

IV. Garantías y derechos auxiliares del acreedor . . . . .	167
1. Garantías del acreedor . . . . .	167
A. La fianza . . . . .	168
B. Las arras (arrha) . . . . .	169
C. La cláusula penal . . . . .	170
2. Derechos auxiliares del acreedor . . . . .	170

## IV. GARANTÍAS Y DERECHOS AUXILIARES DEL ACREEDOR

### I. GARANTÍAS DEL ACREEDOR

Se denomina *garantía del derecho del acreedor todo medio jurídico destinado a asegurar la satisfacción de su crédito* y, desde el momento en que históricamente, en el derecho romano el deudor comienza a responder con su patrimonio, éste será en adelante su *garantía genérica fundamental*.

Sin embargo, gradualmente se desarrollan otros medios jurídicos específicos en virtud de los cuales el acreedor busca asegurar su derecho de crédito, ya sea comprometiendo junto al deudor principal a otras personas para que también respondan (con su patrimonio) *de la misma deuda*; por ejemplo comprometándose uno o más *fiadores*, o bien afectando *cosas muebles o inmuebles* a la deuda para pagarse *preferentemente* con ellas en el evento de incumplimiento, como en el caso de la *prenda* y la *hipoteca*.

Se utilizó también, para reforzar la obligación por la vía de un mayor constreñimiento del propio deudo, la *cláusula penal* y las *arras*, ruyos caracteres luego observaremos.<sup>95</sup>

Como la prenda y la hipoteca la hemos ya analizado con ocasión de los *derechos reales de garantía*, a ello nos remitimos.<sup>96</sup> Nos corresponde analizar entonces en el ámbito de las garantías y refuerzos del derecho del acreedor a la fianza, la cláusula penal y las arras.

<sup>95</sup> "En la misma línea de refuerzos proporcionados por el propio deudor están también *el juramento* y *el constituto de debito proprio*, pero ambos tienen un alcance limitado. El primero se dio solamente en la hipótesis del menor que se ha obligado sin la asistencia de su curador —*curator*: el juramento hacía que perdiera el derecho de pedir la *restitutio in integrum*. En cuanto al segundo, era el compromiso de pagar una deuda de dinero preexistente en un día y lugar determinado. Fue una figura que se absorbió en la categoría general de las relaciones contractuales". *Vid.*, Di Marzo, *op. cit.*, p. 204.

<sup>96</sup> *Cfr. supra*, primera parte, pp. 101 y ss. *Vid.*, Di Marzo, *op. cit.*, p. 204.

### A. La fianza

Constituye una garantía *personal*, otorgada por un tercero “que se obliga a pagar una deuda ajena en el caso de que el deudor principal no pague al vencimiento”.<sup>97</sup> El acto jurídico que la perfecciona es formal: la estipulación.

Un convenio de esta especie supone necesariamente una deuda principal (*obligatio principalis*) debida por un primer deudor. Por tanto, la obligación del fiador es *accessoria*. Este carácter de la fianza, la diferenciará en definitiva —después de una larga evolución— de la solidaridad pasiva que constituye también en esencia, otro tipo de garantía personal para el derecho del acreedor;<sup>98</sup> su diferencia básica reside en que en la fianza, según su figura definitivamente perfilada, la obligación del fiador es *sucesiva* y *no simultánea* como en la solidaridad pasiva.<sup>99</sup>

La institución de la fianza, que se constituía por medio de una estipulación verbal *accessoria*, presentó desde la era clásica varias formas: la *sponsio*, la *fidepromissio* y la *fideiussio*.<sup>100</sup> “La forma de la *fideiussio*, en general más amplia y más segura, es la única que sobrevive en el derecho justiniano.”<sup>101</sup>

Conforme lo establece Gayo en *Institutás* III, 119, el *fideiussor* puede garantizar toda clase de obligaciones, incluidas aquellas contraídas consensualmente. Es una diferencia fundamental con la *sponsio* y la

<sup>97</sup> Bonfante, *op. cit.*, p. 448.

<sup>98</sup> Nos remitimos a lo expuesto con ocasión de las “Obligaciones con pluralidad de sujetos”, pp. 144 y ss., de este texto.

<sup>99</sup> Iglesias, en *op. cit.*, p. 504 explica que “la responsabilidad del fiador se manifiesta de modo vario en la historia del derecho romano; al principio, el fiador es el único responsable, ya que se coloca en el puesto del deudor; más tarde, responde solidariamente como un codeudor, y, por último, se afirma el carácter *accessorio* de la obligación del fiador. En la época clásica conviven el principio de la coobligación solidaria y el de la *accessoriedad*; en el *corpus iuris* encuentra éste su definitiva consagración”.

<sup>100</sup> “La época republicano-clásica conoce tres formas de fianza verbal: la *sponsio*, la *fidepromissio* y la *fideiussio*. Aparecida primero la *sponsio*, y después de ella en orden temporal sucesivo, la *fidepromissio* y la *fideiussio*, celebranse las tres *verbis*, como toda *stipulatio*, pero tienen un campo de aplicación distinto, y, a veces, es distinta también su misma naturaleza.

“La *sponsio* es institución del *ius civile* y, por tanto, únicamente accesible a los ciudadanos romanos; la *fidepromissio* puede ser utilizada por los fiadores peregrinos. Tanto la obligación del *sponsor*, cuanto la del *fidepromissor*, es intrasmisible a los herederos”. *Vid.*, Iglesias, *op. cit.*, p. 504.

<sup>101</sup> Bonfante, *op. cit.*, p. 448.

*fidepromissio* que sólo servía para garantizar obligaciones que se habían contraído formalmente.

Característica importante de la *fideiussio* es que el fiador (*fideiussor*) responde aunque la obligación principal sea *natural* y, además, su obligación se trasmite a sus herederos.

Debido a que en la época clásica no se distingue aún con nitidez la obligación del deudor principal de la obligación secundaria del fiador, el acreedor puede pedirle el pago, a su elección a cualquiera de los dos, semejando así la fianza, una situación de solidaridad. Ello explica también que el fiador no disponga como principio de carácter general de una "acción de regreso" para pedirle al deudor principal que le reembolse lo pagado.

Desde Adriano, en caso de varios cofiadores se admite el *beneficio de división* en virtud del cual, si era demandado un cofiador por el todo, podía exceptuarse con la finalidad de que se dividiera el débito entre los varios fiadores solventes. Ello debía pedirse al momento de contestar demanda (*litis contestatio*).

Finalmente, el carácter secundario o accesorio de la *fideiussio* adquiere certeza con Justiniano al concederle al fiador el *beneficio de excusión*, que constituye también, como el anterior beneficio, una *exceptio*, ahora destinada a que el fiador exija que el acreedor accione primero en contra del deudor principal.<sup>102</sup> Y puede, también, el fiador que paga pedir ahora que el acreedor le ceda la acción personal que tenía contra el deudor principal para obtener así el reembolso de lo pagado (*beneficio de cesión de acciones*).<sup>103</sup>

## B. Las arras (*arrha*)

En la línea de los refuerzos del derecho del acreedor podemos citar las arras griegas, acogidas por el derecho de Justiniano en una constitución imperial del año 528, recopilada en *Código* 4, 21, 17 y en *Instituciones* 3, 23. Se puede afirmar que cumplen una función de *pena pecuniaria* y consiste en una cantidad de dinero o bien otra cosa que el deudor entrega al acreedor con objeto de aumentar su constreñimiento a cumplir el contrato —por lo común el de compraventa—, pues "si el que rehusare cumplir el contrato es el comprador (deudor del precio que ha entregado arras) pierde lo que dio y si es el vendedor (que re-

<sup>102</sup> *Novelas de Justiniano*, 4, 1.

<sup>103</sup> *Ibid.*, 4, 1, *in fine*.

cibió las arras) es compelido a restituir el duplo...” (*Instituciones de Justiniano*, 3, 23).<sup>104</sup>

### C. La cláusula penal

Constituye una pena acordada por los mismos contratantes en virtud de la cual el deudor promete pagar una suma de dinero, en el evento de que no cumpliera la prestación debida. Se constituye formalmente mediante estipulación (*stipulation poenae*) o bien por simple pacto en los contratos de buena fe. El deudor, ante la cláusula penal, se ve mayormente constreñido a cumplir con su obligación, es por ello que se le califica de “refuerzo del derecho del acreedor”. La cláusula penal también sirvió para fijar anticipadamente el monto de la indemnización para el caso de incumplimiento, evitando así, que la estableciera posteriormente el *iudex* al pronunciar la condena pecuniaria.

## 2. DERECHOS AUXILIARES DEL ACREEDOR

En el comportamiento jurídico romano se desarrollaron ciertos medios jurídicos que no constituyen exactamente una “garantía” o “refuerzo” de la obligación, pero que ayudaban al acreedor a obtener el pago de la deuda *cuidando la integridad del patrimonio del deudor*. Modernamente se les denomina “derechos auxiliares del acreedor”.

En la evolución jurídica romana se puede observar ciertos medios jurídicos que atendían a ese propósito y cuyo fin específico era *dejar sin efecto* enajenaciones de bienes hechas por el deudor con el deliberado objetivo de *disminuir su patrimonio* y perjudicar así a su acreedor o acreedores. Ellos son el *interdictum fraudatorium*, la *restitutio in integrum* y la *acción paulina*, esta última de sesgo bizantino, que refunde las dos anteriores.

En el derecho clásico comienzan a desarrollarse los primeros medios jurídicos organizados con ese fin. En efecto, si el deudor con el propósito deliberado de empobrecer su patrimonio realiza actos de enajenación de bienes —*alienatio in fraudem creditorum*— se admite su revocación en virtud de las siguientes instituciones: el *interdictum fraudata-*

<sup>104</sup> También hubo “arras” en el tráfico romano clásico, pero allí sólo cumplían una función de señal confirmatoria de haberse formado el contrato (“*arra confirmatoria*”), y que no daba derecho a los contratantes a rescindirlos. Las arras se restituían por tanto independientemente del cumplimiento del contrato.

*torium* 'que obliga al adquirente a restituir cuanto ha recibido del deudor, y una *restitutio in integrum*, que determina la vuelta de las cosas a su estado anterior esto es, cual si no hubiese ocurrido la enajenación. En el derecho justiniano otórgase la *actio pauliana*, donde quedan fundidos ambos medios".<sup>105</sup>

La *actio pauliana* se concede al acreedor para que la interponga frente al deudor que ha realizado la enajenación fraudulenta pero también vale para ser deducida directamente en contra del tercero adquirente. Y las fuentes, en este último caso, son explícitas al establecer que la referida *actio* procede cuando el adquirente conocía el fraude (*scientia fraudis*). El título 8 del libro 42 del *Digesto* se titula "*De que sca restituido lo que se hizo en fraude de los acreedores*". Los criterios iniciales fundamentales de esta materia los describen Ulpiano y Paulo en los 4 primeros números del referido título. Observemos, a vía de ejemplo, el primero —dice el pretor—: "Por lo que se hubiere hecho por causa de defraudación *daré acción, contra el que no hubiere ignorado el fraude*. . . dentro del año en que hubiere habido facultad para ejercitarla; y esto observaré también contra el mismo que cometió el fraude".<sup>106</sup>

No obstante, si la enajenación ha sido a título gratuito, como en caso de donación aunque el adquirente ignore el fraude la *actio pauliana* procede igualmente en su contra: "Del mismo modo decimos que si a uno se le hizo donación, tampoco se ha de investigar si se hizo sabiéndolo aquel a quien se donó, sino solamente si fueron defraudados los acreedores" (*Digesto*, 42, 8, 6, 11).

En todo caso, se debía siempre considerar si el evento del fraude provocó una imposibilidad efectiva de pagar totalmente lo debido, y todo ello era comprobado una vez cumplida la *bonorum venditio* (procedimiento de ejecución patrimonial de fines de la era republicana) (*Digesto*, 42, 8, 10, 1).

<sup>105</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 216.

<sup>106</sup> La denominación de la *actio* como "*pauliana*" probablemente derive de llamarla así el propio jurisconsulto Paulo, según la referencia del *Digesto*, libro 22, título I, párrafo 38, frag. 4: "... y en la *actio pauliana*, por la cual se revocan las enajenaciones que se hicieron en fraude de los acreedores...".