

Fianza solidaria y simple solidaridad

Karen M. Mutis

Universidad Pontificia Bolivariana

Nota del autor

Egresada de la Facultad de Derecho, de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana en el año 2013, Colombia, karenmutisgiraldo@hotmail.com.

**RESUMEN**

En la evolución en las operaciones de crédito actuales, las cuales se celebran por intermedio de entidades bancarias, suelen establecerse dentro de sus políticas crediticias, la multiplicidad de deudores de una obligación, esto buscando minimizar los riesgos de impago por parte del deudor principal, lo cual se logra a través de codeudores o de fiadores, sumándose en esta forma más patrimonios como prenda general para garantizar dicha obligación. Es usual entonces encontrar contratos tipo de fianza solidaria para la garantía de dichas obligaciones, donde el fiador renuncia a los beneficios de excusión y de división y se asemeja entonces a un codeudor. Es por ello que en el presente escrito se habrá de analizar las implicaciones jurídicas, prácticas y económicas de la utilización de estas dos figuras como instrumentos de garantía en la dinámica crediticia moderna.

**PALABRAS CLAVE:** Crédito, Garantía, Fianza, Solidaridad, Obligaciones Conjuntas.

**ABSTRACT**

In the evolution of the current credit operations, which take place through banks, usually set in their lending policies, multiplicity of debtors of an obligation, this seeking to minimize the risk of default by the principal debtor, this is achieved through co-debtors or guarantors, adding in this way as more general pledge assets to secure the obligation. It is then usual to find types of joint guarantee contracts to guarantee such obligations where the guarantor waives the benefits of discussion and division and then resembles a cosigner. That is why in this essay will have to analyze the legal, practical and financial implications of using these two figures as collateral instruments in modern credit dynamics.

**KEY WORDS:** Credit, Guarantee, Bail Agreement, Solidarity, Joint Liability.

## **INTRODUCCIÓN**

En el presente trabajo, se pretende exponer la problemática que trae consigo las figuras de la fianza solidaria y la simple solidaridad, en la cual se pretende establecer si son figuras que podrían considerarse similares o tienen diferencias sustanciales.

Esta inquietud surge durante la realización de la práctica corporativa en la Gerencia de Banca Empresas y Gobierno de BANCOLOMBIA S.A., que además de permitir fortalecer y aplicar los conocimientos adquiridos durante el proceso de formación, brinda la oportunidad de conocer de primera mano las operaciones de crédito celebradas por una entidad bancaria, en especial con personas jurídicas y con entidades gubernamentales.

La experiencia descrita evidenció la importancia de estudiar las operaciones de garantía, en especial aquellas en las cuales la entidad financiera busca obtener el mayor respaldo a través de múltiples deudores o garantes, minimizando así el riesgo de impago de la respectiva obligación; y dentro de estas operaciones existe la posibilidad de establecer los múltiples deudores como deudores solidarios o como fiadores de un deudor principal, por lo que es necesario solucionar el siguiente interrogante ¿la fianza solidaria es fundamentalmente idéntica a la solidaridad simple o existe diferencias remarcables entre ellas?

Para lograr este propósito se ha dividido el trabajo en dos capítulos: en el primer capítulo se ubicará y delimitará conceptualmente dentro del régimen jurídico ambas figuras como instrumentos de garantía, no sin antes realizar una breve aproximación a las obligaciones conjuntas. En el segundo capítulo se realizará la comparación de las principales diferencias entre ambas figuras, con especial consideración de la función económica que cumplen y estudiando las líneas de pensamiento que se han decantado jurisprudencialmente al respecto.

Lo anterior, con el ánimo de analizar los impactos e implicaciones jurídicas que tiene estas dos figuras, y lograr determinar qué consecuencias generan, analizando los efectos de estas figuras tanto para el acreedor como para el deudor o garante.

Finalmente, se plantearán las conclusiones a las que se puede llegar después de estudiar el tema e investigar las posibles soluciones que se han esbozado en esta materia.

**FIANZA SOLIDARIA Y SIMPLE SOLIDARIDAD**

Es necesario partir para un mejor entendimiento de las figuras de la fianza simple y la simple solidaridad, con una breve aproximación al régimen de las obligaciones conjuntas que podrá ayudar a un mejor entendimiento de la situación planteada.

Así pues, se ha de partir del entendido que se requiere por lo menos de un deudor y un acreedor para que una obligación surja. Pero también es usual que en el giro ordinario de los negocios modernos, en especial en la dinámica crediticia actual, se presente la situación en la que el vínculo obligatorio se dé entre dos o más acreedores, o entre dos o más deudores; Esta pluralidad de sujetos activos o pasivos ha de influir directamente en el régimen jurídico de las obligaciones, pues da lugar a diferenciar entre las obligaciones conjuntas o las obligaciones solidarias.

Las obligaciones conjuntas se entienden entonces como aquellas en las cuales existe una pluralidad de sujetos acreedores o deudores, de modo que cada deudor estaría obligado únicamente a la cuota que le corresponde de la deuda y cada acreedor solo podrá cobrar parte en el crédito.

Esta premisa constituyen la regla general en el Derecho Colombiano, pues la solidaridad y la indivisibilidad son instituciones de excepción, en el código civil colombiano se establece claramente que si en el contrato se ha pactado la forma en que debe dividirse la obligación se tendrá que aplicar conforme a lo estipulado en él, pero si las partes nada estipularon al respecto la obligación habrá de dividirse en partes iguales.

Así pues si X le presta un millón de pesos a K y M, X solo podrá cobrar a K lo le corresponde de la obligación ósea medio millón de pesos.

Las obligaciones conjuntas pueden surgir de manera primitiva como conjuntas o pueden derivarse en conjuntas en virtud de hechos posteriores a la celebración del contrato que dio origen, como por ejemplo X le presta un millón de pesos a K, pero K muere dejando dos herederos, así la obligación que en principio solo era de K ahora es de sus dos herederos en los cuales se divide la obligación, y X solo podrá cobrar medio millón de pesos a cada uno de ellos.

Como se ha observado la pluralidad de vínculos que se generan en las obligaciones conjuntas destrozan la unidad de la obligación, pero es necesario advertir que no existen tantos vínculos independientes como sujetos activos o pasivos hayan, así pues si K y M le deben un millón de pesos a A y Z, cada uno de los deudores solo estará obligado a pagar solo medio millón de pesos y cada uno de los acreedores solo podrá cobrar medio millón de pesos, así pues si A le cobra a K y este paga, su obligación desaparece.

Así pues las mayores implicaciones de estas obligaciones conjuntas son:

- Cada uno de los deudores es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda y cada uno de los acreedores solo tiene derecho a demandar su parte o cuota del crédito.
- La cuota del deudor insolvente no agrava a los demás
- La constitución en mora de uno de los deudores no constituye en mora a los demás.
- La prescripción solo benéfica o perjudica a las partes frente a su respectiva cuota por lo que no se hace extensible a los demás.

Con esta base se procederá entonces a estudiar el régimen de las obligaciones solidarias las cuales se constituyen como una excepción a la regla antes establecida y son el objeto de estudio principal en esta ocasión.

### **OBLIGACIONES SOLIDARIAS**

Este tipo de obligaciones son una modalidad como lo menciona el profesor Guillermo Ospina Fernández (2008) “que impide la división normal de las obligaciones subjetivamente complejas cuyo objeto sea naturalmente divisible, haciendo que cada acreedor o cada deudor lo sea respecto a la totalidad de la prestación”(p.234). Entonces encontramos que puede existir una relación entre un deudor y varios acreedores o entre un acreedor y varios deudores, en la cual se le puede exigir el cumplimiento de la obligación por parte del acreedor a cualquiera de los deudores o puede darse la situación contraria y es que el deudor puede pagarle a cualquiera de los acreedores.

Para lograr un acercamiento y comprensión a este tema se procede a enunciar unas características comunes en este tipo de obligaciones:

1. Pluralidad de los sujetos activos o pasivos.
2. Pluralidad de vínculos entre el acreedor o acreedores y deudor o deudores.
3. La unidad del objeto o prestación.

En principio es necesario advertir que existen tres clases de solidaridad según los artículos 1570 y 1571 del código civil:

**Solidaridad activa:** encontramos un deudor con dos o más acreedores solidarios, el cual si no ha sido requerido por alguno de los acreedores, podrá elegir facultativamente a cualquiera para pagarle.

**Solidaridad pasiva:** en esta situación encontramos una pluralidad de deudores y aquí el acreedor podrá requerir el pago a todos los deudores o elegir a uno de ellos.

**Solidaridad mixta:** aquí encontraremos multiplicidad de deudores y también de acreedores es decir, que la misma obligación puede ser, a la vez, activa y pasivamente solidaria.

Hechas estas precisiones el presente trabajo profundiza sobre la solidaridad por pasiva buscando sus elementos diferenciadores y aquellos que comparte con la fianza solidaria, a efectos de determinar las consecuencias de estos.

### **SOLIDARIDAD POR PASIVA**

Como se esbozó anteriormente, este tipo de solidaridad consiste en una relación en la cual existen varios deudores que deben cumplir una misma obligación frente a un acreedor en común y cada uno de estos tiene la obligación de pagar la totalidad de la deuda. Este tipo de circunstancia beneficia al acreedor ya que genera una garantía más sólida y segura al lograr que el sujeto pasivo se multiplique y de esta manera se multipliquen las opciones del cumplimiento efectivo de la prestación, ya que se encontrara no solo con uno sino con varios patrimonios que directamente responden por el cumplimiento total de dicha obligación, además minimiza los costos de la cobranza.

Si bien esta situación se considera como excepcional, en la dinámica de las operaciones de crédito actuales, la solidaridad entre codeudores se ha vuelto la regla general, ya sea porque es expresamente pactada en la realización de la operación a modo de contrato tipo y a través de los contratos de adhesión, o por que opera la presunción establecida en el artículo 825 del código de comercio, en el entendido que un gran porcentaje de las operaciones de crédito son con presencia de una entidad crediticia, lo que denota el carácter mercantil de la relación aun si se tratase entre una entidad de crédito y una persona natural, pues en este caso estamos frente a una operación mercantil en virtud del artículo 22 del código de comercio.

Es necesario entonces enunciar las consecuencias de las obligaciones solidarias a saber:

a) Cualquier modo de extinguir la obligación de un codeudor solidario, la extingue frente a los demás por regla general:

1. El pago total o parcial de la obligación por parte de alguno de los codeudores solidarios, aplica también para los demás, por lo tanto el acreedor solo podrá cobrar el saldo insoluto de la obligación.
2. La novación entre un codeudor solidario y el acreedor extingue la obligación primitiva y por ende quedan liberados los demás codeudores a no ser que voluntariamente accedan a participar de la nueva obligación.
3. La compensación que opere entre un deudor solidario y el acreedor, opera por el solo ministerio de la ley, aun así los demás codeudores no tengan conocimiento de ello, quedando entonces extinguida la deuda hasta por el monto compensado.
4. La confusión en la cual en uno de los sujetos se reúnen las cualidades de acreedor y deudor, la obligación se extingue frente a todos los codeudores.
5. La condonación entre un acreedor y el deudor solamente libera a aquel deudor a quien condonó, pero no libera a los demás codeudores.

b) El acreedor tiene la facultad de demandar a todos los deudores por el total de la obligación o demandar a uno o algunos de los deudores en particular y reclamarle la totalidad de la obligación. Lo importante aquí es que los

deudores no podrán proponer el beneficio de división pues en la solidaridad están renunciando a este y deberán garantizar el pago total ya sea por uno, unos o todos los deudores.

c) Los vínculos entre acreedor y codeudores solidarios pueden ser diversos modos ya que unos pueden ser simples y otros sometidos a plazo o condición, por lo que no se predicara una representación recíproca entre los codeudores, así si uno de los ellos ingresa en mora no necesariamente implica que los demás también lo estén.

d) La vinculación del acreedor con el codeudor puede ser válida o estar viciada, y esto no afectara la vinculación de los demás codeudores ya que es una situación en particular que debe ser analizada solamente desde el punto de vista del codeudor implicado.

e) Si se interrumpe la prescripción de uno de los codeudores solidarios se interrumpe también frente a los demás.

Una vez estudiados los efectos de la solidaridad por pasiva es necesario pasar a estudiar las acciones que poseen los codeudores frente al ataque lanzado por el acreedor

Los codeudores solidarios podrán oponer la siguientes excepciones: previas que son las referentes al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo, y las excepciones de fondo que son las que se oponen a lo sustancial de la pretensión y que están constituidas por todos aquellos beneficios en virtud de los cuales las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida, si alguna vez existió.

Dentro de las excepciones de fondo los deudores pueden oponer dos tipos de ellas: Las reales y las personales que a continuación se estudian con más detalle.

**Las excepciones reales:** son aquellas que recaen sobre la fuente de la obligación solidaria, por lo tanto una vez decretada alcanza a afectar todas las obligaciones provenientes de ella, y se constituyen en las siguientes

1. La falta del objeto o el objeto ilícito
2. Causa lícita
3. Vicios de forma referentes a la naturaleza del acto jurídico.

También se consideran excepciones reales aquellas que no surgen de un vicio la fuente de la obligación del deudor, sino que van encaminadas a demostrar una extinción de la fuente de la obligación como el pago, la novación, la confusión, la compensación, la pérdida de la cosa que se debe y la prescripción.

La característica principal de las excepciones reales es que pueden ser alegadas por todos los codeudores solidarios.

**Las excepciones personales son:** Algunas de estas excepciones también se fundan en la fuente de la obligación, pero su mayor característica es que solo son alegables por el beneficiario de la nulidad respectiva, y no por todos los otros codeudores, también como se mencionó anteriormente en los efectos principales de la solidaridad existe un modo de extinción de la obligación que solo la extingue para un determinado deudor, como lo es el caso de la condonación a favor de un solo deudor.

Considerando que los vínculos entre el acreedor y los codeudores solidarios pueden ser diversos modos ya que unos pueden ser simples y otros sometidos a plazo o condición, es apenas lógico que solo se pueda beneficiar cada deudor dependiendo de su modalidad. Así pues las excepciones personales se pueden resumir en las siguientes:

1. La incapacidad

2. Consentimiento insano o ilícito
3. Plazo o condición pendiente

Ahora bien, se procederá a analizar cuando opera la extinción de la solidaridad por pasiva que se da únicamente cuando del acreedor renuncia a ella, esta renuncia puede ser expresa que es cuando el acreedor manifiesta sin equivocación alguna que renuncia a dicho beneficio a favor de alguno o de todos los codeudores, o tácita cuando el acreedor tenga una conducta que permita interpretar que su voluntad es renunciar a la solidaridad, como por ejemplo cuando el acreedor exige o recibe de cada codeudor su correspondiente cuota en la deuda, y no dice nada al respecto de la solidaridad o se reserva el derecho de cobrarle la totalidad a dicho codeudor.

Esta extinción tiene los siguientes efectos entre los codeudores solidarios:

1. Si la renuncia del acreedor es general, ósea que opera frente a todos los codeudores se dará entonces la división de la deuda, y cada codeudor quedara obligado de manera conjunta a prorrata de su cuota en el crédito. Si no se ha estipulado nada al respecto de la participación de los codeudores en la deuda la ley presume que la obligación contraída en común por varias personas interesa por igual a todas ellas, por lo que en este caso cada uno de los codeudores quedaría obligado en partes iguales al pago del crédito.
2. Si la renuncia del acreedor es individual, únicamente limitara al deudor beneficiario a su cuota en la deuda o a la parte que haya pagado al acreedor, pero la acción solidaria frente a los demás codeudores persiste aun por el monto del saldo insoluto de la deuda.

Ahora bien para cerrar el tema de la solidaridad por pasiva se estudiara los efectos de esta entre los codeudores solidarios

El principal efecto es la división de la deuda, pues si bien en los codeudores solidarios frente a la acción del acreedor han de cubrir la totalidad de la deuda, no significa que ya en lo referente frente a los demás codeudores solidarios, que el deudor que haya pagado deba soportar toda la carga de la obligación, pues una vez extinguido el vínculo con el acreedor, la deuda se divide entre cada uno de los codeudores.

Como se enuncio anteriormente la deuda habrá de dividirse entre los codeudores a prorrata de sus cuotas en el respectivo crédito, así pues que la deuda puede resultar dividida en partes desiguales o inclusive que algún deudor quede completamente libre, pues no tenía interés alguno en la obligación y actuaba mas como un deudor de favor para fortalecer la garantía.

Para la división de la deuda se atenderá a lo estipulado por las partes y si esta estipulación no existirse y acudiendo a la analogía de las normas de la comunidad habrá de presumirse que la cada uno de los codeudores solidarios son obligados por partes iguales, advirtiendo obviamente que esta presunción puede ser desvirtuada por prueba en contrario.

El codeudor que ha pagado la deuda, o que ha dado lugar a la extinción de la obligación por alguno de los mecanismos antes mencionados, queda subrogado en el derecho del acreedor con todos sus privilegios y seguridades incluyendo las prendas hipotecas, pero este deudor subrogatario solo podrá cobrar a cada uno de los otros codeudores la parte o cuota que tenga éste en la deuda, pues la solidaridad se apaga en cuando se extingue la relación con el acreedor, así pues las obligaciones entre los codeudores solidarios son conjuntas, y si uno de los codeudores es insolvente, la cuota de ese insolvente se reparte entre todos.

Así pues quedan abordados los principales aspectos de la solidaridad por pasiva, a continuación procedemos a estudiar el contrato de fianza y en especial la

fianza solidaria para luego realizar el comparativo entre estas figuras y lograr identificar sus diferencias y similitudes.

### **EL CONTRATO DE FIANZA.**

En términos generales por la figura del contrato de fianza se entiende que es un acuerdo de voluntades que tiene la intención de atar a un tercero a una obligación ajena, para que garantice el cumplimiento de ésta. Es así como el acreedor minimiza los riesgos del cumplimiento de la obligación pues lo cubre de una eventual insolvencia de su deudor.

El contrato de fianza se encuentra regulado en el TÍTULO XXXV del Código Civil, sin que el código de comercio halla estipulado ninguna regulación al respecto y por ello podría decirse que la fianza es civil, cuando se garantizan obligaciones civiles o intervienen fiadores civiles y es comercial cuando se garantizan obligaciones comerciales, o cuando el fiador es un comerciante; esta distinción es de gran importancia pues si la fianza es civil no habrá lugar a la presunción de solidaridad en caso de cofiadores, en cambio en la fianza mercantil esta solidaridad se presume.

Señala el artículo 2361 del código civil que la fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple.

De esta definición se pueden extraer las principales características del contrato a saber:

**Accesorio:** Lo que presupone la preexistencia de una obligación principal que se garantiza y por consiguiente corre la suerte de esta.<sup>1</sup>

**Consensual:** Se perfecciona con el acuerdo entre las partes, siendo el consentimiento expreso necesario, pues se proscribieron la presunción de la fianza en virtud del artículo 2373 de código civil. Es necesario advertir que el deudor no hace parte del contrato de fianza, pues inclusive éste se puede celebrar sin que este tenga conocimiento o esté de acuerdo el deudor.

**Personal:** Pues el fiador no vincula en principio ningún bien al cumplimiento de la obligación, simplemente se coloca en la posición del deudor, por lo que el acreedor suma así otro patrimonio más como prenda general.

**Gratuita:** La fianza es gratuita por naturaleza, pues el fiador no recibe ninguna contraprestación por serlo, pero nada obsta para que el fiador pacte con el deudor una remuneración por el servicio que presta; este sería entonces un contrato paralelo al contrato de fianza siendo un contrato innominado, pues el deudor no es parte del contrato de fianza, por lo que la estipulación que realice el fiador con el deudor no está vinculada al contrato dicho contrato.

En caso tal que el acreedor remunere al fiador por el servicio prestado, es posible que nos encontremos frente a otra figura contractual ya muy similar al contrato de seguro donde el acreedor paga una prima para trasladar el riesgo de impago a la aseguradora.

**Unilateral:** Desde el punto de vista que de las obligaciones el único obligado es el fiador, quien ante un eventual incumplimiento del deudor debe pagar la obligación de éste.

---

<sup>1</sup> De esto se deriva que el fiador no pueda obligarse a más de lo que se obliga el deudor, ni puede ser más gravosa su obligación, no solo con respecto a la cuantía sino respecto al tiempo, a la condición o al modo de pago.

**Tracto sucesivo:** La obligación del fiador está sujeta a la del contrato principal, por lo resulta imposible ser cumplidas en un momento distinto, por lo tanto duran hasta que el contrato principal se extinga o termine.

**Tiene un carácter patrimonial:** La fianza tiene esencialmente un carácter patrimonial, será siempre en dinero, si la obligación principal consiste en una prestación de dar o no hacer, o de dar alguna cosa distinta a dinero, la fianza será por los perjuicios que genera el incumplimiento y dichos perjuicios siempre tendrán un contenido pecuniario.

**Transmisible:** En cuanto a los derechos y obligaciones del fiador pasan a sus herederos

Establecidas las características principales del contrato de fianza se procederá entonces a estudiar sus dos principales clasificaciones, la fianza simple y la fianza solidaria:

**La fianza simple:** Es aquella en la que el fiador garantiza la obligación principal sin consecuencias distintas a las que se establecían en el contrato principal. En este tipo de fianza el fiador conserva los beneficios de excusión y de división, que se tratan más adelante, por ejemplo si A compra una casa a plazo y B le sirve como fiador, llegado el plazo y A no paga, el acreedor demanda a B y este puede proponer el beneficio de excusión.

**La fianza solidaria:** La fianza solidaria puede referirse a la obligación principal o a la obligación subsidiaria de los fiadores. En el primer caso entre el deudor y el fiador existe solidaridad por lo que el fiador no goza entonces del beneficio de excusión. En el segundo caso la solidaridad surge entre los diversos fiadores, por lo que estos no podrán oponer el beneficio de división del crédito entre ellos.

Para efectos de entender entonces las diferencias entre las clases planteadas se procederá a explicar con más detalle los beneficios que goza el fiador dependiendo del tipo clase de fianza que celebre:

**El beneficio de excusión:** Este beneficio del fiador proviene del verbo latino *excutir*, que significa esculcar. Por lo tanto podrá el fiador solicitar al acreedor que persiga los bienes del obligado principal antes de acudir a él.

Señala el artículo 2383 del Código Civil 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 del deudor principal, y en las hipotecas y prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda”.

De esta redacción de la norma se desprende una de las características más importantes y es el carácter facultativo del fiador de proponer o no la excusión, y únicamente el acreedor estará obligado a realizarla cuando así se halla pactado entre las partes o cuando el fiador no se hubiere obligado a pagar sino lo que el acreedor no pudiese obtener del deudor.

Así pues, el acreedor no tiene la obligación de acudir en primer lugar al deudor para satisfacer la obligación vencida, sino que podrá elegir a su arbitrio si dirige sus pretensiones contra el deudor o contra el fiador, como lo advierte el doctor Jaime Alberto Arrubla Paucar (2013) “No es preciso señalar que solamente se puede dirigir contra el fiador en caso que el deudor no pague, no obstante que la definición del código civil lo insinúe no muy precisamente” (p.11).

El beneficio de excusión no procede sino por una sola vez. Además el art 2389 del código civil señala que la excusión parcial también vale. Así las cosas, cuando los bienes excutados no produjeren más que el pago parcial de la deuda, el acreedor está obligado a aceptarlo y no puede perseguir al fiador sino por la parte insoluta.

No son posibles para la excusión y se consideran excluidos, los bienes que están embargados o en litigio, los créditos de difícil cobro, los bienes sometidos a condiciones resolutorias, y los de difícil persecución como los bienes situados en el extranjero o fuera del domicilio del deudor.

Para que el fiador pueda proponer el beneficio de excusión del cual goza, se han de cumplir con los siguientes requisitos:

- Que el fiador no esté privado de este beneficio.
- Que el fiador lo proponga en tiempo oportuno
- Que se señalen al acreedor los bienes del deudor que deberán perseguirse para el cumplimiento de la obligación.
- Que se paguen los costos de la excusión si el acreedor lo solicita.

Este beneficio tiene unas condiciones según el artículo 2384 del Código Civil, que son:

- Que no se renuncie expresamente
- Que el fiador no sea codeudor solidario
- Que la obligación principal produzca acción, porque si es natural no hay lugar a este beneficio.
- No hay beneficio de excusión si la fianza es judicial.
- Que se oponga el beneficio luego de que sea requerido el fiador
- Que se señalen los bienes del deudor principal.

Así pues los principales efectos de la excusión se pueden resumir en los siguientes:

El primero de ellos es la suspensión del procedimiento contra el fiador, el juicio correspondiente se termina declarando que el fiador goza de este beneficio, y a partir

de ese momento el acreedor como lo señala el profesor Álvaro Pérez Vives (1986) “debe perseguir los bienes del deudor principal que el fiador ha denunciado, pues de no hacerlo la responsabilidad subsidiaria de este quedara limitada a la diferencia entre el valor de los bienes que hubiere señalado y el monto del crédito”(p.415)

El segundo efecto del beneficio de excusión es que si la persecución de los bienes señalados por el fiador tiene éxito este quedara libre de su obligación subsidiaria pues desaparece la obligación principal, pero si estos bienes no fueron suficientes para cubrir la totalidad del crédito, quedara viva la acción contra el fiador por la diferencia del crédito insoluto.

Ahora se procederá al estudio del segundo de los beneficios que tiene el fiador consistente en el beneficio de división que opera en el escenario de existir múltiples cofiadores.

**Beneficio De División:** Este beneficio del fiador se presenta siempre y cuando existan varios fiadores de un mismo grado<sup>2</sup>, y consiste en la facultad que tiene el fiador, de exigirle al acreedor que la deuda se divida entre todos los fiadores<sup>3</sup> y que a él solo se le cobre su cuota. Como lo señala el doctor Jaime Alberto Arrubla (2013) “Debe tratarse de cofiadores de una misma deuda aunque las fianzas se hayan otorgado por separado. Es necesario, además, que los cofiadores no se hayan obligado solidariamente.” (p. 15).

Es necesario en este punto entonces analizar el precepto contenido en el artículo 825 Código de Comercio donde se establece la presunción de la solidaridad por pasiva, y así cuando fueren varios los deudores, se presumirá que se han obligado

---

<sup>2</sup> Se puede afianzar la obligación principal y también la obligación misma del fiador, y así tendríamos varios fiadores de diferentes grados, llamados entonces subfiadores, a quienes afianzan a un fiador de mayor grado. Este se obliga en el caso en que no cumpla el deudor principal ni el fiador de primer grado.

<sup>3</sup> La insolvencia de uno de los cofiadores grava a los demás a menos que el cofiador insolvente tenga un subfiador.

solidariamente. La pregunta es ¿si se presentan varios cofiadores en un negocio mercantil, se presumirá la solidaridad? Se considera que no, pues como claramente lo estipula el apartado normativo refiere únicamente a los deudores. Pero el fiador, no es deudor de la obligación en sentido estricto, es garante de la misma gracias al carácter subsidiario que tiene y la norma no tiene el alcance entonces de convertir en solidarios a todos los garantes.

Así pues nuestro código civil da a las obligaciones de los cofiadores la calidad de conjuntas, esto significa que la división de la deuda opera de pleno derecho entre los cofiadores sin necesidad de que estos opongan el correspondiente beneficio, lógicamente se trata de cofiadores de una misma deuda y siempre que no se hayan obligado solidariamente.

Como la materia que nos ocupa en este estudio en particular es la fianza solidaria, cabe destacar nuevamente que puede existir dos subespecies de la misma, solidaridad frente al deudor la cual excluye el beneficio de excusión, y solidaridad frente a los demás cofiadores, advirtiéndose que en las operaciones de crédito actuales se han convertido en cláusulas tipo aquellas en las cuales el fiador renuncia a ambos beneficios indiscriminadamente.

Ahora bien para finalizar estudiaremos los efectos que tiene el pago realizado por el fiador al acreedor de la obligación principal:

Una vez el fiador paga la obligación principal, éste goza de las del derecho de repetición para ejecutar al deudor en busca que se le reembolse lo pagado, por ser esta la fianza una garantía de una obligación ajena, así pues podrá acudir por dos vías la primera de ellas a través de la acción de subrogación, en la cual el fiador se subroga en los derechos del acreedor contra el deudor principal ocupando el lugar de este con las mismas garantías que poseía aquel. La acción subrogatoria puede dirigirla el fiador contra el deudor principal, los codeudores solidarios y los cofiadores, es decir, contra

todas aquellas personas que en principio podría haber dirigido el acreedor su acción de cobro.

La segunda vía es a través de la acción de reembolso apoyada en el principio del enriquecimiento sin causa, pues cuando el fiador paga la obligación del deudor, extingue la obligación de este y genera un enriquecimiento en el patrimonio del deudor, en esta el fiador podrá cobrar al deudor el reembolso de lo que haya pagado por él, más los intereses y gastos así como la indemnización de perjuicios, según las reglas generales.

La acción de reembolso la puede dirigir el fiador contra el deudor, si es único; si hay varios deudores solidarios contra todos o cada uno por el total; pero si son varios deudores solidarios y se afianzó a uno solo, contra este únicamente puede entablar la acción.

La acción de reembolso solamente se puede intentar contra el deudor, en cambio la acción subrogatoria se puede intentar contra el deudor, cofiadores y codeudores.

Habiendo entonces estudiado las principales características de la fianza solidaria y la solidaridad por pasiva en el siguiente capítulo se procederá a realizar una comparación de las mismas, en busca de identificar sus elementos diferenciales.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LA FIANZA SOLIDARIA Y LA SIMPLE SOLIDARIDAD**

Cabe advertir que en este capítulo únicamente se hará referencia a las eventuales diferencias que existen entre la fianza solidaria y la solidaridad por pasiva, dejando por

fuera de este análisis la solidaridad por activa y la fianza simple y por ello lo relativo al beneficio de excusión y al beneficio de división de esta última.

Se iniciara entonces con la diferenciación de estas figuras de garantía, de una parte, se habla de la fianza solidaria; de la otra, se habla de la solidaridad por pasiva, como instrumentos de garantía del acreedor. Pero basado en las consideraciones expuestas se evidencian grandes diferencias, a saber:

1. Para que exista solidaridad es necesario que todos los codeudores se obliguen a una misma prestación ya sea de dar, hacer o no hacer. No ocurre lo mismo en la fianza, pues como se explicó anteriormente la obligación del fiador siempre será pecuniaria sin importar la naturaleza de la obligación principal, y es así como se denota el carácter accesorio de la fianza, que no lo comparten los codeudores solidarios.

Así pues el fiador solidario que se obliga al pago de una suma de dinero en caso de que el deudor principal incumpla su obligación de hacer o de dar una cosa que no sea dinero, como lo menciona el profesor Álvaro Pérez Vives (1986) “no es un codeudor solidario sino un fiador solidario que en ningún caso está obligado a ejecutar la prestación del deudor principal, porque si lo estuviera ya no se estaría en presencia de una fianza.” (p.358).

2. La solidaridad da a cada codeudor solidario el carácter de deudor principal; en cambio, en la fianza el fiador solidario se obliga subsidiariamente; pues si bien al obligarse solidariamente lo hace responsable en primer término y por el todo sin la posibilidad de oponer el beneficio de excusión y de división; no le quita su carácter de fiador, puesto que, no se obliga a ejecutar la prestación del deudor principal, sino a pagar una suma de dinero.

3. Para que exista solidaridad por pasiva si estamos en materia civil habrá esta que pactarse expresamente entre los codeudores, si nos encontramos ante una

situación mercantil la solidaridad por pasiva será presunta acorde a lo estipulado en el artículo 825 del código de comercio, así pues las partes en el contrato son directamente el acreedor y los codeudores. En la fianza, por el contrario no es necesaria la aceptación del deudor, ya que la intervención de este en el contrato es meramente incidental, y podrá inclusive existir el contrato de fianza contra su voluntad o sin su consentimiento, inclusive sin su conocimiento, adicional a ello y como se expresó anteriormente para que exista la fianza solidaria habrá de ser estipulada expresamente independiente si estamos frente a una relación mercantil o en una relación civil, pues el alcance del artículo 825 del código de comercio no es tal que se pueda hacer extensiva la presunción de solidaridad a los garantes de una obligación, pues la restringe únicamente a los deudores, situación que tiene pleno sentido pues normalmente todos los codeudores tienen un interés directo sobre la operación mercantil, por el contrario el fiador es un simple garante de una obligación ajena.

4. En la solidaridad por pasiva la obligación del codeudor solidario dura tanto como dure la obligación principal; por el contrario en la fianza cada uno de los cofiadores solidarios podrán estipular que la fianza puede extinguirse antes de la obligación principal en virtud de un plazo o condición.

Igualmente el nacimiento de la obligación de los codeudores solidarios se da en un mismo momento, por el contrario la obligación de los fiadores puede surgir en momentos diferentes al nacimiento de la obligación principal.

Si contraponemos la figura de la fianza simple con la figura de la obligación solidaria, encontraremos que en esta última todos los deudores son principales y no existe niveles entre ellos, no hay deudores de segundo plano, los cuales están obligados a cumplir con la totalidad de la prestación sin oportunidad de proponer ningún tipo de excepción o beneficio como lo es el de excusión y el de división que más adelante serán abordados para mayor comprensión, por lo tanto podemos concluir que la solidaridad es una garantía más eficaz que la fianza simple (Ospina, G., 1998, p.247).

En suma, desde el punto de vista del acreedor la fianza solidaria y la simple solidaridad son exactamente lo mismo, pues en la vida práctica perfectamente puede

cobrar tanto al codeudor solidario como al fiador solidario el total de la obligación, sin que este pueda excusarse, ya que cuando se está en presencia de la calidad especial de la fianza solidaria el fiador está renunciando al beneficio de excusión y de división, y así el acreedor puede dirigirse indistintamente contra el deudor o el fiador.

Sin embargo, frente al deudor si hay gran diferencia, pues el fiador solidario que paga, paga deuda ajena y en principio se subroga por la totalidad de la obligación, mientras el codeudor solidario que paga, en parte soluciona algo propio y por ello solo se subroga en la parte que no le corresponde.

Existe otra acción que posee el fiador pues este no tiene por qué asumir una conducta pasiva y si el deudor despilfarra sus bienes, pues este tiene un derecho llamado el beneficio de requerimiento, consistente en poder solicitar al acreedor que proceda sin mayor dilación contra el deudor a cobrarle la obligación, cuando esta sea exigible. Si el acreedor requerido no procede o lo retardare y por su negligencia se sigue la insolvencia del deudor, se liberará el fiador de la fianza (Arrubla, J., 2013, p. 12).

Este punto diferencia al fiador del codeudor solidario, pues el codeudor solidario no tiene este beneficio.

También en este mismo sentido se expresó la Corte Suprema de Justicia acerca de las diferencias de estas dos figuras:

Bien se conoce, ciertamente, que la solidaridad pasiva tiene como rasgo característico el que todos y cada uno de los obligados responden por el total de la deuda; es decir, que a los ojos del acreedor cada deudor responde como si fuera el único que se encuentra en la parte pasiva del vínculo obligacional. Es por esto que la solidaridad constituye una caución para el acreedor; pues así se le garantiza que ningún obligado pueda pretextar que la deuda sea dividida (Sentencia 001 de 2000, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y Agraria, Magistrado Ponente Manuel Ardila Velásquez 11 de enero de 2000).

Finalmente deja claro también La Corte Suprema de Justicia la diferencia entre las figuras así:

Visto que todos los deudores solidarios, sin excepción, están en pie de igualdad con respecto al acreedor, es erróneo sostener que uno de ellos sea apenas fiador. Aunque también es una caución de tipo personal, no es dable confundir la fianza con la solidaridad. Ningún deudor solidario es, per se, fiador frente al acreedor (Sentencia 001 de 2000, Corte

Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y Agraria, Magistrado Ponente Manuel Ardila Velásquez 11 de enero de 2000).

Así pues se han abordado las principales consideraciones respecto a la inquietud planteada en la introducción de este artículo, para llegar a las conclusiones que se expone a continuación.

### **CONCLUSIONES**

Existen grandes similitudes entre la fianza solidaria y la simple solidaridad por pasiva, en el entendido que ambas figuras contemplan la misma función económica, que es minimizar los riesgos que tiene el acreedor ocasionados con una operación jurídica cualquiera sea su fuente, a través de la vinculación de uno o varios terceros, comprometiéndose estos a pagar totalmente dicha obligación.

Ahora bien, considerando que en la dinámica empresarial moderna y basada en la experiencia adquirida en el desarrollo de la práctica corporativa en una entidad bancaria, y consiente de la preocupación que tienen los bancos de buscar los mejores mecanismos jurídicos para garantizar la recuperación de sus carteras, puedo arriesgarme a asegurar sin temor alguno, que los contratos de fianza, donde se estipula a los fiadores como solidarios tanto frente al acreedor como entre los demás cofiadores y sin limitación en la cuantía de la obligación que garantizan, se han vuelto contratos tipo, contratos de adhesión donde la cláusula innegociable es aquella en la que se establece la obligación solidaria y la renuncia a los beneficios de excusión y de división, por lo que la figura de la fianza simple se ha convertido en un instrumento en desuso en la práctica crediticia moderna.

Pero pese a esto, si bien desde el punto de vista del acreedor puede ser idéntica a la solidaridad a la fianza solidaria, pues podrá éste cobrar a cualquiera de los dos indistintamente el cumplimiento total de la obligación en caso del codeudor o la obligación dineraria en caso del fiador, desde el punto de vista del deudor solidario o

del fiador solidario como garante de una obligación ajena, tienen diferencias sustanciales respecto a las acciones que poseen luego de efectuado el pago de la obligación al acreedor, como es el hecho que en caso de que el fiador pague, paga deuda ajena y por lo tanto se subroga por la totalidad de la obligación pagada, mientras el codeudor solidario que paga, está pagando en parte una deuda propia y por ello solo se subroga en la parte que no le corresponde y si alguno de los codeudores se insolvente agravara también al deudor que ha pagado.

Otra gran diferencia importante radica en el carácter accesorio de la fianza y el carácter principal del obligado solidario, pues de éste resulta que el deudor solidario se ha obligado en las mismas condiciones que el deudor contratante. El deudor solidario no asume una obligación accesorio y subsidiaria, por el contrario el fiador si asume una obligación accesorio que dependerá enteramente de la obligación principal, entonces si por ejemplo existiese un vicio entre el acto jurídico entre un acreedor y un codeudor solidario, este no afectara a los demás codeudores solidarios, en cambio si hay un vicio entre el acreedor y en deudor principal afianzado, extinguida la obligación del deudor principal por cualquier causa se extingue también la del fiador solidario.

Entonces se entiende en forma general que son figuras distintas, que poseen el mismo efecto práctico para el acreedor, pero por tener regulación diversa, para el sujeto que da la garantía puede ser un poco más benéfica la legislación en la fianza solidaria y estrictamente obedecen a situaciones fácticas diversas pues en la solidaridad simple se presume que el codeudor posee un interés en el crédito, en cambio en la fianza solidaria se es claro que se está frente a una garantía de una obligación ajena.

## **LISTA DE REFERENCIAS**

### **Libros**

Bonivento, J. A. (2004). Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales: Bogotá D.C: Librería Ediciones del Profesional Ltda

Cardona, G. (2001). Contratos Civiles. Bogotá D.C: Editorial Doctrina y Ley Ltda.

Lasarte, C. (2009). Contratos. Madrid: Editorial Marcial Pons.

Ospina, E. (1998). Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá D.C: Editorial Temis S.A.

Ospina, G. (1998). Régimen General de las Obligaciones. Bogotá D.C: Editorial Temis S.A.

Valencia, A. (2000). Derecho Civil Tomo IV De los Contratos. Bogotá D.C: Editorial Temis S.A.

### **Libros en versión electrónica**

Gómez, P. (2009). La Accesoriedad de la Fianza. Recuperado de [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/01-Laaccesoriedad\\_000.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/01-Laaccesoriedad_000.pdf)

### **Documentos legales**

República de Colombia. Congreso de la República. Ley No. 57 (1887), Dada en Santafé de Bogotá, D. C. Diario Oficial de la República de Colombia, Por la cual se expide el código civil.

República de Colombia. Presidente de la República de Colombia. Decreto 410 (1971), Dada en Santafé de Bogotá, D. C. Por el cual se expide el Código de Comercio.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y Agraria (2000). Bogotá D.C. Sentencia 001 de 2000. Magistrado Ponente: Manuel Ardila Velásquez.