

	UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA			
	Documento	Código	Fecha	Revisión
FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO	F-AC-DBL-007	10-04-2012	A	
Dependencia	Aprobado		Pág.	
DIVISIÓN DE BIBLIOTECA	SUBDIRECTOR ACADEMICO		i(60)	

RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	DIOMER STIVENSON ROPERO GENTIL WILLIAM ANDRES BARBOSA PORTO
FACULTAD	FACULTAD DE EDUCACION, ARTES Y HUMANIDADES
PLAN DE ESTUDIOS	PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO
DIRECTOR	DRA. KELLY JOHANA URQUIJO MANOSALVA
TÍTULO DE LA TESIS	EL CONTRATO DE FIANZA COMO RESPALDO A LOS CREDITOS EN COLOMBIA EN MATERIA CIVIL.

RESUMEN

(70 palabras aproximadamente)

EN COLOMBIA, EL CONTRATO DE FIANZA ES UNO DE LOS MÁS UTILIZADOS DENTRO DE LOS PROCESOS DE CRÉDITOS FINANCIEROS DE CARÁCTER PÚBLICO Y PRIVADO, SIENDO UN PACTO EXPRESO DE GARANTÍA PARTICULAR EN RESPALDO A UN DEUDOR, EL CUAL, ES EL QUE TIENE LA OBLIGACIÓN PARTICULAR DE RESPONDER POR EL CRÉDITO SOLICITADO Y EN CASO DE NO RESPONDER POR LA OBLIGACIÓN PACTADA, SERÍA EL FIADOR QUIEN SE COMPROMETERÍA A RESPONDER SUBSIDIARIA O SOLIDARIAMENTE DEL CUMPLIMIENTO ANTE EL ACREEDOR, POR MEDIO DEL CONTRATO DE FIANZA FIRMADO POR ÉL.

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS: 60	PLANOS: 0	ILUSTRACIONES: 21	CD-ROM: 1
--------------------	------------------	--------------------------	------------------



Vía Acolsure, Sede el Algodonal, Ocaña, Colombia - Código postal: 546552
 Línea gratuita nacional: 01 8000 121 022 - PBX: (+57) (7) 569 00 88 - Fax: Ext. 104
 info@ufpso.edu.co - www.ufpso.edu.co

**EL CONTRATO DE FIANZA COMO RESPALDO A LOS CREDITOS EN COLOMBIA
EN MATERIA CIVIL.**

AUTORES

DIOMER STIVENSON ROPERO GENTIL

WILLIAM ANDRES BARBOSA PORTO

Trabajo de grado modalidad monografía presentado para obtener el título de abogados.

DIRECTORA

DRA. KELLY JOHANA URQUIJO MANOSALVA.

Abogada

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER SECCIONAL OCAÑA

FACULTAD DE EDUCACION, ARTES Y HUMANIDADES

PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO

Ocaña, Colombia

Junio, 2020

“Queremos dar gracias a Dios especialmente por permitirnos estar de la mano de él, además dar gracias a todas las personas y amigos que nos brindaron su apoyo para que podamos lograr este gran paso el cual es el de ser profesionales en el derecho, debemos gracias de la misma manera a nuestra Alma Mater por tan gran enseñanza”.

DIOMER STIVENSON ROPERO GENTIL

WILLIAM ANDRES BARBOSA PORTO

Índice

Capítulo 1. Antecedentes Históricos En Relación A La Fianza De Colombia.....	1
1.1. Antecedentes históricos de la fianza	1
1.2. La naturaleza jurídica de la fianza.	5
1.3. Concepción de fianza	6
Capítulo 2. Las Características Y Requisitos De Los Contratos De Fianza En Colombia.	8
2.1. Las clases de características del contrato de fianza.	8
2.2. Los diferentes tipos de contratos de fianza.	8
2.2.1. Consensual.	8
2.2.2. Unilateral.....	10
2.2.3. Gratuito.	11
2.2.4. Accesorio.	12
2.3. La transmisión del contrato de fianza en colombia.....	15
2.4. ¿Cuáles son los requisitos del contrato de fianza en colombia?	15
2.4.1. La capacidad.	16
2.4.2. El consentimiento.....	16
2.4.3. El objeto.	18
2.4.4. La causa.....	19
2.4.5. La coexistencia de la obligación principal.	21
Capítulo 3. Efectos Con Respecto Al Contrato De Fianza.	23
3.1. Cuáles son los efectos de la fianza.	23
3.1.1. El efecto con respecto al fiador y el acreedor.	23

	viii
3.1.2. El efecto con respecto al fiador y el deudor.....	26
3.1.3. El efecto con respecto a los cofiadores.	28
3.2. Los modos y causas de cómo se puede dar la extinción de la fianza en colombia.	29
3.3. Fianza simple y solidaria.....	31
3.4. Análisis de la línea jurisprudencial.	32
3.4.1. Corte suprema de justicia. sentencia sc4659-2017.	32
3.4.2. Corte constitucional. sentencia t-750-1998.....	35
Conclusiones.....	38

Introducción

Para poder desarrollar esta monografía jurídica de investigación debemos partir desde los conceptos básicos del Derecho, el cual es conocer sobre el significado del “contrato de fianza”, donde se expresa en la enciclopedia jurídica, señalando lo siguiente:

El contrato de fianza es una convención que dice de garantía personal en virtud de la cual un tercero, ajeno al negocio principal garantizado, se compromete a responder, subsidiaria o solidariamente, del cumplimiento ante el acreedor, en lugar del deudor, que es el obligado principal, para el caso en que este no cumpla. (Enciclopedia Juridica, 2019).

Es así, que es un contrato esencialmente consensual y gratuito, el cual, nace a la vida jurídica con la simple manifestación de la voluntad de la persona que tomo el rol de fiador como respaldo al crédito que realiza el deudor y siendo admitido por el acreedor.

Ahora bien, el contrato de fianza tiene como fin primordial el de garantizar los compromisos ajenos o impropios en relación a los créditos, considerándose de esta manera una garantía accesoria. Así mismo, se perfecciona por el mero consentimiento, siendo al mismo tiempo unilateral, generando obligaciones por parte del fiador únicamente, y por ende, tiene una naturaleza de gratuidad. Dándose su inicio por medio de la voluntad entre los interesados o ya sea en la ley o por la providencia de un juez de la república.

Igualmente, la fianza supedita al acreedor a una obligación principal con relación al fiador e intrínsecamente esta correlación convierte al deudor en un tercero participante de dicha obligación; descrito en el Código Civil en el artículo 2371 donde se señala que, la fianza logra establecerse sin la noción del deudor e incluso contra su voluntad. No obstante, también se puede conceder esta fianza al fiador y al deudor principal, nombrándose tal representación como una subfianza.

Es por todo esto, que estos tipos de contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, pero es de mucha importancia que se protocolice por medio escrito, ya que no necesita de ninguna solemnidad, donde puede constituir en un documento privado. Es así, que se puede presentar por un valor expreso, delimitando de esta manera la obligación del fiador; no obstante, en el Código Civil en el artículo 2369 se describe las limitaciones y facultades del fiador, señalando lo siguiente:

El fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal pero puede obligarse a menos. Puede obligarse a pagar una suma de dinero en lugar de otra cosa de valor igual o mayor. Afianzando un hecho ajeno se afianza sólo la indemnización en que el hecho por su inexecución se resuelva. La obligación de pagar una cosa que no sea dinero en lugar de otra cosa, o de una suma de dinero, no constituye fianza. (Ley 57, 1887, art. 2369).

La finalidad de este trabajo procura afianzar un conocimiento más claro sobre el “contrato de fianza” y sus variados problemas que se puede dar por su mala utilización y desconocimiento

del mismo, donde se ha manejado a modo de lograr algunos beneficios ilícitos en contra del fiador, quien en últimas es el avalista único de dicho crédito.

Por todo esto, surgió la idea de poder plantear un problema jurídico frente a este tema, así:

¿En Colombia es realmente viable jurídicamente, el otorgamiento masivo de fianzas en relación a los créditos tanto privados como públicos o existen otros mecanismos?

Esta monografía investigativa discurre frente a los disimiles asuntos que se perciben dentro del contrato de fianza, abordando sus aperturas, incluso desde los requisitos del mismo, identificando de esta manera sus características y efectos, el cual, tiene como objetivo el de ofrecer un diáfano y sincero entendimiento frente a esta representación jurídica como instrumento de estudio.

Ahora bien, para alcanzar este objetivo, iniciaremos un estudio en relación a la historia y evolución de los contratos de fianza con respecto al ámbito civil. Observaremos de la misma manera su naturaleza jurídica y su intuición. Sin dejar a un lado todas sus características con relación a su parte consensual, unilateral, gratuidad y su transmisión, entre otros, etc. Encontrando también sus requisitos, el consentimiento, capacidad y su objeto los cuales son primordiales.

Esta Monografía Jurídica de investigación estará delimitada frente a los disimiles asuntos que se perciben dentro del contrato de fianza, abordando sus aperturas, incluso desde los requisitos del mismo, identificando de esta manera sus características y efectos, el cual tiene

como objetivo el de ofrecer un diáfano y sincero entendimiento con respecto a esta representación jurídica como instrumento de estudio.

La delimitaremos desde los conceptos emanados por los libros, que tengan relación con el tema y el Código Civil en su TÍTULO XXXV de la fianza, Capítulo I de la constitución y requisitos de la fianza desde los artículos 2361 al 2408.

Igualmente, se delimitará teniendo en cuenta toda la información recogida como fuente secundaria inmersa en la Doctrina y la jurisprudencia. Siendo la delimitación más importante el territorio Nacional y se realizara esta monografía en un tiempo aproximado de tres meses.

Resumen

En Colombia, el contrato de fianza es uno de los más utilizados dentro de los procesos de créditos financieros de carácter público y privado, siendo un pacto expreso de garantía particular en respaldo a un deudor, el cual, es el que tiene la obligación particular de responder por el crédito solicitado y en caso de no responder por la obligación pactada, sería el fiador quien se comprometería a responder subsidiaria o solidariamente del cumplimiento ante el acreedor, por medio del contrato de fianza firmado por él.

Es de suma importancia realizar un estudio profundo con respecto a los contratos de fianza en nuestro país, con el fin de poder conocer realmente cuáles son sus condiciones y características que dan respaldo a una obligación generada por alguna persona y la cual, busca el respaldo otra para darle fortaleza a dicho crédito.

Es así, que la fianza no pretende en ningún momento subsanar algún tipo de daño procedente del incumplimiento del deudor principal. Es así, que nuestra legislación reconoce la fianza como un método, donde su situación económica reside en responder por la consecución de una obligación ajena. Tratándose de una obligación accesorio donde el fiador se constriñe frente al acreedor.

La monografía planteada se realiza a través del método hermenéutico, se utiliza en las investigaciones de la normatividad, en este caso, de nuestro ordenamiento jurídico. En las cuales se pretende estudiar y evaluar ciertas particularidades en específico y su objetivo principal es

relatar la trayectoria o dirección de las disímiles variantes que se fundan dentro de la investigación, todo esto, con el fin de llegar a unas conclusiones sobre el tema en descripción.

Se realizará un análisis conceptual de la normatividad y de la jurisprudencia colombiana en torno a un análisis jurídico y una investigación del contrato de fianza como respaldo a los créditos en Colombia en materia civil, para entrar al estudio en profundidad del Derecho Civil y llegar a las necesidades y conclusiones de las mismas.

Palabras clave: Acreedor, Constreñir, Créditos, Derecho Civil, Deudor, Fianza, Garantías, Incumplimiento, Normatividad, Obligación, Ordenamiento Jurídico, Procesos.

Abstract

In Colombia, the bail contract is one of the most used in the processes of public and private financial credits, being an express pact of particular guarantee in support of a debtor which is the one that has the particular obligation to respond by the credit requested and in case of not responding to the obligation agreed upon by the debtor, it would be the guarantor who would undertake to respond, subsidiarily or jointly, to the compliance with the creditor, through the bond contract signed by him.

It is very important to carry out an in-depth study regarding the bail bonds in our country, in order to be able to really know what their conditions and characteristics are that give support to an obligation generated by some person and which seeks the other support for Give strength to that credit.

Thus, the bond does not intend at any time to remedy any type of damage arising from the breach of the principal debtor. Being in this way that our legislation recognizes the bond as a method, where its economic situation lies in responding to the achievement of a third party obligation. In the case of an accessory obligation where the guarantor is constrained against the creditor.

The proposed monograph is carried out through the hermeneutical method, which is used in investigations, of the regulations in this case of our legal system. in which it is intended to study and evaluate certain specific features and its main objective is to relate the trajectory or

direction of the different variants that are founded within the investigation, all this, in order to reach conclusions on the subject in description .

A conceptual analysis of the normativity and Colombian jurisprudence will be carried out around a legal analysis and an investigation of the bail contract to support the credits in Colombia in civil matters, to enter the in-depth study of Civil Law and reach their needs and conclusions.

Key words: Creditor, Constraint, Credits, Civil Law, Debtor, Deposit, Guarantees, Non-compliance, Regulations, Obligation, Legal Order, Processes.

Capítulo 1. Antecedentes históricos en relación a la fianza de Colombia

1.1. Antecedentes históricos de la fianza

Las normas de institución civil de derecho romano se han podido distinguir de las demás por su larga permanencia desde su tiempo, hasta la actualidad, perdurando muchas de estas normas civiles creadas en roma y que actualmente se encuentran en uso por diferentes legislaciones de muchos países alrededor del mundo.

En relación con el tema a tratar en esta investigación y en concordancia con las instituciones de derecho civil creadas por Roma, como lo son las garantías de las obligaciones y reconociendo su relevancia, por su desarrollo dio paso y cabida a las distintas clases de garantías contemporáneas. Para el cabal desarrollo de nuestra investigación jurídica abarcaremos la evolución histórica de la fianza como una garantía.

El derecho romano dentro de su jurisdicción normativa tenía establecido ciertos principios o instituciones jurídicas que para nuestro tiempo podrían ser considerados como garantías “adpromissio”, tales como la fianza, estas instituciones jurídicas del derecho romano estaba comprendida de la siguiente forma.

El adpromissio fue en los tiempos romanos una manera de respaldo pasivo por una deuda u obligación, que consistía en que un hombre se comprometía a saldar todo o parte de lo que otra persona se obligó. Esta institución jurídica romana fue aparte de solidaria, subsidiaria y además,

también fue la manera de garantía para las obligaciones más usada en los tiempos de la republicana romana.

Esta institución jurídica romana de la *adpromissio* tuvo dos distintas expresiones, una conocida como la “*Sponsio*” entendida como una primitiva promesa, particularmente esta promesa tenía un carácter sacramental, solo era posible de realizarse entre ciudadanos romanos la cual su declaración consistía en la utilización del verbo “*spondeo*”. La segunda expresión de esta institución jurídica romana fue *Promitto* o *fideipromissio* que era usada estrictamente para los vínculos comerciales con extranjeros, en donde se fue utilizado el verbo “*promitto*”.

Con el fin de evitar que el segundo tipo de promesa extinguiera al primero por novación, el fiador no se obligaba a cubrir lo mismo que el afianzado adeudaba al momento en el que se estaba realizando el cobro de la deuda, sino lo mismo que se había obligado en un principio. No hay igualdad de objeto, pero sí hay identidad de promesa.

Es así, que el acreedor tenía la potestad para tutelar al deudor principal o contra el fiador por el total de la obligación. Esta institución presentaba dos restricciones frente al cobro de la obligación, dado que la obligación adquirida por el fiador caducaba al transcurrir dos años, siempre y cuando la fianza se había prestado en Roma, también esta obligación era intransmisible a los herederos.

Más adelante, se crearon nuevas formas de fianza que remplazo a las antiguas instituciones jurídicas; la “*fideiussio*”, ésta no consiste esencialmente en una promesa sino que se basa en una autorización (*iussum*), parecida a la que se daba por los dependientes para apropiarse de la

obligación por los acciones de ellos, este tipo de fianza en Roma contenía las siguientes características:

A). En la fideiussio, la persona que hacía de fiador no se obligaba a pagar más que solo la obligación principal.

B). En Roma la fideiussio representaba a una deuda, por consiguiente era viable afianzar todo tipo de obligaciones.

C). Al referirse de un iussum, no se generaba novación cuando ocurría un cambio de acreedor, aun con la identidad en el objeto.

D). La responsabilidad del fideiussor sí podía ser heredada a sus herederos y se podía extender por más de dos años.

Por ende, el historial de la fianza no nace del simple acto de afianzar, debido a que el negocio jurídico de la fianza no dará espacio a ningún tipo de acto a favor de quien salda la obligación, para obtener el pago total de la misma por parte del deudor principal o de los cofiadores, dado que éste sólo podría ser utilizado por el acto correspondiente al negocio jurídico que motivó la fianza.

Es así que con el paso del tiempo, se constituyeron los vínculos directos entre el fiador y el deudor, como de cofiadores entre sí

La “Lex Publilia”, de mediados del siglo IV A. C., fundó la manus iniectionis, para que el fiador que se ocupara de pagar u saldar la obligación adeudada obtuviese la oportunidad de resarcirse del obligado principal en un tiempo determinado de ocho meses, lo que tocara pagar por éste en calidad de fiador como garante de una obligación.

En el período del emperador Justiniano en Roma sólo existía la fianza como una institución jurídica de fideiussio, que por su naturaleza jurídica desapareció el aspecto extintivo de la “litiscontestatio” del cual se conformaron tres beneficios determinados para el fiador como lo fue el beneficio de división, de excusión y de cesión de acciones.

Beneficio de división es comprendido como el derecho que posee el cofiador con el objetivo de poder rechazar la demanda siempre y cuando esta exceda el porcentaje que implica la división de la obligación principal realizada entre los cofiadores solventes en el instante de decretarse la sentencia.

Beneficio de Excusión, se basa en que el fiador tendrá la oportunidad de rechazar la demanda, siempre y cuando el acreedor no haya acudido primero al deudor principal con el objetivo de que la obligación sea saldada.

Beneficio de cesión de Acciones este consiste especialmente en la acción reivindicatoria que posee el fiador en contra del deudor por cubrir o saldar una obligación en lugar del deudor principal, para ello el fiador no necesita un permiso o autorización del deudor principal, esta característica se produce en razón de la misma fianza.

Con la fianza, se conformaron en Roma diferentes tipos de garantía personal como lo fue el “recedtunn argantari”, la “constitum debit”, la solidaridad pasiva, la estipulación penal, la indemnidad y el mandatun pecunie credendie.

1.2. La Naturaleza jurídica de la fianza.

Dentro de nuestra jurisdicción tenemos establecida a la fianza como un contrato, sin embargo el Código Civil colombiano en el título XXXV artículo 2361 estipula lo siguiente:

La fianza es una obligación accesorio, 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 fiador. (Ley 84, 1873, art. 2361).

Por ende, para este caso en concreto y en relación con la fianza, el código Civil causa una impropiedad que puede generar confusiones con la definición que nos entrega de lo que es un contrato. El contrato es visto como una acción jurídica en donde una persona adquiere un compromiso con otra para dar, hacer o no hacer cierta cosa en concreto. En virtud a lo anterior el código Civil establece en el artículo 1495, lo siguiente: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.” (Ley 84, 1873, art. 1495).

La fianza siempre ha sido considerada como un contrato, que posee dos relaciones independientes intrínsecas a su naturaleza, la primera relación se presenta entre el acreedor de la deuda y el fiador; la segunda relación jurídica se da entre del fiador y el deudor principal de la obligación.

Lo anterior no significa que de la fianza se derive la existencia de dos contratos, de igual forma no se podría establecer que el deudor conforme una de las partes dentro del contrato de fianza, dado que este únicamente es un contrato el cual es ejercido entre el acreedor y el fiador, en donde del contrato nacen ciertas obligaciones específicas para con el fiador. Por ende el vínculo jurídico existente entre el fiador y el deudor lo estipula la ley, donde nacen con el solo hecho de perfeccionar el contrato de fianza, incluso cuando la voluntad del deudor fiado sea contraria.

1.3. Concepción de Fianza

De acuerdo a lo establecido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la fianza es definida como una obligación que se obtiene con el fin de pagar o saldar una obligación que le pertenece a otro en caso de que este no cumpla con dicha obligación.

Es así que nuestra jurisdicción Civil normativa también nos entrega una definición de la Fianza en el artículo 2361 del Código Civil de la siguiente manera:

La fianza es una obligación accesorio, 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 fiador.” (Ley 84, 1873, art. 2361).

De lo anterior extraemos los siguientes aspectos y características esenciales del contrato de fianza, así:

Entre los aspectos y características más relevantes de la fianza encontramos a la Obligación accesoria, esta tiene por finalidad certificar o asegurar el estricto acatamiento de una obligación principal, de tal forma que esta no puede existir sin una obligación principal.

Otra de las características más importantes de la fianza es la “obligación” por la cual se genera otra caución, entendida como todo tipo de obligación que se adquiere con el fin de entregar un respaldo de confianza para dar cumplimiento a una obligación propia o ajena. Es así, que pueden ser consideradas como tipos de caución la fianza, la hipoteca y la prenda. De igual forma el código Civil en su artículo 65 define la caución de la siguiente forma: “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” (Ley 84, 1873, art. 65).

Entre otros aspectos y características de la fianza encontramos que la fianza suministra al acreedor una mayor seguridad frente al incumplimiento de la obligación, en vista de que con la fianza, el fiador asegura el cumplimiento de la obligación a favor del acreedor, dado que se le presta al deudor un servicio certificando su deuda.

Capítulo 2. Las características y requisitos de los contratos de fianza en Colombia.

2.1 Las clases de características del Contrato de Fianza.

Para empezar a tratar el tema de los aspectos o características de mayor relevancia para el contrato de fianza, tendremos que establecer y aceptar que la fianza es un contrato de garantía individual distinta a cualquier otro tipo de garantías legales, como lo pueden ser la prenda y la hipoteca. Debido a que la fianza se ejerce con el fin de que un tercero o fiador se comprometa a cumplir con una obligación ajena con su patrimonio, en vista de que recae sobre todos los bienes del fiador.

En concordancia con lo anterior y con la ley, se puede establecer que el contrato de fianza posee ciertas características intrínsecas a la naturaleza del contrato, como son la característica consensual, unilateral, gratuita, accesorio, transmisible y tiene un carácter patrimonial

2.2 Los diferentes tipos de contratos de fianza.

2.2.1. Consensual. El contrato de fianza se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades entre el acreedor y el fiador, sin necesidad de la autorización del deudor principal de dicha obligación, en este sentido la fianza no necesita de ninguna solemnidad para su perfeccionamiento, dado que esta puede ser constituida aún en contra de la voluntad del deudor principal.

Por consiguiente la jurisdicción normativa Civil establece los alcances del contrato de fianza en el artículo 2373 del código Civil el cual expresa:

“ARTICULO 2373. <ALCANCE DE LA FIANZA>. La fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso; pero se supone comprender todos los accesorios de la deuda, como los intereses, las costas judiciales del primer requerimiento hecho al principal deudor, las de la intimación que en consecuencia se hiciera al fiador, y todas las posteriores a esta intimación; pero no las causadas en el tiempo intermedio entre el primer requerimiento y la intimación antedicha.” (Ley 84, 1873, art. 2373).

Sin embargo, el artículo del código Civil descrito anteriormente, estipula que deberá entregarse el consentimiento de forma expresa, por ende no se podrá establecer que la fianza se presume en vista de que dicha manifestación de la voluntad tendrá que ser expresada de manera clara con el fin de que esta pueda ser considerada expresa.

La fianza se consideraba que era expresa cuando un hombre le decía a otra persona que se encargaba de garantizar el cumplimiento del pago de los pedidos que realizara un cliente. Es así que esta perspectiva, posee identidad y propiedad jurídica dado que dicha expresión cumple con los requerimientos necesarios ya que expresa de manera clara e inequívoca su voluntad o propósito de garantizar el cumplimiento del pago de tales pedidos. Por ende el consentimiento voluntario que se debe entregar en la fianza, tendrá que ser claro y expreso, dado que si no es así la fianza no podrá tener vida jurídica.

Sin embargo, para que pueda existir la fianza, solo es necesario que la acepte el fiador y el acreedor.

2.2.2. Unilateral. La fianza es considerada como un contrato unilateral, esta institución jurídica consiste en que una de las partes del contrato de fianza se obligue a cumplir cierta obligación mientras que la otra parte no adquiere obligación alguna.

En el Código Civil, libro cuarto de las obligaciones en general y de los contratos encontramos una concepción de contrato unilateral y bilateral en el artículo 1496 el cual expresa lo siguiente: “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.” (Ley 84, 1873, 1496).

Dentro del contrato de fianza, solo nacen obligaciones para el fiador la cual su función principal es la de respaldar la obligación cubriendo el pago total o parcial de la deuda, cuando el deudor principal no cumpla con su obligación. Es así que el vínculo jurídico nacen al fiador para con el acreedor, sin embargo el acreedor no genera obligación alguna dentro del contrato de fianza.

En este contrato de fianza se pueden colocar ciertas cláusulas contractuales en donde se estipulen obligaciones al acreedor como contraprestación con el fiador, y en este evento el contrato de fianza pasaría a ser un contrato bilateral, dado que si se establece una contraprestación entre las partes de carácter no pecuniario a favor del fiador, lo que conformará

una obligación con fuerza de ley en contra del acreedor. No obstante la naturaleza jurídica de este contrato es unilateral.

2.2.3. Gratuito. Nuestra jurisdicción normativa en materia civil considera que un contrato es gratuito, solo cuando el objeto de dicho contrato sea que una de las partes obtenga una utilidad o provecho siendo la otra parte la única en tener un gravamen.

De acuerdo a lo estipulado en el código Civil en el artículo 1497 el cual expresa una concepción del contrato gratuito, así:

El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.” (Ley 84, 1873, art. 1497).

En concordancia con lo anterior podemos decir que el contrato de fianza puede ser considerado como un contrato gratuito en vista de que la utilidad de la fianza es a favor del acreedor, ya que, si el deudor principal de la obligación decide no cumplir con su deuda, el acreedor tendrá la potestad para perseguir jurídicamente el patrimonio del fiador.

No obstante, el Código Civil en relación con el contrato de fianza en su artículo 2367 estipula con el objetivo de entregar protección al fiador la contingencia o posibilidad de que el fiador tenga la oportunidad de acordar con el deudor principal de la obligación una retribución económica por ser fiador, por lo que se podría considerar que la fianza en este caso sea un

contrato oneroso, aunque no puede ser cierto, en vista de que, las personas que acuerdan dicha retribución económica no son las mismas partes que conforman el contrato de fianza, dado que el deudor principal no hace parte del contrato de fianza.

Teniendo en cuenta el caso anterior, podría considerarse que aunque no haya dualidad de partes nos encontraríamos frente a un contrato oneroso, en vista de que la gratuidad se perdería con el vínculo contractual que existe entre el deudor y el fiador, y no contra el acreedor. Es así que el artículo 2367 del Código Civil expresa lo siguiente: “El fiador puede estipular con el deudor una remuneración pecuniaria por el servicio que le presta.” (Ley 84, 1873, art. 2367).

Se puede considerar que el contrato de fianza es oneroso si se presenta algún pacto de retribución económica entre el deudor y el fiador, a consecuencia de que pago aceptado como retribución es tenido en cuenta como una prima.

No obstante, no hay necesidad de que el deudor haga parte del contrato de fianza, en vista de que el deudor se favorece tanto como el acreedor, a consecuencia de que gracias al fiador, el deudor consigue la garantía para obtener su obligación, a raíz de esto es necesario tener claro que si el deudor entrega una contraprestación al fiador por el servicio prestado a éste, el contrato de fianza pasará de ser gratuito y se convertirá en oneroso.

2.2.4. Accesorio. Para la existencia del contrato de fianza como un contrato accesorio de garantía, es necesario que primero coexista una obligación principal, por esto el contrato

accesorio tendrá la misma suerte que la obligación principal, por lo que se puede concluir, que si se extingue la obligación principal la fianza también se extinguirá.

La ley establece que para que se pueda extinguir la fianza se deberán seguir las siguientes pautas establecidas por el Código Civil en el artículo 2406, el cual expresa;

“ARTICULO 2406. <CAUSALES DE EXTINCION DE LA FIANZA>. La fianza se extingue en todo o 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 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 en todo o parte.” (Ley 84, 1873, art. 2406).

La fianza es un contrato que únicamente nace como garantía en relación con una obligación válida, es así que, si la obligación principal se encuentra viciada de nulidad absoluta, la fianza correrá con la misma suerte. Lo anterior no da a entender, que el contrato de fianza puede ser constituido, no simplemente con la presencia de una obligación principal, sino que

dicha obligación tendrá que ser lícita, dado que si la obligación principal se encuentra viciada, el contrato accesorio será nulo.

El fiador en ninguna ocasión podrá ser obligado a pagar por más de lo el deudor debe, dado que la posición del fiador no podrá ser más gravosa, puesto que así lo establece el Código Civil en su artículo 2370, el cual expresa:

“ARTICULO 2370. <OTRAS LIMITACIONES>. El fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, no sólo con respecto a la cuantía sino al tiempo, al lugar, a la condición o al modo del pago, o a la pena impuesta por la inejecución del contrato a que exceda la fianza, pero puede obligarse en términos menos gravosos.

Podrá, sin embargo, obligarse de un modo más eficaz, por ejemplo, con una hipoteca, aun cuando la obligación principal no la tenga.

La fianza que excede bajo cualquiera de los respectos indicados en el inciso primero, deberá reducirse a los términos de la obligación principal.

En caso de duda se aceptará la interpretación más favorable a la conformidad de las dos obligaciones principal y accesoria.” (Ley 84, 1873, art. 2370).

2.3 La transmisión del contrato de fianza en Colombia.

En relación con la transmisión o cesión de derechos y de obligaciones que se derivan de la creación del contrato de fianza, el Código Civil en su artículo 2378 establece lo siguiente: “Los derechos y obligaciones de los fiadores son transmisibles a sus herederos.” (Ley 84, 1873, art. 2378).

Lo anterior no da a entender, que los derechos y de obligaciones que se generan con el contrato de fianza podrán ser hereditarios por medio de la sucesión cuando se presente la muerte del fiador.

Dentro del derecho romano, ciertas instituciones jurídicas de esta época como la “sponseo” y la “feidipromiseo” no consentían que las obligaciones adquiridas por el fiador fuesen transferidos a sus herederos, no obstante con la aparición de la institución jurídica la “fiedeijuseo” la cual entrego el principio de transmisibles.

2.4 ¿Cuáles son los requisitos del contrato de fianza en Colombia?

Para que el contrato de fianza pueda nacer a la vida jurídica y tenga validez legal, es necesario contenga los siguientes elementos fundamentales para que se configure lícitamente el contrato de fianza: capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita, así como también es necesario la presencia de una obligación principal.

2.4.1. La capacidad. La capacidad es un principio jurídico el cual pertenece a los atributo de la personalidad, así mismo, la capacidad es un aspecto necesario para poder ejercer actos jurídicos como el de hacer parte de un contrato entre otros, por ende cualquier persona, que la ley no hay declarado incapaz, puede contratar, dado que para los contratos la capacidad es una regla necesaria y la incapacidad es la excepción a dicha regla.

Po lo tanto, la jurisdicción normativa de nuestro país estipula en el Código Civil en su artículo 1503 estipula la presunción de capacidad de la siguiente manera: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces”. (Ley 84, 1873, art. 1503).

En referencia con el contrato de fianza y la capacidad el Código Civil en su artículo 2376 expresa en su primer párrafo lo siguiente: “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.” (Ley 84, 1873, art. 2376).

De igual forma y con gran énfasis en el contrato de fianza respecto a la capacidad de ser fiador, el código Civil en su artículo 2368, expresa que: “No pueden ser fiadores los incapaces de ejercer sus derechos.” (Ley 84, 1873, art. 2368).

2.4.2. El consentimiento. La fianza en un contrato consensual, lo que nos da a entender que este contrato se concreta con el simple acuerdo de voluntades, de igual forma en este contrato no se presume el consentimiento, dado que la manifestación del consentimiento de dicho fiador tendrá que ser clara y expresa, así mismo esta manifestación no será válida si hay

vicios presentes al momento de entregar el consentimiento, estos vicio del consentimiento son: el error, la fuerza y el dolo. Dado que así lo establece el Código Civil en su artículo 2373, el cual expresa:

“ARTICULO 2373. <ALCANCE DE LA FIANZA>. La fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso; pero se supone comprender todos los accesorios de la deuda, como los intereses, las costas judiciales del primer requerimiento hecho al principal deudor, las de la intimación que en consecuencia se hiciera al fiador, y todas las posteriores a esta intimación; pero no las causadas en el tiempo intermedio entre el primer requerimiento y la intimación antedicha.” (Ley 84, 1873, art. 2373).

Por consiguiente encontramos al error, fuerza y dolo como los vicio del consentimiento para poder contratar, por ende comprendemos al error como un vicio que es de derecho y de hecho, es de derecho cuando el error no vicia el consentimiento, pero cuando el vicio es de hecho sí vicia el contrato siempre que este recaiga sobre un acto o contrato celebrado sobre un fin específico pero por el error se obliga respecto de otro fin u objeto, un ejemplo claro se presenta cuando una persona cree que ejerció un contrato de fianza, pero la realidad es que realizo un contrato de seguro, o cuando se cree que se está garantizando la obligación o deuda a Carlos de Oscar y se termina es garantizando en calidad de fiador la obligación de otra persona.

Respectivamente con el vicio de la fuerza, es considerada como la acción de infundir en una persona cierto miedo con el objetivo de que dicha persona entregue su consentimiento.

Mientras que el dolo se basa en todo tipo de maquinación, conspiración, engaño o trampa, artimaña o picardía enfocados o dirigidos a engañar y atrapar a una persona con el fin de incitar a que esta persona se adhiera a un acto en específico o general, la cual recaiga sobre ciertas condiciones que favorezcan a quien ejerce esta acción de dolo.

Por consiguiente, se puede concluir que el dolo tendrá que proceder de una de las partes contratantes para que pueda ser tenido en cuenta como un vicio del consentimiento, de tal forma, que dicho vicio estimule a quien lo sufre a entregar su declaración de voluntad en el acto jurídico.

2.4.3. El objeto. El contrato de fianza tiene como objeto el acuerdo bilateral, por medio del cual una persona llamada fiador se compromete a garantizar la obligación de un deudor principal al acreedor frente al incumplimiento de la obligación por parte del deudor principal, es por esto que el objeto de la obligación generada del contrato de fianza para con el fiador es la de cumplir con el pago económico al acreedor.

El contrato de fianza en todos sus casos tendrá por objeto el cumplimiento de un pago que consistirá siempre en una suma de dinero.

Es así que para conformar el contrato de fianza, es necesario que el objeto del contrato exista, dicho objeto del contrato es intrínseco a la naturaleza del contrato, por tal motivo este debe existir, tendrá que ser determinado como también tiene que ser lícito.

El objeto del contrato es completamente necesario para que pueda existir el contrato dado que, si el contrato no tiene objeto, no podría considerarse un contrato, debido a que le haría falta uno de sus requisitos esenciales. Podemos decir que el objeto del contrato de fianza se basa en exigir el cumplimiento de la obligación al fiador cuando el deudor principal no responda.

Con relación al objeto del contrato de fianza, el acreedor tanto como el fiador tendrán que establecer en qué radica la prestación concreta, esto es, el objeto de la obligación adquirida, con el objetivo de que tanto el acreedor tenga claro a qué es lo que puede exigir, como el fiador pueda tener claro a qué se obliga.

En el contrato de fianza en donde el fiador se obliga a garantizar una deuda contraída en concordancia con las normas legales, pero que es contraria a los principios de las buenas costumbres, significará que dicha obligación estará viciada con un objeto ilícito. Comprendiendo que la ilicitud del objeto del contrato no se presenta solo cuando una norma lo establece como prohibido o que se encuentra tipificado como un delito, dado que el objeto de un contrato se tiene como ilícito cuando este es inmoral, o contrario a las buenas costumbres, puesto que no siempre debe haber una ley que lo califique como ilícito.

2.4.4. La causa. Puede definirse la causa de un contrato como los motivos personales que estimulan a una persona natural o jurídica de celebrar el contrato. De acuerdo a lo establecido en el Código Civil en su artículo 1502 inciso cuarto (4), “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: que tenga una causa lícita.” (Ley 84, 1873, art. 1502, inc. 4).

No obstante el Código Civil en su artículo 1524 establece lo siguiente en referencia a la causa lícita de los contratos

“ARTICULO 1524. <CAUSA DE LAS OBLIGACIONES>. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.” (Ley 84, 1873, art. 1524).

En concordancia con lo anterior, la causa tendrá que ser efectiva, en pocas palabras, la causa deberá coexistir verdaderamente, así como el motivo del contrato buscado tendrá que permanecer ajustado a los parámetros normativos que establece la ley , así como también, tiene que estar en concordancia con los principios de buenas costumbres y al orden público. La jurisdicción civil hace alusión a que la causa no necesariamente debe ser manifestada, esto nos da a entender que la causa se presume, en vista de que toda tipo de obligación creada posee su causa, la cual se encuentra intrínseca a la naturaleza del contrato.

Tomando en consideración el concepto de causa entregada por el Código Civil de Colombia, podemos expresar, que si bien la causa es requisito para contraer una obligación, no es necesario que dicha causa sea manifestada al momento de realizarse el negocio jurídico.

2.4.5. La Coexistencia de la Obligación Principal. Como ya hemos mencionado anteriormente en el desarrollo de esta monografía de investigación entre las características esenciales de la fianza debe existir una obligación principal, dado que la fianza es un contrato accesorio, por lo cual, es necesario la existencia de una obligación principal para que su cumplimiento sea garantizando.

La obligación principal a la que se suscribe la fianza podrá ser civil o natural, de acuerdo a lo estipulado en el Código Civil en su artículo 2364 el cual expresa lo siguiente: “La obligación a que accede la fianza puede ser civil o natural.” (Ley 84, 1873, art. 2364).

De igual forma, el Código Civil realiza una breve noción de las obligaciones que pueden ser objeto de fianza en el 2365 el cual expresa lo siguiente: “Puede afianzarse no sólo una obligación pura y simple, sino condicional y a plazo. Podrá también afianzarse una obligación futura; y en este caso podrá el fiador retractarse mientras la obligación principal no exista, quedando, con todo, responsable al acreedor y a terceros de buena fe, como el mandante en el caso del artículo 2199.” (Ley 84, 1873, art. 2365).

Es de considerar también que la obligación accesoria del fiador tiene como objetivo el de garantizar el acatamiento efectivo de una obligación, pero si esta se encuentra condicionada o

sometida a plazo, de igual forma, la obligación accesoria será condicional o a plazo, por ende si se consuma el termino u condición que da origen a la obligación principal, así la obligación del fiador nacerá, sin embargo, si dicha obligación se encontraba destinada a ser extinguida, del mismo modo se extingue la obligación de garantía que se encuentra en cabeza del fiador.

Capítulo 3. Efectos con respecto al contrato de fianza.

3.1 Cuáles son los efectos de la fianza.

La fianza es un contrato que del cual se derivan ciertos efectos para con el fiador y el acreedor, y para con el fiador y el deudor, los efectos surgen entre el fiador y el acreedor cuando este es anterior al pago, y entre el fiador y el deudor cuando es posterior al pago de la obligación.

3.1.1. El efecto con respecto al fiador y el acreedor. El acreedor adquiere la potestad para accionar el cobro de la obligación con el fin de hacer efectiva la garantía en contra del fiador cuando la obligación principal pueda ser exigible, no obstante, el fiador tiene la oportunidad de efectuar el pago o cumplimiento de dicha obligación con el objetivo de evitar que el acreedor realice su acción de cobro para que el acreedor no ejerza ciertos beneficios o excepciones que la ley entrega en estas situaciones. En pocas palabras, es el fiador quien debe garantizar personalmente al acreedor el cumplimiento de la obligación adquirida por el deudor principal.

El acreedor posee, de acuerdo a lo establecido en el Código Civil en su artículo 2488 la acción personal derivada de la fianza, que expresa lo siguiente: “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677.” (Ley 84, 1873, art. 2488)

También, el fiador adquiere el derecho de objeción con el fin de defenderse utilizando el beneficio de excusión, establecido por nuestra jurisdicción normativa con el objetivo de favorecer los intereses del fiador.

Es así que debemos tener en consideración que no es estrictamente obligatorio que el deudor se halle en mora para que se pueda ejecutar la acción personal de cobro en contra del fiador.

Por tanto dentro de nuestra jurisdicción normativa es el Código Civil en su artículo 2383 establece un beneficio de exclusión el cual expresa lo siguiente: “El fiador reconvenido goza del beneficio de excusión, en virtud del cual podrá exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes de deudor principal, y en las hipotecas o prendas* prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda.” (Ley 84, 1873, art. 2383).

De lo expuesto en el anterior artículo se desglosa cierta disposición, dado que el fiador posee la potestad para oponer o no a su arbitrio este beneficio, ya que este se concluye del empleo de esta disposición para alcanzar su objetivo. Para ello se tienen ciertos requisitos con el fin de poder oponer a arbitrio del fiador, para adquirir este beneficio se deben seguir a cabalidad con los exigencias determinadas por nuestra jurisdicción normativa en el artículo 2384 del código Civil, expresa los requisitos del beneficio de exclusión de la siguiente manera.

“ARTICULO 2384. <REQUISITOS DEL BENEFICIO DE EXCUSION>. Para gozar del beneficio de excusión son necesarias las condiciones siguientes:

1. Que no se haya renunciado expresamente.
2. Que el fiador no se haya obligado como deudor solidario.
3. Que la obligación principal produzca acción.
4. Que la fianza no haya sido ordenada por el juez.
5. Que se oponga el beneficio luego que sea requerido el fiador; salvo que el deudor, al tiempo del requerimiento, no tenga bienes y después los adquiera.
6. Que se señalen al acreedor los bienes del deudor principal.” (Ley 84, 1873, art. 2384).

Es así que, en los efectos de la fianza con mayor relevancia entre el acreedor y el fiador encontramos que el fiador, podrá cumplir con la obligación o pagar la deuda con anticipación antes de que sea exigido el pago o cumplimiento de dicha obligación, en esta situación, el fiador adquiere las siguientes obligaciones

Si el fiador decide saldar la deuda antes del plazo estipulado para que se pueda hacer exigible, tendrá que esperar a que el plazo se cumpla con el fin de poder ejercer en contra del deudor la acción de reembolso por el cumplimiento del pago. Sin embargo para ello el fiador tendrá que dar a conocer al deudor su intención de saldar la deuda antes de pagar la obligación con anticipación, dado que si no lo hace podrá caer en las siguientes sanciones:

El deudor podrá contraponer cualquier tipo de excepciones que estableciera el acreedor.

El fiador al no dar a conocer la intención de pagar anticipadamente al deudor principal, podrá perder la acción de reembolso en contra del deudor, cuando el deudor cumpla con la

obligación que adquirió con el acreedor ignorando que dicha obligación ya había sido cumplida o pagada por el fiador.

3.1.2. El efecto con respecto al fiador y el deudor. Nuestra jurisdicción normativa establece los efectos de la fianza con respecto al fiador y el deudor, estos efectos se derivan de dos relación distintas, una que se genera antes del pago y la otra posterior al pago o cumplimiento de la obligación, en las dos situaciones la legislación trata de salvaguardar los derechos del fiador dada su calidad como garante de una obligación, tomando en consideración que el fiador no es un verdadero deudor, ya que este únicamente accede a la obligación principal con el objetivo de garantizar dicha obligación.

Por lo mencionado anteriormente, el Código Civil en referencia al fiador y al deudor, los cuales negocian un reembolso por aceptar ser fiado y garantizar una obligación, dicha contingencia es expresada de la siguiente forma por el artículo 2367, así: “El fiador puede estipular con el deudor una remuneración pecuniaria por el servicio que le presta.” (Ley 84, 1873, art. 2367).

Entre los efectos generados anteriores al cumplimiento de la obligación entre fiador y deudor, el código Civil en su artículo 2394 expresa lo siguiente:

“ARTICULO 2394. <DERECHOS DEL FIADOR>. 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:

1. Cuando el deudor principal disipa o aventura temerariamente sus bienes.
2. Cuando el deudor principal se obligó a obtenerle el relevo de la fianza dentro de cierto plazo, y se ha vencido este plazo.
3. Cuando se ha vencido el plazo o cumplido la condición que hace inmediatamente exigible la obligación principal en todo o parte.
4. 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 de 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.
5. 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.” (Ley 84, 1873, art. 2394).

De lo expuesto anteriormente podemos decir que, el fiador se encuentra con la potestad legal para poder demandar al deudor, para que le consiga o le entregue lo que el fiador pagó como garante de una obligación en cabeza del deudor principal, es decir, lo pagado en ejecución del contrato de fianza o que le rembolsé dicho pago. Dicha acción del fiador en contra del deudor principal establece una obligación directa en contra del deudor.

Entre los efectos más importantes entre el fiador y el deudor, encontramos que tanto el fiador como el deudor se encuentran obligados recíprocamente a informar al otro cuando se pretenda realizar el pago de la obligación.

En vista de que si el deudor llega a pagar sin entregarle al fiador previa comunicación de su intención, el deudor principal correrá con toda la responsabilidad si el fiador ignorando que ya se cumplió la obligación pagare también, sin embargo, el fiador podrá presentar acción de reembolso en contra del acreedor.

Cuando sea al contrario que el fiador sin entregar previo aviso al deudor, pagare la obligación, que ya el deudor había saldado la deuda, el fiador perderá la facultad para presentar la acción de reembolso en contra del deudor, aunque sí tendrá la facultad para repetir en contra del acreedor por el pago de lo no debido, dado que el fiador posee el derecho a que pueda serle reembolsado lo pagado, esto por medio de la acción de reembolso.

3.1.3. El efecto con respecto a los cofiadores. Cuando existe pluralidad de fiadores de una sola obligación, cada fiador adquiere el derecho a oponer el beneficio de división, con el objetivo de pagar solo una parte o fracción de la obligación, en vista de que la deuda u obligación se dividirá entre los fiadores en cuotas iguales. En relación a lo anterior, el Código Civil en su artículo 2403 establece lo siguiente: “El fiador que paga más de lo que proporcionalmente le corresponde, es subrogado por el exceso en los derechos del acreedor contra los cofiadores.” (Ley 84, 1873, art. 2403).

Es así, que el cofiador requiere de ciertos aspectos de carácter obligatorio para que este pueda interponer la acción subrogatoria, entre estos aspectos de requiere en primer lugar que sean varios fiadores se encuentre garantizando y afianzando al mismo deudor y a la misma deuda, como otro de estos requerimientos se necesita que el cofiador haya cumplido con el pago de lo que le correspondía en dicha obligación y como último requerimiento para obtener la facultad de presentar la acción subrogatoria, el pago efectuado por el cofiador tendrá que ser útil, es decir, que con dicho pago se extinga la obligación.

En el caso en que un cofiador pague más de lo que tenía que pagar, tendrá la potestad para demandar a los otros fiadores de la misma obligación por el pago que realizo de más y no por el total de lo que le correspondía pagar.

3.2 Los modos y causas de cómo se puede dar la extinción de la fianza en Colombia.

El contrato de fianza es de carácter accesorio, por tal motivo, la fianza se puede extinguir por medio de la vía indirecta o consecucional, es decir, en el momento en que se extingue la deuda principal. Es así que la vía indirecta o consecucional son modos de extinción del contrato de fianza, dado que las acciones que extinguen se encuentran unidas a la deuda principal.

La vía indirecta extingue el contrato de fianza por medio de la vía accesorio, o sea, como resultado de la extinción de la obligación que el fiador afianzaba cuando el deudor principal paga la deuda la obligación para el fiador cesa. Por medio de la vía consecucional se extingue el contrato de fianza por medio de la vía principal, perdurando la deuda principal, dado que la fianza como contrato accesorio puede extinguirse sin que se desarrolle el objeto de la fianza.

El Código Civil establece en el artículo 2406 ciertas causales para la extinción del contrato de fianza, así:

“ARTICULO 2406. <CAUSALES DE EXTINCION DE LA FIANZA>. La fianza se extingue en todo o 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 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 en todo o parte.” (Ley 84, 1873, art. 2406).

Entre los tipos de extinción del contrato de fianza tenemos el pago, la dación en pago, la transacción, la novación, la compensación, la remisión, la condición resolutoria, la pérdida de la cosa que se debe, la nulidad, la confusión, la prescripción y la resciliación.

Así mismo, aparte de medios de extinción mencionados anteriormente, se debe tomar en consideración la prórroga de la obligación principal. Así como la cuando se presenta la situación en donde el acreedor por un hecho o por su misma culpa ha perdido la facultad o el derecho de ejercer actos en donde el fiador podría subrogarse, siendo esta forma o situación sí es un modo especial de extinguir la fianza.

3.3 Fianza simple y solidaria.

La fianza simple es cuando el fiador se obliga con el acreedor a responder por una deuda ajena, sin ninguna particular diferente a la del contrato por el cual se están obligando. Por lo tanto, es importante estudiar una segunda forma de obligarse por parte del fiador con el acreedor.

Lo que conocemos hoy como fianza solidaria, donde el fiador renuncia a cualquier beneficio que la norma establece, como es el beneficio de excusión, razón por la cual empieza a ser mas atractivo para un acreedor, en el momento que deba hacer exigible la deuda, esta tenga mas garantías, pero al lograr esto, el contrato de fianza simple va perdiendo su uso, debido a la poca responsabilidad del fiador, en el cumplimiento de la obligación no pagada por el deudor, dado que seria engorroso iniciar el tramite procesal pertinente para el cobro a cada uno de los fiadores, en el caso del beneficio de división, o demostrar que el deudor no tiene bienes para poder perseguir los bienes del fiador como lo seria en el caso del beneficio de excusión.

Cabe resaltar que el fiador solidario se obliga al cumplimiento de la obligación solidariamente, es decir no se limita a la del simple fiador o a un porcentaje de la deuda cuando son cofiadores, si no que su calidad pasa de ser fiador a codeudor solidario, viendo esta figura desde el acreedor al fiador, pero referente a los demás cofiadores sigue siendo un fiador.

Por lo anterior en la fianza simple, vemos una responsabilidad hasta el valor que le corresponde del monto de la deuda como fiador, y en la fianza solidaria encontramos una responsabilidad mayor en la cual es ilimitado el compromiso de pago.

Es importante mencionar lo dicho por el Dr Fernando Hinestrosa en su libro el tratado de las obligaciones.

El fiador no es deudor y por tanto, responde sin tener debito propio, en la fianza, la respectiva relación, lleve ese nombre u otro es de garantía personal, con un tope máximo señalado por el monto y los términos de la Obligación principal; el fiador no puede obligarse a más ni en términos mas gravosos que el deudor: cuantía, tiempo, lugar, condición, modo, pena, garantía que habrá de reducirse a dicho limite en cuanto exceda de él, su valor y demás. caracteres serán los expresados en el titulo pero se entiende, si nada aparece en contrario, que comprende el crédito con todos sus accesorios. (Hinestrosa, 2007, pág. 85)

3.4 Análisis de la línea jurisprudencial.

3.4.1. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC4659-2017. La parte demandante siendo la compañía aseguradora pretende de manera fundamental, establecer que dentro del contrato de seguro en el cual se ejerció su cumplimiento, no genero sus efectos con una de las demandadas ya que existió una inexistencia del riesgo asegurable; como forma de subsidio la nulidad del negocio jurídico por falta de autorización suficiente del representante legal del tomador; como la segunda parte subsidiaria, solicitó que se reconozca la nulidad de la relación contractual por reticencias o inexactitudes.

Es así que dentro de la primera instancia se accedió a la pretensión principal, pero dentro de la segunda instancia se revocó la sentencia para negar las pretensiones. La Corte CASÓ la

sentencia al hallar que estaban acreditados los manifiestos de errores de hecho por preterición de las pruebas. Por consiguiente en sentencia sustitutiva se declaró no comprobadas las excepciones, y se modificó la afirmación de ineficacia del contrato de seguro con el fin de presentar en su lugar la nulidad por reticencia. Por ende se confirmó los demás aspectos de la sentencia y condenó en costas de segunda instancia a la demandada apelante.

Consideraciones de la corte Constitucional fueron las siguientes:

El examen conjunto de estos cargos, sin necesidad de los otros, obedece a su conexidad sustancial y probatoria. La primera, porque la denunciada vulneración de las normas sustanciales arraiga en los requisitos de existencia y validez del contrato de seguro materia de cuestionamiento; y la segunda, en la medida en que las pruebas esgrimidas para ambas formas de controvertir el negocio jurídico -ineficacia y nulidad por reticencia o inexactitud-, son en buena parte las mismas.

Introduciéndose al tema de fondo, procede anticiparse que ciertamente tienen fundamento los evidentes errores de hecho revelados en el recurso, aunque con la precisión de que su acaecimiento no alcanza a demostrar la ineficacia del contrato de seguro que pretende fundarse en el artículo 1055 del Código de Comercio, iterada en el cargo segundo; sí la nulidad por reticencia invocada con base en el precepto 1058 ibídem, exhortada en el cargo tercero, por cuanto el sentenciador ad quem se desentendió por completo del acervo probatorio recogido en este proceso, incluyendo el expediente tramitado en primera instancia por el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá, que fue trasladado a este asunto, por petición y anuencia de ambas partes.

La ineficacia como prototipo radical de frustración del negocio jurídico, conforme a la disposición 897 del ordenamiento mercantil, tiene lugar cuando en la ley se expresa «que un acto no produce efectos», consecuencia que se produce «de pleno derecho» y «sin necesidad de declaración judicial», vale decir, que es una carencia de efectos que acontece de manera plena y absoluta, sin que sea menester pronunciamiento del juez, quien a lo sumo podrá reconocer los presupuestos y secuelas de dolencia negocial semejante. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC4659, 2017).

Es de esta manera, que la Corte Constitucional decide resolverlo así:

Como primero se decidió alterar el numeral primero de la sentencia de primera instancia apelada, proferida en este proceso por el Juzgado 2 Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, en el sentido de declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

Segundo lugar se decidió modificar el numeral segundo dado que se rechaza la pretensión principal de ineficacia del contrato de seguro entre la demandante Compañía Agrícola de Seguros S.A., hoy Compañía Suramericana de Seguros S.A., como asegurador, y Atlantic Coal de Colombia S.A., como tomador. En su lugar, de acuerdo con la segunda pretensión subsidiaria, se establece la nulidad de dicho negocio por reticencia.

Como tercero punto se decide confirmar en lo demás la sentencia apelada.

En el cuarto se decide condenar en costas de segunda instancia a la demandada Glencore Colombia Ltda. Para su valoración el magistrado ponente fija, como agencias en derecho, la suma de veinticinco millones de pesos (\$25'000.000).

3.4.2. Corte Constitucional. Sentencia T-750-1998. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria Sentencia T-750-1998), el demandante expresa haber realizado un contrato de arrendamiento de un bien inmueble situado en Bucaramanga, suscrito como fiador del señor Rafael Bautista Rueda, con los señores Martín Pérez Aguirre y Dimas Sampayo Noguera.

El señor Rafael Bautista Rueda, se encontraba en mora por el no pago de los cánones de arrendamiento por varios meses, a razón de esto fue requerido para que pagará la obligación en calidad de fiador, y como no se pudo conseguir el pago por parte del señor Rafael Bautista Rueda, el apoderado de los arrendadores, doctor Manlio de Jesús Barranco Ortíz, inició proceso ejecutivo en contra del actor demandante. En dicho proceso ejecutivo, se ordenó el embargo y secuestro del apartamento en que éste habita con su familia, así como el de los muebles y enseres contenidos él. Igualmente, se ordenó el embargo de la quinta parte de su salario como empleado de Telecom.

Los hechos que se expusieron anteriormente, igualmente son los que fueron expuestos en el escrito de tutela, y no existe ningún elemento probatorio que los sustente.

El demandante requiere o pide que se ordene al apoderado de los arrendadores que empiece o inicie con el proceso de restitución de bien arrendado, si tiene el poder para ello, o, en su defecto, ordenar a los señores Martín Pérez Aguirre y Dimas Sampayo Noguera otorgar el poder para el efecto. Igualmente, solicita la condena en perjuicios por la suma de tres millones de pesos (\$ 3.000.000).

Sentencia de primera instancia. Por medio de la sentencia del ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, respondió negativamente el amparo solicitado por el actor y lo sancionó a él y a su apoderado, con una multa equivalente a diez (10) salarios mínimos por considerar que la acción fue interpuesta de forma temeraria.

En vista de que la concepción que entrego el mencionado Tribunal, ni de los hechos narrados ni del escrito de tutela puede deducirse cuáles son los derechos fundamentales vulnerados, dado que no fueron expuestos claramente. Entiende que cuando un arrendador decide acudir a una vía procesal que no consulta los intereses del coarrendatario, ello no desconoce derechos fundamentales de éste. Es claro, dice el Tribunal, que el arrendador podía acudir a la vía ejecutiva para obtener el pago de lo debido, proceso en el que el actor podía participar activamente. Razón suficiente para denegar el amparo solicitado.

Del mismo modo, el Tribunal por considerar que las pretensiones fueron absurdas, y tomando en consideración que fueron presentadas por un profesional del derecho, tomo la decisión de sancionar por temeridad tanto al señor Luis Eduardo Bautista Rueda, el demandante,

como a su apoderado, por la suma de diez (10) salarios mínimos, con fundamento en el artículo 74 del Código de Procedimiento Civil.

Dicha decisión fue Impugnada. El apoderado del demandante entrego un escrito por el cual impugno la decisión anterior.

En el cual expone que acudió a la acción de tutela, por ser el único instrumento que podía entregar una protección real e inmediata a su representado, dado que el proceso ejecutivo que se efectuó en su contra, ya se encontraba en la etapa de remate y no existe otro medio conocido para conseguir que los arrendadores inicien el proceso de restitución. Considera igualmente injusta la sanción por temeridad, porque dice que actuó movido por un interés de justicia para con su cliente.

Sin embargo se decide resolver de la siguiente forma:

Se confirma la decisión proferido por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso de tutela instaurado por Luis Eduardo Bautista Rueda, representado por apoderado, en contra Manlio de Jesús Barranco Ortíz y otros.

Conclusiones

La fianza es definida como una obligación que se obtiene con el fin de pagar o saldar una obligación que le pertenece a otra persona, en caso de que el deudor principal no cumpla con dicha obligación el fiador tendrá e pagar como garante de la obligación.

La fianza siempre ha sido considerada como un contrato, la cual posee dos relaciones independientes intrínsecas a su naturaleza, la primera relación se presenta entre el acreedor de la deuda y el fiador, la segunda relación jurídica se da entre del fiador y el deudor principal de la obligación.

Es así que el contrato de fianza se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades entre el acreedor y el fiador, sin necesidad de la autorización del deudor principal de dicha obligación, en este sentido la fianza no necesita de ninguna solemnidad para su perfeccionamiento, dado que esta puede ser constituida aun en contra de la voluntad del deudor principal.

En concordancia con el problema jurídico planteado en esta monografía jurídica de investigación, es jurídicamente viable el otorgamiento masivo de fianzas en nuestro país.

Es de anotar que no existe actualmente algún impedimento jurídico u normativo que restrinja a una persona capaz para que actué como fiador, es decir que esta persona se dedique a afianzar obligaciones de forma profesional, es decir, de una manera repetitiva y habitual, con la finalidad de obtener de ello un lucro económico a cambio de afianzar obligaciones ajenas.

No obstante, en el estudio minucioso de la fianza se puede identificar que esta figura jurídica, está siendo relegado en la época actual, debido a que existen diferentes figuras que resultan más beneficiosas para garantizar los créditos en Colombia, dado que las garantías personales como las reales, no son tan eficaces en el momento de exigir el pago de la garantía, dado a las múltiples herramientas que nos brinda la norma para proteger el patrimonio de quien garantiza la deuda, dejando de lado los interés del acreedor.

Por lo tanto, existen otros contratos de garantía diferentes a la fianza que pueden prestar una mejor garantía como es la figura del leasing, en la cual es un contrato atípico, que no se encuentra regulado directamente por una norma, si no que este está regulado por lo que se encuentra establecido en el mismo contrato, y por la analogía aplicable a los contratos de mandato, arrendamiento y compra venta, de igual manera encontramos unos decretos de carácter mercantil que nos da regulación sobre este contrato, como lo es Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Decreto 663 de 1.993 con rango de ley , el segundo el Decreto Único del Sistema Financiero Decreto 2555 de 2010 – y el tercero la Circular Básica Jurídica de las Superintendencia Financiera Circular Externa 07 de 1996 -.

En este tipo de contratos encontramos que el bien objeto o que presta garantía se encuentra siempre en cabeza del acreedor y hasta tanto no se realice el pago de las cuotas no se transfiere el bien, esto en leasing con opción de compra; este contrato es muy utilizado por las empresas para la compra de maquinaria, También es muy utilizado para la compra de Vivienda, es decir compra o arrendamiento de muebles e inmuebles.

En concordancia con lo dicho anteriormente, no se puede calificar las acción desarrollada por aquellas sociedades de afianzamiento inmobiliario, dado que estas se encargan de entregar u otorgar fianzas masivamente en nuestro país, comprendiendo su acción como una actividad aseguradora que se lucra económicamente de afianzar obligaciones, dichas acciones de las sociedades de afianzamiento inmobiliario no quebranta la ley, ya que nuestra jurisdicción normativa tiene un ente regulatorio que se encarga de expedir normas de carácter financiero, en donde se reglamenta la actividad aseguradora por medio de la ley 45 de 1990, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dicha ley se encarga de limitar o restringir el desarrollo de la acción aseguradora ejercida por las entidades aseguradoras, las cuales estarán bajo vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Referencias

Congreso de la República. (1887). *Código Civil Colombiano*. Legis.

Enciclopedia Jurídica. (19 de 11 de 2019). *Enciclopedia Jurídica*. Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/fianza/fianza.htm>

Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las Obligaciones* (3 ed., Vol. I). Universidad Externado de Colombia.

Ámbito jurídico. (2016). Contratos de fianza no son garantía de cumplimiento en contratación pública. 07 de Octubre. Obtenido de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/administrativo-y-contratacion/contratos-de-fianza-no-son-garantia-de-cumplimiento>

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Legis Editores S.A., Bogotá, 2012, Vigésima Séptima Edición.

Congreso de la República. Acto legislativo 03 de 2002. Por el cual se reforma la Constitución Nacional. Diario Oficial 45040 del 19 de diciembre de 2002. Recuperado: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6679>

Congreso de la República de Colombia. Ley 46 de 1923. “Por el cual se trata sobre instrumentos Negociables”. Obtenido de: juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1822284

Congreso de la República de Colombia. Ley 57 de 1887. “Por medio de la cual se expide el Código Civil” Bogotá. Editorial Legis.

Congreso de la República de Colombia. Ley 1564 de 2012. “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso” Bogotá. Editorial Legis.

Congreso de la República de Colombia. Decreto 410 de 1971. Diario Oficial No. 33.339 del 16 De junio de 1971. “Por el cual se expide el Código de Comercio”. Bogotá. Editorial Legis.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2017). Sentencia SC4659. Radicación n° 11001-31-03-023-1996-02422-01. [M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo].

Corte Constitucional. (1998). Sentencia T-750. [M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (2008). Ref. 11001 31 03 016 1994 03216 01. [M. P. Pedro Octavio Munar Cadena].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (1996). Sentencia C-154. [M. P. Antonio Barrera Carbonell]

Corte Suprema de Justicia. Corte Constitucional (2003). Sentencia T-734. [M. P. Alberto Rojas Ríos]

Cortés, E. & Rueda N. (2016). La fianza como negocio típico de garantía en el derecho civil brasileño. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad de Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Brasil. Obtenido de:
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4804/5715>

Derecho UNED. (2017). El contrato de fianza Ideas generales: fianza subsidiaria y fianza solidaria. Obtenido de: <http://derecho.isipedia.com/segundo/derecho-civil-ii/derecho-de-contratos/24-la-fianza>

Enciclopedia Jurídica (2019). Concepto de contrato de fianza. Obtenido de:
<http://www.encyclopedia-juridica.com/d/fianza/fianza.htm>

Ferre, A. M. (2017). Los Garantes de Deudas Ajenas -Fiadores- y su Calificación como Consumidores a la luz del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Derecho Comercial. Chimbote – Perú. Obtenido de:
http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/10270/ferre_ma.pdf?sequence=1&isAllowed=y

García Pérez, Alfonso. (1992). Títulos Valores, Bogotá. Ediciones Fundación Jurídica Colombiana, 1992, pág. 84.

Revista hechos y derechos.(2012). Los riesgos del contrato de fianza y cómo dejar de ser fiador.

Juan Carlos Muñoz. Obtenido de: <https://munozmontoya.com/2012/11/19/los-riesgos-del-contrato-de-fianza-y-cmo-dejar-de-ser-fiador/comment-page-1/>

José Alejandro Bonivento Fernández. (2017). Los Principales Contratos Civiles y Comerciales. (Tomo II). Librería Ediciones del Profesional. LTDA.