación, 9 junio 1926, t XXXII, Pág. 340)

“La fianza es limitada en el sentido de que no puede exceder los límites de la obligación principal, la cual debe ser determinada al menos en cuanto a su género; pero puede ser ilimitada, o mejor dicho, de cuantía incierta o no determinada de antemano, cuando el fiador garantiza toda la extensión de la obligación principal (que puede ser más o menos grande) sin poner límites a su responsabilidad. Es esta una cuestión de hecho que el juez decide de conformidad con los términos del acto y la intención de las partes.” (Casación, 9 junio 1926, t. XXXII, Pág. 340).

Fianza. Solidaridad y beneficio de excusión
(Casación, 2 julio 1931, “G.J.” N° 1.880, Pág. 175)

“Como la fianza consiste en la obligación que una o más personas contraen de cumplir los compromisos estipulados por un tercero, en el caso de que éste no los cumpla en todo o en parte, si no hay más que un solo deudor y un solo fiador, y se expresa que éste se constituye <<solidario mancomunado>>, tal estipulación, para que pueda producir algún efecto, ha de interpretarse en el sentido de que el fiador se obliga solidariamente con el deudor principal, esto es, que se constituye codeudor respecto del acreedor, obligándose solidariamente con dicho deudor al cumplimiento de los compromisos contraídos por él sin perder por ello su carácter de fiador respecto del deudor principal. Es éste el concepto que, en sentido de la Corte, ha consignado el Tribunal en el párrafo de la sentencia a que estos cargos se refieren; así lo confirma este otro párrafo de la misma:

“<<La firma del doctor Mera Ll. puesta al pie del documento en que figura la cláusula 10ª que acaba de transcribirse y en la que hace referencia a su garantía, no es ni puede ser una fórmula vana y sin alcance práctico; por el contrario, el mismo doctor Mera dio a entender que calculaba exactamente y comprendía el alcance de sus responsabilidades, cuando exigió de su fiado lo respaldara, como en efecto lo hizo con una caución hipotecaria. Esto lo confiesa el doctor Mora en una absolución de posiciones>>. (sic)

“Como esta apreciación del Tribunal se ajusta a lo preceptuado en el artículo 1320 del Código Civil, no se justifica el cargo que se hace de haber incurrido en errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba del contrato suscrito en 1916, por dar a ese documento una extensión y alcance que no tiene conforme a la ley.

“Por lo que hace al cargo de violación directa de los artículos 2383 y 2384 del Código Civil, en cuanto dice el Tribunal <<que sucede muchas veces que por voluntad expresa de los contratantes, suprema ley de los contratos, se da a la fianza el carácter de una obligación solidaria, lo que equivale en su naturaleza y

sus efectos a una fianza en que ha habido renuncia expresa de los beneficios de orden y excusión>>, también es infundado, toda vez que este concepto relativo al beneficio de orden o excusión, no es ni puede ser fundamento del fallo, puesto que en este juicio no se trata de hacer efectiva la obligación, y, como bien lo anota el opositor, <<a Mera Llorente y a sus causahabientes no se les ha perseguido en sus bienes, lo único que se ha hecho con ellos es obtener la fijación del saldo y el señalamiento de plazo para pagarlos; cuando se vaya a ejecutar la sentencia, repito, será cuando proceda lo relativo al beneficio de excusión. En el estado actual de la cuestión, ello es exótico, si quiera lo haya traído el Tribunal en la parte motiva de su fallo>>”. (Casación, 2 julio 1931, “G.J.” N° 1.880, Pág. 175).

Fianza. Debe acreditarse la obligación principal

(S.N.G. 25 septiembre 1935, “G.J.” N° 1901, Pág. 580)

“La fianza es una obligación accesoria y no puede declararse a un deudor responsable de ella sin que esté plenamente establecido el incumplimiento de la obligación principal. En el caso que se estudia, la fianza de \$6000, se constituyó para responder de las obligaciones del depósito de los licores y de las multas que se impusieran, y no se podía hacer efectiva sin que previamente se definiera la responsabilidad del depositario por la violación de las obligaciones contraídas. Es arbitrario decir que el señor Donado es responsable por el monto total de la fianza sin establecer el grado de responsabilidad por los perjuicios sufridos por la Nación y sin fijar la cuantía de las multas que pudo hacerse acreedor. Se ha confundido en este caso la obligación accesoria de la fianza con las multas o sanciones a que pudiera haber dado lugar el proceder del depositario.

“El depositario es obligado a la restitución de la misma cosa o cosas individuales que se han confiado en depósito, y tiene la obligación de respetar los sellos y cerraduras del bulto que las contiene (artículo 2248 y 2253 C.C.). Pero para exigirle responsabilidad al depositario, es necesario que se compruebe que

ha faltado a estas obligaciones, cosa que no sucede en el presente caso, pues el señor Donado entregó los objetos materia del depósito cuando le fueron exigidos, y respecto a la identidad de los mismos no había manera de establecerla, ya que en la diligencia de entrega no se hizo mención de sellos, ni de marcas u otros requisitos que permitieran la comparación de las cosas entregadas con las que fueron devueltas". (S.N.G. 25 septiembre 1935, "G.J." N° 1901, Pág. 580).

Fianza. Fiador solidario. Codeudor. Efectos

(Casación, 30 marzo 1936, "G.J." N° 1911, Pág. 747)

"Sencillo y hasta obligado es establecer diferencia entre los dos aspectos de una persona que se obliga junto con otro solidariamente y como deudor principal sin serlo porque, en verdad lo que es, es fiador: Aspectos que son el que mira al acreedor y el que mira al efectivo o efectivos deudores principales. Cada uno ha de juzgarse a su luz propia. Para ante el acreedor, ese fiador no puede invocar esta calidad, siendo así que ante él se obliga, ata y presenta como deudor. Para ante el verdadero deudor o deudores, por el contrario, no solo le es dado invocar su efectiva calidad, sino que ésta es la única admisible. Si, pues, por ejemplo, ha pagado cual si fuese deudor, tendrá la consiguiente acción del fiador y así será como ha de proceder y obtener el reembolso respectivo. Hay analogía con el caso de los codeudores solidarios, cada uno de los cuales ante el acreedor y mientras la obligación está pendiente para con él, está expuesto al cobro del todo, sin poder esquivarlo por haber más obligados (C.C, art. 1571); pero, cubierta por uno de ellos la obligación al acreedor, procede contra los deudores restantes ya sin acción solidaria, por más que le quede subrogado en sus derechos, sino contra cada cual por su cuota en la deuda, porque la ley no puede ser ciega ante la diferencia de dos épocas o situaciones tan distintas como lo son entre sí, aquella en que la obligación está pendiente y se trata de su pago y aquella en que, ya hecho éste al acreedor, no se trata de ese pago mismo, sino de las resultas de él. En la determinación de éstas no se podría prescindir de un arreglo de cuentas,

pues, antes bien, es indispensable como obligada guía la fijación de la cuota de cada cual en la deuda primitiva, a fin de que cada cual reembolse lo pagado por él y que nadie vaya a enriquecerse a expensa ajena (C.C, art. 1579). (sic)

“Quien, a más de fiar, se presta aparecer como deudor principal y se solidariza con éste, indudablemente agrava su situación con la dificultad de comprobar más tarde cuál fue su calidad efectiva; pero ello en nada infirma la respectiva estipulación para ante el acreedor ni puede tomarse como vicio del consentimiento. En el presente caso esa dificultad no existe, porque los deudores desde el líbello inicial de este pleito han proclamado que don Nicasio Perdomo es su fiador”. (Casación, 30 marzo 1936, “G.J.” N° 1911, Pág. 747).

Fianza. El deudor debe comprobar la solvencia del fiador
(S.N.G. 19 febrero 1942. “G.J.” N° 1981, Pág. 896)

“El artículo 2376 del Código Civil en que se apoya el Tribunal, es de oportuna aplicación al problema de autos. Según lo prescrito en la referida disposición <<El obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal; que tenga bienes más que suficientes para hacerla efectiva, y que esté domiciliado o elija domicilio en algún Estado o territorio de la Unión>>.

“Nótese que esa es una obligación impuesta por la ley al deudor comprometido legal o convencionalmente a prestar fianza, y que el acreedor a cuyo favor debe prestar fianza, puede exigir en toda su extensión. No basta, pues, el otorgamiento de la fianza, si el fiador carece de capacidad legal y solvencia económica. Un fiador en tales condiciones lejos de responder a la finalidad del contrato accesorio de fianza, lo desvirtúa y lo hace inútil.

“De donde se infiere que el deudor obligado a prestar fianza antes de ofrecerla y de constituirla debe conocer y estar cierto tanto de la capacidad del fiador como del grado de su solvencia y de responsabilidad en relación con la obligación cuyo cumplimiento va a garantizar. Sólo con ese conocimiento podrá habilitarse para cumplir a cabalidad el requerimiento que la ley le hace en orden a constituir una seguridad efectiva y no ilusoria.

“El deudor obligado a prestar fianza, que ofrece a su acreedor y constituye un fiador insolvente, indudablemente quebranta el artículo 2376 del estatuto citado, y por necesaria repercusión viola el espíritu de la estipulación contractual concertada al respecto. La capacidad para obligarse y la solvencia del fiador son elementos que por ley pertenecen a la naturaleza del compromiso del deudor para con el acreedor de prestar fianza, por lo cual el deudor bajo ningún pretexto puede excusarse de cumplirlos o de procurar que se cumplan. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella, dice el artículo 1603 del Código Civil. Por eso al deudor obligado a prestar fianza corresponde primordialmente cerciorarse de que la persona que va a afianzarlo no es por ejemplo un menor de edad, o un insolvente.

“Y a tal punto ha querido el legislador que la fianza responda a su finalidad esencial, que no solamente le impone al deudor el deber de dar fiador capaz y solvente, sino que en el caso de que inicialmente el fiador hubiera tenido suficiente respaldo económico, pero luego durante la vigencia del contrato principal cayere en insolvencia, <<será obligado el deudor a prestar nueva fianza>> (artículo 2375, ibidem). (sic)

“No es, pues, valedero el concepto de que el contrato accesorio de fianza por lo que hace a su finalidad de responder de la obligación principal crea

solamente relaciones entre el fiador y el acreedor. Está visto que entre el deudor y el acreedor existe también una permanente vinculación jurídica de donde surge a cargo de aquél el cuidado de velar desde el primer momento del contrato porque la fianza que otorgue no defraude el interés del acreedor.

“Samuel De Greiff celebró con el departamento el contrato de que da cuenta el documento de 25 de febrero de 1939, en el cual dio como fiador de sus obligaciones a Misael Sánchez, quien al efecto se constituyó en ese carácter.

“De acuerdo con los principios que se han expuesto De Greiff estaba obligado a dar de fiador una persona capaz de serlo y solvente. Y para darlo de tales condiciones debía estar previamente enterado de que la persona ofrecida las poseía a satisfacción. Sobre el particular no podía haber descuido ni negligencia, confiando en que la aceptación de la fianza por parte del acreedor, le pone término a las obligaciones del deudor principal derivadas de la fianza. La aceptación del fiador por parte del acreedor reposa sobre la palabra que el deudor empeña, según la ley, de que el fiador es capaz y solvente. De consiguiente si no resulta verdadera la capacidad ni la solvencia, existe un principio de inejecución de la cláusula del contrato relativa a la prestación de la caución personal.

“Los documentos públicos con que se trató de comprobar la capacidad económica del fiador Sánchez resultaron manifiestamente adulterados y así lo observaron los empleados de la gobernación desde el primer momento en que los examinaron. Eran pues adulteraciones palpables, comprobadas inmediatamente con el informe de los funcionarios que habían expedido aquellos documentos, quienes dieron cuenta de que éstos no estaban concebidos tal como ellos los habían autorizado. El hecho de que se había consumado una falsedad vino posteriormente a quedar plenamente establecido en las providencias de los jueces penales que dieron término a la respectiva investigación criminal, en la que aún cuando el Tribunal no halló responsable, contra lo que el juez inferior había

resuelto, en ningún momento se puso en duda siquiera por el Tribunal la existencia en el proceso del cuerpo del delito de falsedad". (S.N.G. 19 febrero 1942. "G.J." N° 1981, Pág. 896).

8. Conclusiones

Habiendo estudiado el contrato de fianza en su totalidad, desde sus inicios, evolución y concepción actual, llegamos a las siguientes conclusiones:

El contrato de fianza es una figura jurídica que brinda beneficios al deudor de la obligación principal, al igual que al acreedor de la misma, ya que constituye una garantía personal en su favor; y una posición desfavorable en cabeza del fiador por cuanto tiene muchas posibilidades de ver perjudicado su patrimonio por cuenta de un tercero, y en la gran mayoría de los casos, excepto si se trata de una fianza remunerada, no le reporta ningún beneficio patrimonial.

No obstante lo anterior, el legislador le ha otorgado al fiador varias herramientas jurídicas, como es el caso del beneficio de excusión, para que éste no vea perjudicado su patrimonio a favor del deudor, puesto estaríamos frente a un enriquecimiento injustificado. De igual manera se interpone este beneficio para obligar al acreedor a perseguir primeramente los bienes del deudor principal para cumplir la obligación afianzada, y así liberarse de la obligación personal.

Adicionalmente, la ley proporciona al fiador diferentes acciones, como la de reembolso y la subrogatoria, con el fin de obtener la devolución de lo pagado por concepto de la obligación principal.

Por último, consideramos que éste contrato se está viendo relegado a un segundo plano, debido a las múltiples cargas que recaen en cabeza del fiador, y debido al ambiente de desconfianza en el que diariamente nos vemos sometidos al

momento de realizar todo tipo de negocios jurídicos. A esto se le suma la posibilidad que tiene un acreedor para pedir garantías reales, lo que relega el contrato de fianza, como garantía personal, a un segundo plano.

BIBLIOGRAFÍA

Arteaga Carvajal Jaime, Curso de Obligaciones, Editorial Temis, Bogotá 1979.

Bonivento Fernández, José Alejandro, Los Principales Contratos Civiles y Comerciales, Tomo II, Ediciones Librería del Profesional, edición tercera, Bogotá, 1995.

Diccionario Real de la Lengua Española, Editorial Espasa Calpe, Vigésima Primera Edición, Madrid 1998.

Madrid Malo, Mario, Diccionario Jurídico Colombiano, Editorial Legis, Bogotá 1988.

Lozada Bustos Edgar, La Fianza como Garantía Civil, Ediciones Librería Wilches, Bogotá 1992.

Ortega Torres Jorge, Código Civil, Editorial. Temis, Ed. 11, Bogotá, 1976.

Ospina Fernández, Guillermo, Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, Editorial Temis, Ed. 3ª, Bogotá, 1987.

Pérez Vives Álvaro, Garantías Civiles, Hipoteca, Prenda, Fianza, Editorial Temis, Bogotá 1989.

Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Albatros.1982.

Planiol, Marcelo Fernand, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Los Contratos Civiles, 2ª parte, T.XI., Editorial Cultural S.A. La Habana, 1940.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 19 de septiembre de 1932.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 12 de julio de 1948.

Somarriva Undurraga, Manuel, Tratado de las Cauciones, Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1943.

Tamayo Lombana Alberto, Manual de Obligaciones, Editorial Derecho y Ley, Bogotá.

Uria José Maria, Derecho Romano, Volumen Segundo, Editorial Universidad Católica del Táchira 1984.

Valencia Zea Arturo, Derecho Civil de los Contratos, vol. IV, Editorial Temis.