

## CODIGO CIVIL

CONFERENCIA DEL DR. JOSE MARIA GONZALEZ V.

## TITULO 35

## DE LA FIANZA

## CAPITULO I

DE LA CONSTITUCION Y REQUISITOS DE LA FIANZA

## PRELIMINARES

Como preliminar de este estudio especial de la fianza exponemos nociones generales sobre los llamados *contratos de garantía*: tienen por objeto proteger al acreedor contra los riesgos provenientes de la insolvencia del deudor.

Insolvencia es el estado de un deudor que tiene un pasivo superior al activo.

Los contratos de garantía son: la fianza, la hipoteca y la prenda.

Veamos de cuantos modos puede verse el acreedor amenazado por el deudor. Puede el deudor comprometer los derechos del acreedor, en primer lugar: por negligencia que ocasiona pérdida de sus derechos que hacen parte de lo que se llama prenda general y que denota el derecho del acreedor para hacerse pagar con todos los bienes del deudor. Este derecho tiene cierto carácter de universalidad.

Esto sucede por ministerio de la ley, sin necesidad de cláusula o estipulación.

Un descuido o negligencia del deudor que produzca un menoscabo en su patrimonio, perjudica al acreedor.

Este derecho general de prenda puede encontrarse merma- do por descuido del deudor, así por ejemplo, si por negligencia deja el deudor que se continúe una prescripción respecto de una finca suya; prescripción adquisitiva llevada a cabo por un tercero. Con esto se merma el derecho general de prenda del acreedor.

Contra este riesgo no da la ley colombiana un remedio de carácter general, a diferencia de lo que sucede en el Código francés, según el cual los acreedores pueden ejercitar cualquiera acción correspondiente al deudor. De modo que en el ejemplo propuesto, en el sistema del Código francés, los acreedores podrían ejercitar la acción reivindicatoria correspondiente al deudor y hacer que vuelva a poder de éste lo que indebidamente tiene un tercero, evitando así el desfaldo de su patrimonio, que sería seguro si la prescripción no se interrumpiera.

El legislador chileno no adoptó el sistema francés y no es el caso de examinar ahora las razones que determinaron al legislador chileno a apartarse de su principal modelo.

Para casos excepcionales da nuestra ley ciertos recursos indirectos para ponerse los acreedores a cubierto del perjuicio que pudieran recibir por negligencia del deudor. Así, en las obligaciones a plazo, establece el Código que puede darse por vencido antes del tiempo estipulado, caso de disminuirse las cauciones en términos de no solventar el crédito. Concordante con esta disposición hay otra en el tratado de la hipoteca que permite al acreedor hipotecario impetrar providencias conservativas.

Para estos casos concede la ley al acreedor medios de ponerse al abrigo de la insolvencia del deudor; pero de manera general, fuera de los casos de caución especial no existe, y especialmente para el caso de la prescripción no hay recurso eficaz. Supongamos que hay una deuda a plazo y que faltan dos años para vencerse éste. No hay cauciones especiales. El deudor es dueño de una finca valiosa que otro está poseyendo, y dice: no me tomo el trabajo de ejercitar la acción reivindicatoria puesto que la finca va entonces a poder de mi acreedor.

Esta maquinación fraudulenta no la puede evitar el acreedor, puesto que no siendo exigible la obligación, no puede hacer embargar el derecho de dominio del deudor; ni puede, como en el Código Francés, ejercitar la acción reivindicatoria de éste contra el tercero.

Hay en nuestra legislación un vacío deplorable a este respecto.

Puede suceder que por actos fraudulentos del deudor, consistentes en enajenaciones reales o ficticias, peligran los derechos del acreedor. Viéndose amenazado de una ejecución, el deudor pone en cabeza ajena sus bienes o hace ventas reales reduciendo a dinero su patrimonio y poniendo así al acreedor en el caso de hacer irrisorio su crédito.

La ley pone a este riesgo el remedio de la «Acción Pauliana» establecido también en la Ley Francesa; que consiste en el recurso que brinda la ley al acreedor para hacer que se declaren insubsistentes las enajenaciones hechas por el deudor con el fin de perjudicar al acreedor.

Si son ficticias, no sólo existe el remedio de la «Acción Pauliana» propiamente dicha, sino el recurso de probar la simulación. Puede hacer perseguir la finca del deudor y si el supuesto adquirente se presenta en tercería a hacer valer su derecho, puede el acreedor probar que su escritura es simulada.

Si la venta es real, puede hacer que conforme a las disposiciones del tratado de la prelación de créditos, se declare insubsistente esa enajenación; evitando así el menoscabo que se ha pretendido hacer al derecho general de prenda.

Puede suceder también que se menoscabe el derecho general de prenda por medio de enajenaciones no fraudulentas.

Por última, puede verse el acreedor amenazado por el hecho de contraer nuevas obligaciones el deudor. Un individuo me debe una cantidad pero no tiene más deudas que la mía; sé pues que todo su patrimonio está afecto a mi crédito; pero si contrae

nuevas deudas debo contar con que los otros acreedores vienen a disputarme esos bienes y que no habiendo causa de prelación respecto de mi crédito, tendré que compartir ese patrimonio con los otros acreedores viniendo así a recibir una parte muy pequeña de mi crédito.

Réstanos examinar qué medios puede tener el acreedor para premunirse contra los dos últimos riesgos: enajenación no fraudulenta y formación de nuevas deudas, también de buena fe.

Respecto de lo primero el acreedor no tiene recurso alguno legal como en el caso de enajenación fraudulenta. Tiene que sufrir todos esos actos de enajenación de buena fe; por eso el acreedor es considerado como *causa habiente* a título universal. Tiene sobre los bienes del deudor un derecho vago de prenda, sobre la universalidad, y a este título tiene que consentir todos los actos jurídicos no fraudulentos que ejecute el deudor sobre sus bienes. Así, en el caso de que haya el deudor enajenado sus bienes no tiene el acreedor acción contra terceros.

En el caso de nuevas deudas, aunque esto compromete el derecho general de prenda porque no es ya él solo, sino los demás también, quienes lo tienen y pueden no recibir sino pequeña parte de su crédito, tampoco tiene medio alguno para evitar esa contingencia. No hay acción semejante a la Paulina para esta contingencia.

Pero *a priori* puede ponerse al abrigo de los riesgos exigiendo algunas de las garantías que la ley le permite exigir: hipoteca, prenda, etc. Exigiendo una hipoteca, tiene una acción real y un derecho de *suite* (prosecución) para integrar su crédito. También puede hacerse dar prenda, y el contrato de prenda le confiere derecho de retención y de preferencia. De estos modos puede premunirse contra esos riesgos.

Estas mismas seguridades lo defienden contra el riesgo proveniente de la formación de nuevas deudas; porque teniendo el derecho de preferencia puede estar seguro de ser primero pagado, aunque vengan muchos acreedores con créditos superiores al total de los bienes.

Puede también contra estos riesgos premunirse por medio de la fianza, y aunque en el concurso sólo obtenga parte del crédito, el fiador responde de la diferencia y el crédito será cubierto íntegro.

Estas seguridades accesorias me permiten hacer más fácilmente efectivo el crédito y me premunen contra los riesgos que hemos apuntado.

La Fianza, la Prenda y la Hipoteca son las *seguridades accesorias* por excelencia, y tomando esta expresión en más amplio sentido, hemos de ver comprendidas en ella la anticresis, la cláusula penal, el derecho de retención y esa especie de seguro proveniente del «mandataire du croire».

Así pues, tomando la palabra seguridades accesorias en este sentido amplio, las dividiremos en reales y personales.

Son reales: prenda, hipoteca, anticresis y derecho de re-

tención; y personales: fianza, seguro (*du croire*) y cláusula penal. Esta es seguridad personal que presta el mismo deudor. En este caso, aunque no hay seguridad de cosas o terceros es evidente que el acreedor tiene seguridad de más cumplimiento por parte del deudor.

En los otros dos casos la seguridad la constituye un tercero; el fiador en el primero, el *du croire* en el segundo.

Conviene tener en cuenta que entre la prenda y la hipoteca como seguridades reales y la anticresis y el derecho de retención hay diferencias. Las primeras dan derecho de preferencia; no así la anticresis y el derecho de retención. Así que algunos autores al nombrar las seguridades reales sólo mencionen la prenda y la hipoteca, por cuanto sólo ellas ponen al acreedor a cubierto de los riesgos de que hemos hablado y la anticresis y el derecho de retención no dan derecho de preferencia; y queda en cierto modo expuesto. Pero en el amplio sentido de la palabra sí lo son; pues la anticresis da derecho al acreedor de pagarse con los frutos y retener la cosa hasta que esto se cumpla. Lo mismo sucede en el derecho de retención. Tomando pues la palabra seguridades reales en amplio sentido hay que incluir en ellas la anticresis y el derecho de retención.

La principal de las seguridades personales es la fianza.

Entremos a examinarla: Es muy antigua. Establecida en el Derecho Romano en diversas formas: *sponsio*, *fideicommissio*, *fideijussio*, *mandato in pecunie credendae*, en las legislaciones modernas sólo se conoce la fianza como seguridad personal.

El Código la define diciendo: Artículo 2361. La define pues como obligación y no como contrato.

Conviene definirla como contrato; hay uno de fianza del que resulta la obligación definida en el texto. Conviene conocer el contrato. Lo definiremos diciendo «dada una obligación cualquiera, un tercero contrae la obligación de pagar (cumplir) caso de no hacerlo el deudor principal».

Sus caracteres generales son: ser accesorio en todo caso; bien entendido que supone obligación pero no contrato principal, porque pueden afianzarse toda clase de obligaciones legales, naturales, hechos ilícitos etc. En estos casos (cuasi-contratos provenientes de la ley) hay contrato accesorio sin que haya principal, pero siempre hay obligación principal; de modo que si ésta no tiene fuerza o es absolutamente nula no hay contrato de fianza. Si es relativa la nulidad, hay que distinguir: si proviene la nulidad relativa de *incapacidad* del principalmente obligado, puede subsistir la fianza porque ésta sirve para afianzar obligaciones naturales, y esto por disposición de la ley (artículo 1526); si proviene de *vicio del consentimiento*, nó. En el primer caso la nulidad es excepción en favor del deudor. En el segundo caso el vicio del contrato principal se comunica al accesorio y tanto el deudor principal, como el fiador pueden alegarlo.

En el primer caso puede existir la fianza para poner al acreedor a cubierto de la imperfección del contrato. Ejemplo:

un menor ocurre a un tercero para pedirle dinero prestado. El tercero le contesta, nó, usted es incapaz.—Yo le doy fiador. En este caso el fiador tiene por objeto asegurar al tercero contra el riesgo proveniente de la incapacidad. En este caso el contrato de fianza se celebra entre personas capaces y con todos los elementos necesarios para que tenga existencia jurídica perfecta.

El contrato de fianza es siempre *unilateral*. La obligación se forma entre acreedor y fiador y es éste quien se obliga, no aquél.

Suele estipularse remuneración por el servicio que presta el fiador al deudor; pero como el contrato de fianza se forma entre acreedor y fiador, aquél no contrae obligación, es siempre *unilateral*.

La remuneración que se da por el deudor al fiador, en nada altera el contrato de fianza.

El contrato de fianza es *consensual*. Ninguna forma externa requiere para su existencia legal; está, eso sí, subordinado a las limitaciones de la prueba *testimonial*. De suerte que si por razón de la cuantía la prueba *testimonial* no sirve para el contrato principal, tampoco sirve para la fianza. Pero esto es *ad probationem*, no *ad solemnitatem*. Y aunque se trate de muchos millones y no haya principio de prueba por escrito, podrá acreditarse la fianza por la confesión etc.

Otro de los caracteres de la fianza es el ser *EXPRESA*. Ha de constar claramente la obligación, la intención de obligarse, para que resulte la fianza.

Esto lo ha establecido la ley en atención a la naturaleza de la fianza, que es un servicio gratuito y riesgoso para el fiador. Quiere por esto la Ley que la obligación del fiador conste de modo expreso e inequívoco. Así, si yo doy a alguien una carta de recomendación para un amigo mío, diciéndole que el portador es honorable y puede abrirle crédito, esta recomendación por amplia que sea no me constituye fiador. Si mi recomendado defrauda la confianza de mi amigo, puedo tener alguna responsabilidad moral y de honor, pero no obligación legal, porque no consta que me quise obligar como fiador.

Por último, es preciso tener en cuenta en esta materia que la obligación del fiador es pura y simple, no condicional, como pudiera creerse conforme al texto legal (artículo 2361). Parece que se tratara de obligación bajo condición suspensiva; esto es, que no existe para el fiador sino en el caso de que el deudor principal no satisficiera su deuda. Pero es universalmente admitido que el fiador queda obligado desde luego. *Pendente conditione non debetur*. Esta regla de las obligaciones suspensivas no tiene cabida en la fianza, y tanto es así que vencido el plazo puede procederse contra el fiador. Tiene eso sí el beneficio de excusión en ciertos casos.

## JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

(Extracto de las doctrinas sentadas por esa Alta Corporación en sentencias pronunciadas recientemente.)

### A

- Asignación*. 32.—La frase «que valgan más de mil pesos», contenida en el artículo 1293 del Código Civil, se refiere a las asignaciones de bienes muebles y no a las de bienes raíces, porque respecto de estos últimos no se tiene en cuenta su valor para el cumplimiento de las formalidades que deben llenarse en la repudiación de tales asignaciones. (Casación de 5 de septiembre de 1911)..... 263, 1.a
- Auto de proceder*. 33.—La disposición del artículo 345 de la Ley 105 de 1890, sobre la manera de designar el delito en el auto de proceder, es aplicable también a los procesos militares, por ser disposición general de procedimiento. (Auto de 11 de Julio de 1911)..... 232, 2.a
- Auto de sustanciación*. 34.—La providencia por la cual el funcionario se limita a rechazar, por extemporánea, una demanda o petición, no tiene el carácter de sentencia definitiva, sino más bien de auto de sustanciación. (Auto de 9 de Agosto de 1911). 177, 2.a
- 383
- Auto para mejor proveer*. 35.—Estos autos no pueden dirigirse a mejorar las actuaciones, para curarlas de los vicios de que adolezcan, sino que han de estar enderezados únicamente a procurar la aclaración de los puntos de hecho que se juzguen dudosos y que convenga esclarecer. (Sentencia de 10 de Julio de 1911)..... 132, 2.a
- Autorización*. 36.—Quien pueda autorizar la ejecución de un acto puede también ejecutarlo él mismo, a menos que a ello se oponga la naturaleza del acto, o que algún precepto de la Constitución o de la ley lo impida. (Sentencia de 16 de Noviembre de 1911)..... 149, 2.a
- Autorización material*. 37.—La autorización concedida por el marido a la mujer para parecer en juicio, no es bastante para facultarla a repudiar una herencia que le ha sido deferida [1]. (Casación de 5 de Septiembre de 1911)..... 263, 1.a

355.

[1] Artículos 181 y 182 del Código Civil.