

*quedarían tan seriamente comprometidas, que nuestro Congreso en el próximo invierno podría tomar pasos que todo amigo de Colombia sentiría con pena;* en la tercera repitió lo transcrito de la primera. Estas comunicaciones hirieron hondamente el honor nacional, y el Poder Legislativo sintió atacada su independencia.

En esta ocasión no habría lugar a notas de esta índole, si se atiende a la situación de los acontecimientos enteramente distinta a la de entonces, y al Ejecutivo americano que ultimamente ha inspirado sus actos en la equidad y la justicia; pero el Congreso de los EE. UU. no permanecería impacible ante la desaprobación de las modificaciones, que es el único derrotero digno que tiene para seguir nuestra Legislatura, porque la aprobación ciega de ellas haría que el pretendido abatimiento que el Senado americano aparentó encontrar en el artículo 1.º del contrato se tornase para Colombia en lamentable realidad. Si se negaren las reformas, de hecho, quedarían rotas las negociaciones; si se modificasen, la otra nación contratante no las consideraría, y el tratado actual seguiría la suerte del precursor de la desmembración de la República.

Parece concluirse que aprobar las reformas fuera lo más correcto y provechoso para Colombia. Ya hemos visto las causas por las cuales deben negarse. En cuanto al estado anormal producido por la ruptura de las negociaciones, no duraría demasiado, por razón de la prosperidad siempre creciente de la América Latina; por la necesidad que tienen los EE. UU. de estrechar lo más posible sus relaciones con todo el orbe, para su propio engrandecimiento, y por el interesante papel que en el comercio del mundo desempeñará Colombia dentro de pocos años. Entonces un deber de arreglar las viejas rencillas sería convicción de los americanos para honor y provecho propios.

Día llegará en que el mayor delito que registra la historia del derecho internacional sea suficientemente reparado sobre las bases de la más estricta justicia.

En otra ocasión trataremos sobre las consecuencias que acarrearía la ruptura de las negociaciones.

## CODIGO CIVIL

### CONFERENCIA

del Dr. JOSE MARIA GONZALEZ VALENCIA

#### TITULO 35

#### DE LA FIANZA

#### CAPITULO I (Continuación)

Nos hemos permitido reproducir de la Revista Jurídica, órgano de la Sociedad Jurídica de la Universidad Nacional, la importante conferencia del civilista Dr. José María González Valencia sobre la Fianza, por apreciar este trabajo de importancia suma, y de cuya lectura podrán sacar mucho bueno y mucho nuevo, todos los estudiantes que actualmente cursan en nuestra facultad de derecho. A ellos lo recomendamos.

En el número anterior se le dio principio; tócanos continuarlo.

#### DIVERSAS CLASES DE FIANZAS

Artículo 2362. Conforme a este artículo la fianza puede ser convencional, legal o judicial. Son impropios los términos del texto en cuanto dice «La primera es constituida por contrato etc.» Toda fianza es constituida por contrato. La obligación del fiador no puede tener otra fuente que el contrato de fianza.

No se constituye jamás fianza por mandato legal o judicial. El Juez o la ley ordenan que se preste la fianza y en virtud de esta orden se celebra el contrato de fianza. Esto nos conduce a la conclusión de que no es filosófica, ni suficientemente justificada la división de la fianza que ha dado nuestro Código, que por otra parte

es la misma que trae el Código francés, que en esta materia fue copiado por el Legislador colombiano.

No es filosófica, porque ya sea que la fianza se ordene por la ley o por el Juez, o sea voluntaria, sus caracteres esenciales son idénticos. Siempre tiene como fuente indispensable el contrato de fianza, y las relaciones jurídicas entre el fiador y el acreedor son idénticas, cualquiera que sea el motivo de la fianza (de la prestación de la fianza): precepto legal, decreto de Juez o voluntad del fiador. Esta diversidad de motivo no es causa suficiente de la división.

Tratándose del usufructo se podría dividir en: testamentario, legal y convencional, y esta división sí es lógica. El primero se puede llamar testamentario con propiedad, porque es el testamento quien le da vida, el que lo hace tener ser jurídico, y otro tanto sucede con el segundo y el tercero.

Pero si como hemos visto, la fianza tiene por fuente la convención, la división del Código, que induce a creer que hay fianza constituida por la ley o por el Juez, cosa perfectamente falsa, es también falsa.

La diversidad de motivos: ley, juez, convención, no es razón filosófica para establecer clasificación por razón de ellos; porque así como hemos visto que entre causa y motivo hay una diferencia sustancial en materia de obligaciones, y que el motivo no influye para nada en el aspecto jurídico de la obligación; del mismo modo los motivos que indujeron a la constitución de la fianza no modifican en nada su único modo de formación: la convención.

Nos ocuparemos ahora de la capacidad necesaria para el contrato de fianza.

De esta materia trata el artículo 2368.

Es claro que al consagrar el Legislador, texto expreso con el objeto de establecer lo relativo a la capacidad para el contrato de fianza, ha querido que tocante a este contrato la capacidad se rija por reglas especiales.

Al hablar de locos, mentecatos etc., no ha querido significar que estos incapaces no pueden celebrar el contrato de fianza sino con subordinación a las reglas generales. Si así fuera la disposición sería inútil.

No hay necesidad de establecer reglas especiales para la capacidad en el mutuo, arrendamiento etc., porque esto está reglamentado por reglas generales y los principios. Es pues indudable que el Legislador ha querido reglamentar de manera especial la capacidad para el con-

trato de fianza. Esto se explica si se atiende a la gratuidad del servicio, a los riesgos, responsabilidades.

Sentado esto, veamos primero lo relativo a la *mujer casada*.

En Derecho Romano se estableció la incapacidad de las mujeres casadas por el Senado-consulta Velleiano, para servir de fiadoras. En la antigua Ley de Partidas también encontramos disposiciones que restringen la capacidad de la casada en orden al contrato de fianza.

Nuestro legislador se inspiró sin duda en esas fuentes, apartándose del Código francés, que consagra otro sistema.

Al decir el Legislador que las mujeres casadas son incapaces para el contrato de fianza, no ha querido significar que para este contrato adolecen de la incapacidad relativa que tienen para todos los actos de la vida civil. Incapacidad relativa que consiste en la necesidad de obtener el consentimiento del marido, y que se completa con la autorización judicial.

Si hubiera de entenderse el artículo en el sentido de que el Legislador ha querido referirse a la incapacidad relativa sería inútil. Es preciso entender que el Legislador ha querido consagrar regla especial, y ha querido evitar que la casada contraiga compromisos tan peligrosos como la fianza.

En las Leyes madres la incapacidad se refería no sólo a la casada sino a la mujer en general. Pero es lo cierto que esta disposición (artículo 2368) implica una absoluta incapacidad de la mujer casada para el contrato de fianza. Así es preciso entender la disposición, porque de lo contrario sería inútil. La casada ni con consentimiento del marido, ni con autorización de la justicia, ni de modo alguno puede obligarse como fiadora.

Entendida así la disposición, resulta armónica con otra que hallamos en el tratado de la Sociedad conyugal. (Véase inciso 2.º, Artículo 1807).

Obligarse subsidiariamente es obligarse como fiador. Conforme a esta disposición, si la mujer se obliga como fiadora del marido, esta estipulación queda sin efecto.

Lo mismo es obligarse solidaria o subsidiariamente con el marido que no obligarse de ningún modo. De suerte que esta estipulación no modifica en nada la situación jurídica de la mujer, tal como la Ley la ha establecido. La idea expresada en la disposición, podría enunciarse diciendo que la estipulación que constituye fiadora a la mujer casada es nula.

¿Qué ha tenido en cuenta el Legislador para establecer esta absoluta prohibición? No se ha inspirado en el propósito de proteger a la mujer *propter fragilitatem sexu*, puesto que se limita sólo a la casada. Ha querido proteger a la casada contra los abusos que el marido pudiera cometer haciendo uso de su influencia.

Supongamos que se casa una rica y estipula en las capitulaciones una separación parcial. De este modo la mujer se ha puesto a cubierto de los resultados fatales, que para ella pudieran tener los actos del marido. Pero éste, en todo caso conserva influencia sobre aquélla, y puede inducirla a servir de fiadora, comprometiendo así su patrimonio, que ella ha tenido esmero en salvar.

En todo caso, los bienes de la mujer están a cubierto; sustraídos a los acreedores del marido, salvo el caso del beneficio particular que le resulte de un negocio, caso en que responde con sus bienes hasta el monto de este beneficio.

Está, pues, por los motivos antedichos, perfectamente justificada la prohibición establecida respecto a la mujer casada. Es verdadera prohibición hasta por los términos del artículo. Al cambiar la redacción, siempre queda en forma prohibitiva.

El carácter prohibitivo de esta disposición hace que la contravención a ella acarree nulidad absoluta.

Así pues, hay gran diferencia entre un contrato cualquiera celebrado por la casada sin autorización del marido, que es relativamente nulo, y el contrato de fianza, que es absolutamente nulo aunque lo haga con tal autorización.

Veamos la incapacidad de los restantes.

Tocante a estas personas es preciso combinar la disposición con otra del tratado de los guardadores (artículo 493). De la combinación de estos dos textos resulta que la prohibición respecto a los menores y demás a que se refieren los textos, no es absoluta. Resulta que el puesto bajo tutela o curatela puede válidamente ser obligado como fiador en ciertos casos señalados, para favorecer a un ascendiente o descendiente o cónyuge, y esto en caso *urgente y grave*; es decir, para salvarlo de un peligro grave, o para evitarles un perjuicio grande, y se necesita también como requisito indispensable autorización judicial.

Los pupilos en general están; en orden a la fianza, en condiciones jurídicas distintas de la mujer casada. La prohibición respecto de la fianza en la casada es absoluta; en los pupilos nó; porque hay casos en que se les

permite ser fiadores. Por consiguiente, en estos casos excepcionales, si no se llenan las formalidades legales, la fianza puede adolecer de nulidad relativa; porque respecto de estos casos, la ley no hace sino establecer requisitos para su validez.

En los casos a que el artículo 493 se refiere, no hay incapacidad absoluta para obligarse: la incapacidad aquí es semejante a la establecida para aquellos casos en que se exige la autorización judicial para actos del pupilo. Autorización que no puede otorgar el Juez sin que se compruebe que se trata del caso excepcional en que se permite que se obligue el pupilo como fiador para atender a un ascendiente, cónyuge, etc. Si pues en uno de estos casos se compromete la firma del pupilo, mas sin autorización judicial, el contrato adolece de nulidad relativa porque la ley exige este requisito.

Que sucederá en los otros casos? Es decir, cuando se compromete el pupilo como fiador no en favor del cónyuge etc., sino en favor de extraños no comprendidos en la enumeración taxativa del artículo 493.

En estos casos la incapacidad absoluta es la regla general. Impera el artículo 2368, que contiene una absoluta prohibición con respecto a los menores, locos, furiosos etc.

Con respecto a la casada no hay caso de excepción. Respecto de los menores y demás personas bajo tutela o curatela, existe la excepción del artículo 493.

Para estos casos de excepción, la prohibición es relativa; para los demás es absoluta, y por ende el contrato de fianza en estos casos es absolutamente nulo.

¿Ocurre aquí preguntar teniendo en cuenta el artículo 493, qué habrá de resolverse respecto del menor que está bajo la patria potestad?

¿Podrá el padre, en ejercicio de la patria potestad, comprometer la firma de su hijo en favor de ascendiente etc., con las formalidades del artículo 493? A primera vista se impone la solución afirmativa. «Donde hay igual razón, igual disposición.» En casos idénticos debe imitar el mismo principio legal, y podrá agregarse, para reforzar esta argumentación: Si el guardador puede comprometer al pupilo como fiador en los casos del artículo 493, ¿por qué el padre no ha de tener igual facultad? Siendo así que en éste, concurren además el cariño y el interés respecto de su hijo. Sin embargo, en el terreno estrictamente jurídico, esta solución se presta a graves dificultades.

Es regla de interpretación universalmente admitida que «las excepciones son de estricta interpretación». De tal modo que lo establecido en un texto que contiene excepciones, no puede extenderse a casos análogos. Y por más que haya poderosas razones en el terreno puramente filosófico, no las hay en el jurídico. El rigor del principio jurídico obliga a desechar esas soluciones. Hay respecto de los furiosos, etc., prohibición absoluta que los incapacita. (Artículo 2368).

El artículo 493 contiene excepción a esta regla general, en virtud de la cual la regla deja de ser, para ese caso, absoluta. Esta excepción se refiere a individuos puestos bajo tutela o curatela; no puede pues aplicarse la excepción a individuos que no tengan el carácter de pupilos; y no hay casos en que se llame pupilo al hijo de familia. Este pues, es absolutamente incapaz de obligarse como fiador; porque no está comprendido en la excepción del artículo 493, y desde luego impera respecto de él la prohibición del artículo 2368.

Aunque en el terreno filosófico y legislativo no sea justificable esta disposición, el rigor de principio no admite otra interpretación.

Sería de desear que al revisar el Código se corrigiera esta anomalía respecto al padre de familia.

Art. 2363. «La obligación de prestar fianza puede resultar de una convención, y es en este caso obligación de *hacer*. Después veremos los modos de hacer ejecutiva esta obligación. Otras veces resulta la obligación de prestarla de la ley o del mandato del Juez; guardadores de costas.

Cuando la obligación es puramente contractual no puede cambiarse por prenda o hipoteca. Cuando procede de la ley sí puede sustituirse por hipoteca o prenda.

¿Cuál es la razón de esta disposición? Las obligaciones deben cumplirse en la forma específica en que han sido contraídas. El que debe especie determinada no puede pretender que su acreedor reciba especie distinta, aunque ésta valga más. Esto es aplicación del principio de que todo contrato válidamente celebrado es ley para las partes. Por eso el que ofrece fiador no puede obligar al acreedor a recibir prenda o hipoteca, aunque ésta sea mejor. Y a pesar del aforismo romano *plus est cautionem in re quam in personam*, el acreedor puede preferir la fianza a la prenda o hipoteca por capricho o por cualquier motivo; y aplicando las reglas anteriores, el deudor no puede obligarlo a aceptar otras seguridades iguales o su-

periores a la fianza. Los Bancos, por ejemplo; en las operaciones a corto plazo prefieren un fiador abonado a una hipoteca, por las mayores facilidades para el pago.

En los casos de mandato de la ley o del Juez, puede conforme al texto sustituirse prenda o hipoteca suficiente.

No se trata de obligación contractual, y no pueden por tanto aplicarse las reglas de las convenciones.

La ley exige fianza a los guardadores, por ejemplo; con el objeto de asegurar ciertos intereses del pupilo, y si estos se aseguran con otro medio, es claro que éste se debe admitir.

Al decir la ley que debe dar fianza, ha querido decir que los intereses que ella trata de proteger o asegurar deben estar garantidos suficientemente. Y si esto puede conseguirse de otro modo, no hay en ello inconveniente sino más bien ventajas. Un guardador, cuyo cargo es obligatorio, no encuentra fiador y dice: Doy en hipoteca esta finca saneada; por qué no admitírsela cuando puede ser ventajosa para los intereses del pupilo?

Veamos un caso particular en que la aplicación de la última parte del artículo ofrece cierta dificultad, y parece no estar en armonía con el artículo 466, que dice «que en vez de fianza puede prestarse *hipoteca* suficiente por el guardador». Y el artículo que comentamos dice que puede sustituirse por hipoteca o *prenda*. En el caso del guardador (artículo 466) puede admitirse *hipoteca* en vez de fianza. En el tratado de la fianza, artículo que comentamos, dice que puede admitirse en estas obligaciones en vez de fianza, *prenda o hipoteca*.

¿Qué debe resolverse? A primera vista parece que no es admisible la prenda; porque la disposición de la fianza es general y la otra es especial a los guardadores. Pero a esto se replica que la disposición especial no prescribe la prenda, no dice que no sea admisible sino que guarda silencio. ¿Pero el solo silencio autoriza para considerarla inadmisibles? Parece que nó. Y hay casos en que admitiéndola puede ser ventajosa para el pupilo. Hay un guardador que tiene documentos de crédito, etc. Por qué no admitírselos en prenda?

El Legislador no habló en el tratado de los guardadores de la prenda por las dificultades prácticas. La prenda la debe recibir el acreedor, y como éste es el pupilo y éste no puede recibir sino con autorización del guardador, parece que la entrega de la prenda sea imposible. Esta dificultad se obvia recibiendo la prenda el Juez al nombre del pupilo.

Quizá haya en la ley procesal vacío a este respecto. Pero de todos modos, con insignificantes reformas esto sería perfectamente factible,

Si como en los remates se da al Juez la representación del ejecutado para verificar la venta, del mismo modo podría dársele la del pupilo para recibir en nombre suyo la prenda y depositarla en un lugar seguro.

Art. 2364. Esta disposición debemos armonizarla y combinarla con el artículo 1529 del tratado de las obligaciones naturales.

El principio es, como se ve por los términos del artículo 1529, general. Se refiere no sólo a la fianza, sino a todas las seguridades accesorias constituidas por terceros, que siendo capaces, pueden de cualquiera de estos modos afianzar obligaciones naturales. Parece esto extraño a primera vista. ¿Cómo puede lo accesorio ser de mejor calidad que lo principal? Si la obligación principal no tiene existencia civil perfecta; si ella no engendra acción alguna que pueda servir para la efectividad de tal obligación, ¿cómo puede tener existencia civil perfecta la obligación accesorial y originarse de ella acción que sirva para darle efectividad?

Atendiendo a estas consideraciones no es extraño que se haya discutido sobre la legitimidad de este principio en el terreno filosófico-jurídico. Pero si bien se ve, este principio, consagrado por nuestro Código, y que se halla en casi todas las legislaciones modernas, es fundado.

Lo accesorio no puede existir sin lo principal. Si la obligación principal es absolutamente nula o está extinguida por algún medio legal, la seguridad accesorial no puede existir. Pero las obligaciones naturales tienen existencia jurídica imperfecta. Y haciendo el análisis jurídico de las obligaciones: principal y accesorial, en el caso que contemplamos, se pueden tomar separadamente la una de la otra para determinar los elementos que las constituyen.

Tomemos el caso de un menor ausente de la casa paterna, que se presenta a un amigo para satisfacer urgentes necesidades de dinero. El amigo le dice: No, Ud. es incapaz. Le doy fiador capaz y abonado.

El que suministra el dinero queda de este modo asegurado, porque si bien la obligación del menor es jurídicamente imperfecta, la del fiador es perfecta, y puede el acreedor perseguir al capaz, al fiador.

En casos como este, la fianza tiene por objeto asegurar al acreedor contra los riesgos provenientes de la

incapacidad del prestatario. Y aquí se ve la importancia del principio desde un punto de vista práctico.

La obligación del fiador no puede quedar imperfecta por la incapacidad del menor, porque el vínculo jurídico en lo tocante a la fianza se forma entre el fiador y el acreedor.

El vicio de la obligación principal proviene de una calidad personal del deudor que no tiene por qué comunicarse al fiador.

¿Por qué es meramente natural la obligación del menor? En virtud de la tutela de la ley sobre los incapaces. Si una persona *sui juris* garantiza como fiador esa obligación, los motivos que hacen imperfecta la primera no afectan la segunda.

Conforme a las anteriores consideraciones, es obvio que puede la obligación accesorial tener existencia perfecta aunque no la tenga la principal.

2365. La importancia está en lo contenido en el 2.º inciso, pues el primero es innecesario; hablo de obligaciones a plazo, y no hay necesidad de texto expreso para que se puedan afianzar, pues este es el caso común y ordinario de la fianza; respecto de las condicionales tampoco hay duda. La fianza en este caso participa de la misma naturaleza de la obligación principal. Yo me obligo, v. g., a dar \$ 100 si tal cosa sucede, y un tercero afianza esta obligación suspensiva. Y como *pendente conditionem non debetur*, no hay fianza hasta que la condición no se cumpla. Mientras pende, sólo hay proyecto, y cumplida, al mismo tiempo que la obligación principal, existe la fianza.

## Jurisprudencia de la Corte Suprema.

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

### C

*Casación.* 53—Cuando la Corte encuentra fundada la causal de casación por violación de una disposición sustantiva, debe infirmar la sentencia, sin que sea preciso que se detenga a hacer mérito de las otras infrac-