

La proporcionalidad y la protección del fiador en el derecho francés

ANABEL RIAÑO SAAD*

Sumario: Introducción. I. El origen de la exigencia de la proporcionalidad en el derecho del consumidor. A. Las particularidades de la exigencia de proporcionalidad. B. La sanción prevista. II. La extensión de la exigencia de proporcionalidad al derecho común. A. El sistema jurisprudencial: un sistema equilibrado. B. El sistema legal: generalización del sistema desequilibrado del derecho del consumidor. Conclusión

Resumen: La proporcionalidad ha tenido una gran incidencia en todos los ámbitos del derecho francés, y el de las garantías no es la excepción. Uno de los principales objetivos que se persiguen con la proporcionalidad en esta materia es el de proteger al garante personal contra el posible riesgo de sobreendeudamiento que la constitución de una garantía excesiva podría ocasionarle. Actualmente, la exigencia de proporcionalidad cobija al derecho común de la fianza, aunque su origen se remonta al derecho del consumidor.

A pesar de que la finalidad de protección que inspira la exigencia de proporcionalidad resulta legítima en sí misma, y pueda justificar su generalización, su aplicación es criticable en la medida en que menoscabe de manera injustificada los intereses del acreedor, tal y como parece ser el sistema consagrado hoy en día por el legislador. Por ello, resulta comprensible que la doctrina mayoritaria se interrogue a propósito de la pertinencia de retornar al sistema jurisprudencial que dio origen a la aplicación

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia con especialización en Responsabilidad de la misma universidad; DSU Droit civil, Universidad Paris II, Panthéon-Assas; Máster Droit privé général, Universidad Paris II, Panthéon-Assas, candidata a doctora, Universidad Paris II, Panthéon-Assas y Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: [anabelriao@gmail.com].

Fecha de recepción: 15 de enero del 2012. Fecha de aceptación: 27 de febrero del 2012.

de la proporcionalidad en el derecho común de la fianza, en el cual parecía haberse logrado el equilibrio anhelado entre la protección de los intereses del acreedor y los del fiador.

Palabras clave: proporcionalidad, fianza desproporcionada, derecho del consumidor, sobreendeudamiento del fiador, derecho francés

Proportionality and Protection of the Guarantor in French Law

Abstract: Proportionality has influenced French law in its integrity including the field of warranties. One of the main objectives of proportionality in this particular area is to protect the personal guarantor against the possible risk of over-indebtedness caused by an excessive guarantee.

The proportionality requirement has its origins in consumer law but it has expanded to the field of warranties. Thus, the protection of the guarantor is to be valid to the extent that it does not affect the position of the creditor. This was the position adopted by French case-law in the past. However, according to the current French legal system, proportionality is now misconceived and it is being applied to the detriment of the creditor.

Thus, French scholars are wondering whether to return to the previous system could be a good idea to achieve the desired balance between the interests of the creditor and the guarantor.

Keywords: warranties, proportionality, personal guarantor, over-indebtedness, excessive guarantee, French law.

INTRODUCCIÓN

El término *proporcionalidad* es ambiguo¹. Dicha ambigüedad proviene de su carácter polisémico. En sentido estricto, la proporcionalidad expresa la idea de una "*relación matemática exacta*"². En sentido amplio, significa "*un principio de adecuación o un deber de moderación*"³.

En Francia, la exigencia de proporcionalidad ha tenido una influencia innegable en todas las áreas del derecho⁴. La ambigüedad que la caracteriza le ha permitido

¹ J.-P. GRIDEL, *Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français*, Actes de colloque les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, en *Petites affiches*, París, 5 mars 2009, n.º 46, p. 113.

² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. CAPITANT, 8.ª ed., París, PUF, 2007, p. 345.

³ P. CROCO, *Sûretés et proportionnalité*, en *Études offertes au doyen Philippe Simler*, París, Dalloz-Litec, 2006, n.º 3, p. 293.

⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, *Rapport introductif, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? Colloque du centre de droit des affaires de l'Université Paris V*, en *Petites affiches*, París, 30 septembre

extenderse y servir para garantizar diferentes propósitos. Esta circunstancia explica el que la proporcionalidad haya alcanzado un desarrollo importante en el derecho de garantías⁵ y ello independientemente del debate acerca de la oportunidad de consagrarla como un principio rector⁶, precisamente en razón del riesgo de inseguridad jurídica que su generalización podría ocasionar⁷.

En cuanto a las diversas finalidades que el imperativo de la proporcionalidad podría tener en el derecho de garantías, la doctrina francesa reconoce principalmente dos: la primera sería la de limitar el derecho del acreedor a obtener todas las garantías que pudiera considerar útiles para asegurar el pago de su crédito, es decir, evitar la constitución de una garantía excesiva en relación con el crédito otorgado⁸; la segunda sería la de reconocer una protección especial en favor del garante contra el riesgo de sobreendeudamiento⁹.

Aunque la exigencia de proporcionalidad se ha desarrollado de manera importante a efectos de garantizar las dos finalidades mencionadas, es importante señalar que el aspecto relativo a la protección del garante personal, específicamente la protección del fiador¹⁰, ha suscitado debates interesantes y de mucha actualidad en la doctrina francesa, y así una intervención cada vez mayor por parte del juez y del legislador. Esta circunstancia se justifica en la medida en que en el derecho francés la fianza es el modelo de las garantías personales¹¹.

La idea de establecer un control tendiente a asegurar que el monto de la obligación garantizada por el fiador se adecúe a su situación patrimonial se explica por

1998, n.º 117, pp. 9 ss.; Y. PICOD, *Proportionnalité et cautionnement. Le mythe de Sisyphe*, en *Etudes du droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 843.

⁵ P. CROCQ, cit., n.º 1, p. 291; N. MOLFESSIS, *Le principe de proportionnalité en matière de garanties*, en *Revue Banque & droit*, París, mai-juin, 2000, n.º 71, p. 5.; V. GOESEL-LE BIHAN, *Discours introductif: les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, en *Petites affiches*, Paris, 5 mars 2009, n.º 46, p. 5.

⁶ P. CROCQ, cit., n.º 1, p. 292.

⁷ N. MOLFESSIS, cit., pp. 4 et ss.; S. PESENTI, *Le principe de proportionnalité en droit des sûretés*, en *Petites affiches*, París, 11 mars 2004, n.º 51, p. 12; M. BEHAR-TOUCHAIS, cit., n.º 117, pp. 9 et ss.; P. CROCQ, cit., n.º 1, p. 292.

⁸ Y. PICOD, cit., n.º 3, p. 844.; P. CROCQ, cit., n.º 15, p. 298.

⁹ De acuerdo con el artículo 1.º de la Ley n.º 89-1010 del 31 de diciembre de 1989 "Relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles", el sobreendeudamiento debe ser entendido como la situación en la que una persona física se encuentra en la imposibilidad manifiesta de responder por el conjunto de sus deudas, exigibles o por cobrar, siempre que no se trate de deudas profesionales.

¹⁰ Es importante aclarar que la jurisprudencia ha extendido la protección en algunos casos en beneficio del aval. En derecho francés, como en derecho colombiano además, el aval es una garantía personal mediante la cual se garantiza, en todo o en parte, el pago de un título valor. En este sentido: artículo L.511-21 del Código de comercio francés y artículo 633 del Código de comercio colombiano.

¹¹ Esta anotación es importante en la medida en que después de la reforma del derecho de garantías que tuvo lugar en Francia en el 2006, el legislador consagró en el Código Civil francés la garantía autónoma, conocida también como garantía a primera demanda, en cuanto garantía personal al igual que la fianza. Sin embargo y teniendo en cuenta que se trata de una consagración reciente, no existe hoy en día un desarrollo jurisprudencial acerca de la extensión de la proporcionalidad en favor de dichos garantes.

la necesidad de evitar un endeudamiento excesivo de su parte y la exclusión social que esta circunstancia podría ocasionarle. Finalmente, el objetivo es impedir que la realización o ejecución de la garantía pueda ser una causa de ruina del fiador¹².

Es importante señalar que este movimiento protector tuvo su origen en el derecho del consumo. En efecto, el artículo L. 313-10 del Código del Consumidor francés, correspondiente al artículo 7-4 de la Ley del 31 de diciembre de 1989, "relativa a la prevención y a la adopción de medidas tendientes a resolver las dificultades relacionadas con el sobreendeudamiento de los particulares y de las familias", prevé la exigencia de proporcionalidad en los casos de fianzas suscritas en el marco de operaciones de crédito al consumo o de crédito inmobiliario.

La consagración de una protección tal a favor del fiador en el derecho del consumidor fue acogida, no sin sorpresa, por parte de la doctrina y ello debido a dos razones fundamentales. La primera, relativa a las dudas a propósito de la posibilidad de incluir al fiador en la categoría de "consumidor"¹³. En efecto, el fiador no obtiene ni utiliza ningún tipo de bien o servicio para un uso no profesional sino que se limita a prestar un servicio particular al deudor¹⁴. La segunda, concerniente a la dificultad para conciliar la finalidad de protección del acreedor que la exigencia de la solvencia del fiador está llamada a garantizar, conforme a los artículos 2295, 2296 y 2297 del Código Civil francés, que se explicaría por la filosofía original del Código de Napoleón según la cual las garantías son un mecanismo previsto para asegurar al acreedor contra el riesgo de inejecución del deudor, y la finalidad exclusiva de protección del fiador que el derecho del consumidor pretende asegurar¹⁵.

No obstante su origen en el derecho del consumidor, este movimiento protector en favor del fiador se ha extendido al derecho común y ello debido a la labor del juez y del legislador. Efectivamente, y como tendremos la oportunidad de analizarlo luego, el artículo L. 341-4 del código mencionado, según el cual es necesario verificar la adecuación entre la obligación del fiador y su patrimonio aun en los casos en que las fianzas suscritas no entren en el ámbito de aplicación

¹² D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 6.^a ed., París, LGDJ, 2008, n.º 170, p. 138.

¹³ Es importante remarcar que la legislación francesa no prevé ninguna definición del "consumidor". Dicha noción ha sido elaborada por la doctrina y por la jurisprudencia, lo que ha suscitado importantes debates al respecto. A efectos del presente trabajo, es suficiente con señalar que la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que, de una manera general, el "consumidor" es una persona física que se procura o que utiliza un bien o un servicio para un uso no profesional. En este sentido: J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 7.^a ed., París, Dalloz, 2006, n.º 7, p. 7.

¹⁴ Ch. ALBIGES, *L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution*, en *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, París, Dalloz, 2004, n.º 1, p. 2.

¹⁵ S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, París, LGDJ, 2000, n.º 817, p. 329: "Indépendamment de la nature de la sanction attaché à la disproportion, [en se référant à l'article L.313-10] ce contrôle de l'équilibre est intéressant en ce qu'il marque une avancée de la référence à la proportionnalité. Le critère cependant n'est pas destiné au rapport d'équilibre entre des prestations réciproques s'agissant d'un engagement unilatéral, mais utilisé à des fins protectrices".

del citado artículo L. 313-10, fue previsto después de una importante etapa de evolución jurisprudencial en la materia. Sin embargo, la consagración legislativa de la proporcionalidad en el derecho común de la fianza ha sido objeto de importantes críticas y, contra lo que se podría pensar, parece haber perturbado injustificadamente un sistema jurisprudencial equilibrado.

Igualmente, resulta importante destacar que la exigencia general de proporcionalidad hace parte de un vasto movimiento que busca limitar el derecho de ejecución del acreedor contra el fiador. Así por ejemplo, el artículo 2301 del Código Civil francés dispone lo siguiente:

[...] En cualquier caso, el monto de las deudas que resulten de la fianza no puede privar al fiador, persona física, de un mínimo de recursos fijado en el artículo L. 331-2 del Código del Consumidor.

Esta disposición tiene su origen en el artículo 103 de la ley del 29 de julio de 1998 relativa a la lucha contra las exclusiones¹⁶ y fue prevista a fin de permitir que el fiador, en caso de tratarse de una persona física, pudiera invocar el beneficio de "un mínimo para subsistir", reconocido en primer lugar en favor de los consumidores sobreendeudados. La finalidad era la de asegurar que el fiador, simple o solidario, pudiera permanecer con un mínimo de recursos necesarios para sus gastos esenciales, tales como: alimentación, transporte y salud¹⁷.

Por otra parte, debemos señalar que aunque la doctrina mayoritaria reconozca la utilidad de una tal exigencia de proporcionalidad y de su control por parte del juez, esto no es así en lo que respecta al fiador en los casos en que no sea una persona física. En efecto, no son pocos los autores que se muestran reticentes frente a la extensión de la protección al fiador cuando sea una persona moral. Esta circunstancia se podría explicar en razón, justamente, del origen de la exigencia de proporcionalidad en el derecho del consumidor, en el cual no solo la protección del fiador por medio de la proporcionalidad es restringida expresamente a los casos de personas físicas, sino en el que existe una discusión importante en torno a la posibilidad de considerar, de manera general, que la persona moral pueda ser

¹⁶ Ver el informe realizado por el senador Bernard Seillier en nombre de la Comisión de asuntos sociales, sobre el proyecto de ley relativo a la lucha contra las exclusiones, adoptado por la Asamblea Nacional, ver Senado, n.º 445 (1997-1998), en el sitio: [www.senat.fr/rap/197-45011/197-45011_mono.html.]

¹⁷ Ch. ALBICES, cit., nota 85, p. 22; "Le reste à vivre correspond à la partie de ressources du débiteur qui lui est nécessaire pour faire face aux charges de la vie courante et qui, de ce fait, ne peut pas être affectée par la commission de surendettement au remboursement de ses dettes". P. CROCQ, *Le cautionnement disproportionné et la loi relative à la lutte contre les exclusions: une protection jurisprudentielle complétée par la loi*, en *RTD civ.*, París, octubre-diciembre, 1998, n.º 4, pp. 953 et ss.; D. LEGAIS, *La réforme du cautionnement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre l'exclusion*, en *JCP E*, París, 1998, n.º 30, 1725.

incluida en la categoría de "consumidor"¹⁸. Por ello, nuestro estudio se limitará a los casos de las fianzas suscritas por las personas físicas.

Lo expuesto pone de manifiesto la necesidad, a efectos de comprender claramente las características de la proporcionalidad en cuanto mecanismo de protección del fiador en el derecho francés, de analizar en un primer momento su origen en el derecho del consumidor (i) para abordar en un segundo momento su extensión al derecho común (ii).

I. EL ORIGEN DE LA EXIGENCIA DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR

El derecho del consumidor tiene por objetivo principal la búsqueda del equilibrio contractual en el marco de ciertas relaciones jurídicas que son consideradas asimétricas por la calidad de las partes que intervienen en éstas¹⁹. Dicha circunstancia explica el hecho de que el legislador haya encontrado un terreno favorable para disponer expresamente una protección del fiador en relación con su capacidad de endeudamiento. Por lo anterior, y a efectos de establecer las implicaciones de la proporcionalidad en el derecho del consumidor, analizaremos en primer lugar las particularidades de la exigencia de proporcionalidad (A), para estudiar en segundo lugar la sanción prevista en caso de su desconocimiento (B).

A. Las particularidades de la exigencia de proporcionalidad

El artículo L. 313-10 del Código del Consumidor francés dispone lo siguiente:

Un establecimiento de crédito, un establecimiento de pago o un organismo de los mencionados en el artículo L. 511-6, n° 5 del Código Monetario y Financiero no

¹⁸ Como tuvimos la oportunidad de señalarlo, la noción de "consumidor" resulta controvertida en derecho francés. Esta circunstancia obedece a que el legislador no consagró ninguna definición del mismo. El debate es aún más importante si tenemos en cuenta que la mayor parte de las directivas comunitarias concernientes a la protección de los consumidores definen al "consumidor" como una persona física. Igualmente, en el 2001, la Corte de Justicia de Comunidades Europeas precisó que la noción de consumidor, tal que prevista en la Directiva sobre las cláusulas abusivas debía interpretarse en el sentido de abarcar solamente a las personas físicas: CJCE, 22 nov. 2001, en el sitio: [www.clauses-abusives.fr/]. Ver igualmente: JCP, 2002, II, 1047, nota de PAISANT; *Dalloz. aff.* 2002, AJ. 90, observaciones de RONDEY. El derecho francés es poco claro en este aspecto y solamente dos de los textos que protegen a los consumidores restringen de manera expresa la protección a las personas físicas: la primera relativa a la venta a domicilio (artículo L. 121-21 del Código del consumo) y la segunda relativa al sobreendeudamiento (artículo L. 330-1 del Código del Consumidor). Algunos autores reconocen que de acuerdo con la distinción hecha por la jurisprudencia, entre el consumidor y el no-profesional, la protección especial conferida por el derecho del consumidor podría ser reconocida excepcionalmente en beneficio de las personas morales.

¹⁹ Y. PICOD, cit., p. 845; Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, París, A. Colin, 2005, n.º 4, p. 3.

pueden prevalecer de un contrato de fianza suscrito en el marco de una operación de crédito concerniente a los capítulos I o II del presente título, celebrado con una persona física, en los casos en los que dicho contrato sea, al momento de su celebración, manifiestamente desproporcionado en relación con los bienes e ingresos de dicho fiador, a menos que su patrimonio, al momento en que es ejecutado, le permita responder por la deuda garantizada.

Conforme a esta disposición, podemos hacer dos observaciones respecto de las características de la exigencia de proporcionalidad. La primera se refiere al ámbito de aplicación doblemente restringido y la segunda es relativa al criterio establecido para determinar el carácter desproporcionado de la fianza.

En cuanto al ámbito de aplicación, éste es restringido no solo desde un punto de vista material u objetivo sino también desde un punto de vista subjetivo. En efecto, el artículo L.313-10 prevé que hay lugar a verificar la proporcionalidad en los casos en que se trate de una fianza suscrita en el marco de una operación de crédito al consumo²⁰ o de crédito inmobiliario²¹. El carácter restrictivo de esta disposición explica el que los jueces rechacen su aplicación en los casos de una fianza constituida para garantizar una operación diferente de las mencionadas antes²². Además de ello, hay lugar a la aplicación de la norma solo cuando el fiador es una persona física y el acreedor es un establecimiento de crédito²³, un establecimiento de pago²⁴, una asociación sin ánimo de lucro o una fundación

²⁰ De acuerdo con los artículos L.311-1 y ss. del Código del Consumidor francés, la operación de crédito al consumo consiste en poner o prometer poner a disposición de una persona física, una suma de dinero destinada a satisfacer las necesidades personales o familiares del prestatario, en oposición al préstamo que es otorgado para satisfacer necesidades profesionales o empresariales.

²¹ Una operación de crédito inmobiliario consiste, de acuerdo con los artículos L. 312-1 y ss. del Código del Consumidor francés, en poner o prometer poner a disposición de una persona una suma de dinero destinada al financiamiento de la adquisición, reparación, gastos de construcción u operaciones análogas de un inmueble destinado a la habitación del mutuario o a la habitación y uso profesional del mismo.

²² En este sentido: Grenoble, 25 octubre 2000, *JCP*, 2002, IV 3081: Rechazo de la aplicación del artículo L. 313-10 invocado por uno de los cónyuges en cuanto fiador solidario del saldo de la cuenta corriente a favor del otro, debido a la falta de prueba respecto del uso exclusivamente personal de la cuenta en mención.

²³ El artículo L. 511-1 del Código Monetario y Financiero prevé que un establecimiento de crédito es una persona moral que realiza, a título profesional, operaciones de banco tales que la de recepción de dineros del público, otorgamiento de créditos o la gestión de medios de pago.

²⁴ El establecimiento de pago es un nuevo actor en el mercado bancario francés, creado por la ordenanza n.º 2009- 866 del 15 de julio del 2009 "*Relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement*", cuyas disposiciones fueron introducidas en los artículos L. 521-1 y ss. del Código Monetario y Financiero. A efectos de nuestro estudio, es suficiente con señalar que el establecimiento de pago es una persona moral que presta de manera habitual los servicios de pago, entre los cuales se encuentran, de acuerdo con el artículo L.314-1 del Código Monetario y Financiero, el retiro y depósito de dinero en efectivo en una cuenta de pago, pagos por transferencias entre cuentas, pagos por domiciliación, por carta de pago y por otros medios de pago. De manera excepcional y bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, los establecimientos

de utilidad pública, y en estos dos últimos casos cuando dichos organismos estén facultados para otorgar créditos²⁵.

En lo que respecta al criterio para establecer el carácter desproporcionado de la fianza, el artículo L. 313-10 se limita a exigir que se tengan en cuenta los bienes e ingresos del fiador y que la desproporción entre el monto de la fianza y dichos bienes e ingresos sea manifiesta y ello al momento de la formación del contrato de fianza. Sin embargo, la norma no permite resolver las dudas concernientes a los criterios que permitirían establecer la frontera entre una fianza proporcionada y una manifiestamente desproporcionada. La exigencia de una desproporción manifiesta es ambigua puesto que la proporcionalidad no es objeto de una definición legal precisa²⁶.

A pesar del silencio del legislador al respecto, la doctrina mayoritaria considera que la exigencia del carácter manifiestamente desproporcionado implica que se trate de una desproporción flagrante, evidente o notable. Esto excluiría el simple exceso entre el monto de la garantía y la situación patrimonial del fiador²⁷. Sin embargo, las decisiones proferidas por los jueces del fondo revelan que la inexistencia de un criterio determinado es fuente de inseguridad jurídica. En efecto, algunos consideran que una obligación es manifiestamente desproporcionada por el solo hecho de que el monto de la garantía corresponda, por ejemplo, al salario anual del fiador, mientras que otros tienen en cuenta el salario de los tres últimos años²⁸.

de pago pueden otorgar créditos, pero no pueden realizar operaciones de sobregiro ni de descuento.

²⁵ La extensión del ámbito de aplicación de la exigencia de proporcionalidad a los casos en los cuales el crédito ha sido otorgado por una asociación sin ánimo de lucro o por una fundación de utilidad pública fue realizada por la Ley n.º 2008-776 del 4 de agosto de 2008 sobre la modernización de la economía.

²⁶ S. PESENTI, cit., n.º 51, p. 12: "Si certains le présentent comme un facteur d'équilibre du système juridique, la proportionnalité est souvent perçue comme un concept mou, qui ne fait rien d'autre qu'augmenter les risques d'insécurité juridique". En el mismo sentido Y. PICOD, *Proportionnalité et cautionnement*, cit., p. 844: "En droit de contrats, ce principe aux contours incertains évoque l'aspiration récente à une règle d'équilibre entre les prestations, les droits et obligations des parties...".

²⁷ Y. PICOD, *Proportionnalité et cautionnement*, cit., p. 849: "Un principe de juste mesure (en faisant référence au principe de proportionnalité), qui met en œuvre une proportionnalité finalisée, et non pas seulement mathématique, par rapport aux objectifs légitimes poursuivis, ou à ceux que l'on devait poursuivre, et qui impose tantôt une proportionnalité stricte, tantôt une proportionnalité relative, consistant en la sanction des seuls excès manifestes"; M. BEHAR-TOUCHAIS, cit., n.º 117, p. 9: "La disproportion prise en compte doit être notable, manifeste. Le pourcentage de disproportion acceptable est difficile à établir. Pour les crédits, un seuil d'endettement raisonnable existe. Une décision de la Cour de cassation a même fait référence à un usage (un endettement de 30 % serait acceptable). Cependant, plus les revenus sont importants, plus le pourcentage d'endettement peut croître"; D. LEGAIS, *Principe de proportionnalité: le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? Colloque du Centre de droit des affaires de l'Université Paris V*, en *Petites affiches*, 30 septembre 1998, p. 38.

²⁸ C. A. Paris, 27 mai 1997, en *Revue Contrats, concurrence et consommation*, 1998, n.º 47, obs. G. RAYMOND.

La Corte de Casación francesa ha sido consciente de estas dificultades. Por ello, y con el propósito de facilitar la aplicación de la disposición mencionada por los jueces del fondo, ha sostenido que a fin de determinar el carácter manifiestamente desproporcionado del contrato de fianza es necesario tener en cuenta todos los elementos del patrimonio del fiador y no solo sus ingresos²⁹. Igualmente, ha considerado que la falta de proporcionalidad en el caso de la existencia de varios garantes solidarios debe ser apreciada por medio de la comparación entre el monto total de la deuda y los bienes e ingresos de cada uno de los garantes³⁰, lo que se justifica plenamente si tenemos en cuenta que cada de ellos está llamado a responder por la totalidad de la deuda. Con el mismo propósito, la Corte ha precisado que en el caso particular de los cónyuges que suscriben una fianza estando sujetos al régimen de la sociedad conyugal la apreciación de la proporcionalidad debe hacerse en relación con los bienes e ingresos de dicha sociedad³¹.

Es indispensable señalar que la apreciación de la desproporción debe ser objetiva, es decir, independientemente del estado psicológico del garante y de la existencia de una falta por parte del establecimiento de crédito. En últimas, el comportamiento de las partes es indiferente a efectos de establecer la existencia de la desproporción manifiesta³².

Las precisiones anteriores demuestran que la determinación de la desproporción es fundamentalmente un problema que hay lugar a resolver caso por caso y que corresponde a la esfera de la apreciación soberana de los jueces del fondo. Sin embargo, es importante reiterarlo, la existencia de un simple desequilibrio no resulta suficiente para considerar la configuración de la desproporción exigida por la norma. La referencia al término de "manifiesta" reenvía a las nociones de flagrante o evidente. Como lo afirma S. PIEDELIEVRE³³, "La apreciación del carácter desproporcionado, es decir de la constatación de la falta por parte del acreedor, proviene de la apreciación soberana de los jueces del fondo, lo que les permite un importante poder de intervención y de control en el derecho de las garantías personales. Es difícil establecer el límite entre lo que es y lo que no es desproporcionado. El artículo L. 313-10 del Código del Consumidor se refiere a una obligación manifiestamente excesiva".

Una vez hecho el estudio de los casos en los cuales habría lugar a realizar el control de proporcionalidad entre la obligación del fiador y su patrimonio, como de ciertos criterios que permitirían determinar el carácter manifiestamente

²⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 1999, *Juris-Data*, n.º 001539.

³⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 1996, *Bull. civ. I*, n.º 362; *JCP G*, II, 22826, nota de S. PIEDELIEVRE; *Defrénois*, 1997, art. 36526, n.º 43, nota de L. AYNES; *RTD civ.*, 1997, p. 189, obs. P. CROCC. Es importante señalar que la Corte de Casación ha tenido la oportunidad de reafirmar esta posición en una decisión reciente: Cass. com., 13 septembre 2011, pourvoi n.º 10-18323.

³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2003, *Bull. civ. I*, n.º 132.

³² C. A. Bordeaux, 26 août 1997, *JCP. E*, 1998, n.º 13, p. 486.

³³ S. PIEDELIEVRE, *Le cautionnement excessif*, en *Defrénois*, Paris, juillet 1998, doctrine et jurisprudence, n.º 13-14, pp. 853-854.

desproporcionado del contrato de fianza, se hace necesario analizar la sanción prevista por el legislador en el evento en que el juez constate el desconocimiento de la exigencia de proporcionalidad por parte del acreedor.

B. La sanción prevista

El artículo L. 313-10 del Código del Consumidor prevé que el acreedor no puede valerse de la fianza en los eventos en que el juez constate que ésta era manifiestamente desproporcionada al momento de su constitución, salvo en el caso de que el patrimonio del fiador le permita responder por la deuda garantizada en el momento en que el acreedor pretenda hacer efectiva la fianza.

El hecho de que la norma señale que el acreedor “no puede prevalerse” de la garantía indica que no se trata de la aplicación de la sanción de nulidad por un vicio en la formación del contrato. En efecto, no se trata de cuestionar la validez del acuerdo entre el acreedor y el fiador. La jurisprudencia se ha pronunciado expresamente en este sentido. Así por ejemplo, en una sentencia proferida el 22 de octubre de 1996³⁴ la Corte de Casación francesa criticó a los jueces del fondo por haber declarado la nulidad del contrato suscrito por el fiador y argumentó, precisamente, que la disposición mencionada no disponía que la imposibilidad para el establecimiento bancario de hacer efectiva la garantía suscrita a su favor. Sin embargo, la Corte no se pronunció acerca de la naturaleza jurídica de la sanción.

En razón del silencio tanto del legislador como de los jueces, la doctrina mayoritaria considera que la sanción prevista es una *déchéance*³⁵, la cual consistiría en la imposibilidad para el acreedor de ejecutar al fiador. Los autores franceses afirman que la *déchéance* es una sanción autónoma y particular que no debe ser confundida con la caducidad³⁶, esta última entendida como la ineficacia de un

³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 1996, cit.

³⁵ Este término se traduciría en español como la *decadencia* del contrato de fianza. La noción de *déchéance* no es pacífica en el derecho francés. Sin embargo, de acuerdo con estudios recientes en la materia, la doctrina mayoritaria parece admitir que la *déchéance* es una sanción civil particular y autónoma aplicable en aquellos casos en los cuales hay violación de una carga o de una exigencia de diligencia, la cual si bien es cierto no puede ser el objeto de una ejecución forzada ni de una reparación, su cumplimiento es necesario para conservar el beneficio de un derecho. La *déchéance* cumpliría diversas funciones tales que la de sancionar y la de prevenir: F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits: contribution à l'étude des sanctions civiles*, París, Panthéon-Assas, 2008; O. SAUTEL, *Sur la déchéance en droit privé, contribution à la théorie de la permanence de la cause*, en *Recueil Dalloz*, París, 1999, n.º 16.

³⁶ Es necesario precisar que aunque en el derecho francés la caducidad puede ser entendida como la pérdida de la posibilidad de ejercer una acción en razón de la expiración de un plazo determinado, lo que se conoce como *caducité judiciaire ou caducité-sanction*, posición que parece ser adoptada por la doctrina mayoritaria en el derecho colombiano, la doctrina francesa se refiere a otro tipo de caducidad, la *caducité civiliste ou caducité-inefficacité* para indicar una figura autónoma dentro de la categoría de la ineficacia de los actos jurídicos. En este sentido: R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques, étude de droit civil*, París, LGDJ, 2006, n.º 26 y ss., pp. 17 y ss.

acto jurídico que podría tener lugar en dos circunstancias: cuando alguno de los elementos esenciales del acto desaparece en el transcurso de su ejecución, o cuando no acaece o no se da algún hecho o elemento necesario para la eficacia final del acto jurídico, siempre y cuando dicha circunstancia no obedezca a un comportamiento culposo de alguna de las partes. Uno de los ejemplos clásicos de la caducidad sería entonces, el caso de un acto sujeto a una condición suspensiva en el que dicha condición finalmente no sobrevenga.

Si tratamos de encuadrar la sanción mencionada dentro de las categorías conocidas en el derecho colombiano, podríamos afirmar que se trata de una ineficacia del contrato por la no producción de los efectos finales³⁷, en la medida en que, aunque existente y válido, el contrato de fianza no cumpliría con su función última en cuanto garantía, como lo es la de asegurar al acreedor frente a la inejecución de la obligación por parte del deudor.

La determinación de la sanción prevista como una especie de ineficacia de la fianza sería reforzada por la redacción de la norma. En efecto, podemos observar que el legislador se refiere a dos momentos distintos para apreciar la situación: en primer lugar, el de la celebración del contrato de fianza y, en segundo lugar, el de la ejecución contra el fiador. Aunque la desproporción manifiesta deberá ser apreciada al momento de la formación del contrato, sería necesario, a efectos de poder sancionar al acreedor, establecer si al momento de hacer efectiva la garantía, el patrimonio del fiador se ha incrementado al punto de permitirle responder por la deuda. En caso afirmativo, el acreedor podría prevalerse de la fianza. Esto no dejaría lugar a dudas en cuanto a que la sanción prevista por la norma sería un caso particular de ineficacia de la garantía y no la nulidad de la misma³⁸. La opinión del profesor N. MOLFESSIS expresa claramente dicha idea: "El regreso a mejor fortuna [del garante] permite al establecimiento de crédito ejecutarlo y así no se verse afectado por la sanción prevista en el artículo L. 313-10"³⁹.

Independientemente de la discusión concerniente a la naturaleza jurídica de la sanción, la doctrina se ha pronunciado de manera desfavorable en cuanto a la pertinencia de ella. Dos argumentos son opuestos: en primer lugar, los autores afirman que se trata de una sanción rígida, en la medida en que no permite conciliar los intereses en juego, es decir, tanto los del acreedor como los del garante⁴⁰; en segundo lugar, un sector de la doctrina afirma que la norma otorgaría al acreedor la posibilidad de retomar la acción contra el garante que ha incrementado su pa-

³⁷ En este sentido: F. HINESTROSA, *Eficacia e ineficacia del contrato*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, Vº 20, 1999, pp. 143-161; F. MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, trad. de R. O. FONTANARROSA, S. SENTIS MELENDY y M. VOLTERRA, t. 2, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, n.º 13, p. 310 y ss.

³⁸ N. MOLFESSIS, cit., p. 7; Y. PICOD, *Proportionnalité et cautionnement*, cit., p. 859; S. PESENTI, cit., n.º 51, p. 15; S. PIEDELIEVRE, cit., n.º 13-14, art. 36836, p. 855.

³⁹ N. MOLFESSIS, cit., p. 7; P. CROCQ, *Sûretés et proportionnalité*, cit., p. 309; S. PESENTI, cit., p. 15; Ch. ALBIGES, cit., pp. 16 et ss.

⁴⁰ D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, París, LGDJ, 2005, p. 261.

rimonio, acción sometida al juego de la acción de prescripción de dos años que empezaría a transcurrir a partir de la demanda de pago dirigida por el acreedor⁴¹, lo que en últimas se traduciría en la posibilidad para este último de hacer suscribir una fianza por parte de un garante insolvente, con fundamento precisamente en la expectativa de los recursos futuros que dicho garante pudiera llegar a tener para responder por la deuda⁴².

En cuanto a la rigidez de la sanción, ello podría explicarse por el carácter protector del derecho del consumidor, el cual, por medio de la exigencia de proporcionalidad en los términos antes expuestos, pretende sancionar la violación por parte del acreedor de la obligación de abstenerse de celebrar un contrato manifiestamente desproporcionado. Sin embargo, consideramos que se trata de una sanción severa en la medida en que se ubica en los dos extremos del todo o nada⁴³: si la fianza es manifiestamente desproporcionada, el fiador es liberado totalmente, y, al contrario, si la fianza no es manifiestamente desproporcionada, el fiador debe responder plenamente frente al acreedor⁴⁴. En lo que respecta al carácter aleatorio de la sanción, podemos constatar un grave riesgo contra la seguridad jurídica, y ello por cuanto no solo la sanción del acreedor sino también la eficacia de la fianza estarían finalmente sujetas al enriquecimiento del fiador.

El análisis precedente nos permitió abordar el estudio del origen de la exigencia de proporcionalidad en el derecho del consumidor, sus particularidades y la sanción prevista en caso de su inobservancia. Sin embargo, y a fin de comprender cabalmente la relevancia de la proporcionalidad como instrumento de protección del fiador en el derecho francés, debemos proceder al análisis de su extensión al derecho común.

II. LA EXTENSIÓN DE LA EXIGENCIA DE PROPORCIONALIDAD AL DERECHO COMÚN

El recurso a la proporcionalidad como mecanismo de protección del fiador en el derecho del consumidor ejerció una influencia considerable en su extensión al derecho común, y esto gracias a la labor del juez. Es importante resaltar que dicho desarrollo jurisprudencial permitió la construcción de un sistema particular, cuya característica principal era la de asegurar la protección de los intereses del acreedor sin desconocer, pese a ello, los intereses del fiador. Por dicha razón, y a diferencia de lo previsto por el legislador en el derecho del consumidor, este sistema jurisprudencial podía ser considerado como equilibrado. Sin embargo, y ante el temor de un eventual retroceso en cuanto a la generalización de la proporcional-

⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2000, *Bull. civ.* 1, n.º 155.

⁴² M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *De l'utilité du droit de la responsabilité pour assurer l'équilibre des intérêts des contractants*, en *RTD Com.*, París, 1999, p. 327.

⁴³ D. BAKOUICHE, *op. cit.*, p. 263.

⁴⁴ P. CROCQ, *Droit des sûretés*, janvier 2010-décembre 2010, Recueil Dalloz, París, 2011, pp. 406 y ss.

alidad como consecuencia de dicha intervención jurisprudencial, la reacción del legislador no se hizo esperar. Esta circunstancia explica la consagración positiva de la proporcionalidad en el ámbito del derecho común.

Las críticas que una tal intervención legislativa ha suscitado no son pocas. La doctrina denuncia que la generalización de la exigencia de proporcionalidad con base en los criterios previstos en el derecho del consumidor afecta de manera grave la eficacia de la garantía, debido precisamente a la protección excesiva del fiador. De acuerdo con lo anterior, el análisis de la proporcionalidad en el derecho común de la fianza exige que estudiemos en primer lugar el sistema equilibrado desarrollado por la jurisprudencia (A) para abordar enseguida el carácter desequilibrado de la consagración legal de la proporcionalidad sobre la base del derecho del consumidor (B).

A. El sistema jurisprudencial: un sistema equilibrado

El análisis de la jurisprudencia concerniente a la evolución de la exigencia de proporcionalidad como mecanismo de protección del fiador en el ámbito del derecho común revela que, a diferencia del sistema previsto en el derecho del consumidor, se trata de un sistema equilibrado. Esto obedece no solo al hecho de que por medio de la responsabilidad civil se lograba sancionar al acreedor por hacer suscribir una fianza manifiestamente desproporcionada, sin que ello implicara, sin embargo, la liberación total del fiador, sino también a que la proporcionalidad no podía ser invocada por todos los garantes. En efecto, el garante no profano no podía beneficiarse del imperativo de proporcionalidad.

1. La responsabilidad civil como mecanismo útil para equilibrar los intereses del acreedor y los del fiador

La incursión de la proporcionalidad en el ámbito del contrato de fianza del derecho común tiene su origen con una decisión de la Sala Comercial de la Corte de Casación francesa proferida el 17 de junio de 1997, conocida como la sentencia *Macron*⁴⁵. En dicho pronunciamiento, la Corte aprueba la decisión de los jueces del fondo de condenar al acreedor al pago de los daños y perjuicios ocasionados al garante, y de ordenar la compensación de dicha suma con la debida por este último, precisamente bajo la consideración de que el acreedor había incurrido en un comportamiento culposo por haber solicitado una garantía excesiva. Es importante señalar que se trataba específicamente de un caso en el cual el presidente del Consejo de administración de una sociedad había suscrito un contrato de aval⁴⁶ en

⁴⁵ Cass. com., 17 juin 1997, pourvoi n.º 95-14105, *JCP, ed E*, II, 1007, nota de D. LEGEAIS; *Defrénois*, 1997, art. 36703, p. 1424 y ss., n.º 158, obs. L. AYNES; *RTD civ.*, 1998, 100, Obs. J. MESTRE et 157 P. CROCQ; *RTD com.*, 1997, 662, obs. M. CABRILLAC.

⁴⁶ Ver nota *supra* 11.

favor de un banco con el propósito de garantizar todas las deudas de dicha sociedad. El objeto de la operación realizada explica que el caso no pudiera encuadrarse en el ámbito del derecho del consumidor. La condena al acreedor al pago de los daños y perjuicios ocasionados al avalista, correspondiente al monto del exceso en la garantía, así como la orden de compensación de dicha suma con el de la garantía suscrita, tenía por consecuencia finalmente la reducción de la garantía al monto de podía ser asumido por el avalista según sus bienes e ingresos⁴⁷.

Antes de dicho pronunciamiento y en los casos en que el garante consideraba que el contrato suscrito era desproporcionado en relación con su capacidad patrimonial, la única vía que parecía abierta para sustraerse de su responsabilidad era la de solicitar la anulación del contrato con fundamento en un vicio del consentimiento, específicamente el concerniente al error en la sustancia o calidad esencial del objeto. El argumento invocado de manera frecuente consistía en afirmar que no había sido consciente de las implicaciones patrimoniales del contrato en relación con su capacidad de endeudamiento. Sin embargo, la jurisprudencia se mostraba reticente a acoger favorablemente dicho argumento⁴⁸, aunque las razones alegadas no eran claras y suscitaban numerosos interrogantes. La decisión proferida por la primera sala civil de la Corte de Casación el 2 de abril de 1997⁴⁹ es una muestra clara de dicha situación de incertidumbre, porque la Corte se limita, a efectos de descartar el vicio del consentimiento alegado, a afirmar que el garante tenía los medios económicos suficientes para responder por la deuda, lo que implícitamente daba a entender que sólo los garantes desprovistos de recursos necesarios podían solicitar la anulación del contrato con fundamento en el error como vicio del consentimiento⁵⁰.

Debido a esta circunstancia, la doctrina mayoritaria está de acuerdo con que sólo a partir de la sentencia *Macron* es posible considerar una exigencia general de proporcionalidad en el derecho común de la fianza. Como lo mencionamos, el fundamento para comprometer la responsabilidad del acreedor residiría en el hecho de haber incurrido en un comportamiento culposo. Esta decisión pone de presente que la sanción al acreedor tendría lugar por la violación del deber de advertir al garante a propósito de las implicaciones patrimoniales del contrato celebrado. Específicamente, el principio de la buena fe justificaría una obligación a cargo del acreedor de disuadir al garante de comprometerse bajo condiciones que no se ajustan a su situación patrimonial. Esta obligación no se limitaría, en la

⁴⁷ D. LEGAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, op. cit., pp. 140-141; S. PESENTI, cit., p. 16; P. CROCQ, *Sûretés et proportionnalité*, cit., p. 310; P. CROCQ, *RTD civ.*, janvier-mars, 1998, p. 158.

⁴⁸ Así por ejemplo, es rechazado el argumento de la existencia de un error en cuanto a la solvencia del deudor: *Cas.com.*, 11 janvier 1994, *Bull. civ. IV*, 1994, n.º 15, p. 12.; o incluso un error con fundamento en un juicio desacertado a propósito de los riesgos del contrato: *Cass. civ. 1^{ère}*, 13 novembre 1990, *Bull. Civ. I*, 1990, n.º 242, p. 172.; Igualmente, la Corte afirma que la desproporción entre los recursos del garante y el monto de la garantía no representa un error en la sustancia: *Cass. civ. 1^{ère}*, 17 juillet 1996, *Juris-Data*, n.º 3294.

⁴⁹ *Cass. civ. 1^{ère}*, 2 avril 1997, *Bull. civ. I*, n.º 114; *JCP G*, 1997, II, 22927, nota de J. CASEY.

⁵⁰ Y. PICOD, *Proportionnalité et cautionnement*, cit., p. 852.

opinión de algunos autores, a una simple obligación de consejo, sino que implicaría una obligación de injerencia en los negocios del garante⁵¹.

Conforme a lo expuesto, consideramos posible afirmar que si el acreedor, no obstante la celebración de un contrato de garantía manifiestamente desproporcionado, logra demostrar que cumplió no solo con la obligación de advertir al garante acerca de las implicaciones patrimoniales de dicho contrato, sino también con la de adelantar las medidas necesarias a efectos de establecer la capacidad de endeudamiento de aquel, no debería finalmente ver comprometida su responsabilidad, por cuanto la causa de la formación del contrato desequilibrado no residiría finalmente en una falta de diligencia de su parte⁵².

Lo anterior pone de presente que la proporcionalidad, de acuerdo con los parámetros desarrollados por la jurisprudencia en el ámbito del derecho común, no responde de manera exacta a lo que prevé el artículo L. 313-10 del Código del Consumidor. En efecto, y en aplicación de las reglas y los principios de la responsabilidad civil, el contrato de garantía produciría en todo caso sus efectos, sino que dicha eficacia sería limitada en todos aquellos casos en que la desproporción manifiesta fuera la consecuencia de un comportamiento contrario a la buena fe por parte del acreedor, en la medida en que el fiador no estaría obligado a responder sino en la proporción en que su capacidad económica se lo permitiera⁵³.

No obstante lo anterior, resulta inexacto afirmar que la exigencia de proporcionalidad consagrada por el legislador en el ámbito del derecho del consumidor no ejerció ninguna influencia en el desarrollo jurisprudencial de la proporcionalidad en el derecho común. En efecto, y para que haya lugar a sancionar al acreedor, los jueces se refieren sistemáticamente a la necesidad de constatar una desproporción manifiesta, noción que nos reenvía necesariamente a la disposición prevista en el derecho del consumidor. En la medida en que no existen parámetros determinados para constatar dicha desproporción, los jueces en el ámbito del derecho común se refieren a los criterios orientadores establecidos por la jurisprudencia en los casos de las fianzas cobijadas por el derecho del consumidor, en el sentido de exigir que se trate de una desproporción flagrante o evidente⁵⁴.

A pesar de lo expuesto, y sin desconocer la utilidad de la proporcionalidad en cuanto que mecanismo útil para salvaguardar los intereses de los fiadores, los jueces empiezan a reconocer que no resultaría equitativo aplicarla en todos los casos. Esto explica una tendencia generalizada a rechazar la protección del garante no profano por medio de la proporcionalidad. La razón de ser y las implicaciones de una limitación en dicho sentido serán objeto de estudio a continuación.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 856.

⁵² Así, por ejemplo, en el caso en que el fiador oculte información acerca de sus ingresos y patrimonio o realice maniobras fraudulentas para ocultar el estado de sus finanzas.

⁵³ S. PIEDELIÈVRE, *Le cautionnement excessif*, cit., p. 857.

⁵⁴ S. PIEDELIÈVRE, *ibíd.*, p. 854; C. A. Versailles, 31 octobre 1997, *RTD civ.*, 1998, n.º 421, obs. P. CROCQ., C. A. Lyon, 16 janvier 1998, *JCP*, 1999, I, 116, n.º 6, obs. P. DELEBECQUE et P. SIMLER; C. A. Paris, 27 novembre 1998, *JCP.*, 1999, II, 10092, obs. J. CASEY.

2. *La imposibilidad para el garante no profano de invocar la exigencia de proporcionalidad en su favor*

Por una decisión de la sala comercial del 8 de octubre de 2002 conocida como la sentencia *Nahoum*⁵⁵, la Corte de Casación francesa restringe el ámbito de aplicación de la proporcionalidad, reconocida en principio y de manera general en favor de todos los fiadores, según los términos de la sentencia *Macron*. El caso objeto de estudio se refiere a dos dirigentes de una sociedad anónima que habían suscrito una fianza con el propósito de garantizar un porcentaje de los préstamos adquiridos por dicha sociedad para la realización de una operación inmobiliaria. La garantía suscrita ascendía a la suma de 23.500.000 francos mientras que los ingresos mensuales de los garantes correspondían a 30.000 francos. La sociedad se ve incurso en un proceso de liquidación judicial y por esta razón el acreedor inicia un proceso de ejecución contra los fiadores, quienes contestan dicha demanda argumentando que el establecimiento de crédito debía ser declarado responsable por haberles hecho suscribir una garantía que no guardaba relación con sus reales capacidades económicas para responder por la deuda. La Corte de Apelaciones de París desestima la excepción de los fiadores basada en la suscripción de una garantía desproporcionada, ya que a su juicio, para establecer dicha desproporción, habría lugar a tener en cuenta los beneficios esperados de la operación inmobiliaria proyectada por la sociedad y no el patrimonio efectivo de los fiadores.

Si bien es cierto que la Sala Comercial rechaza el recurso de casación interpuesto por dichos fiadores y confirma la decisión de la Corte de Apelaciones de París, ella lo hace por una sustitución de motivos, modificando así su jurisprudencia en lo que concierne a la exigencia de proporcionalidad en el ámbito del derecho común de las garantías personales y específicamente la fianza. En efecto, la Corte sostiene que para determinar si el acreedor había incurrido en un comportamiento reprochable por haber hecho suscribir una garantía desproporcionada, el fiador debía demostrar que dicho acreedor tenía, acerca de sus ingresos, su patrimonio y sus facultades de reembolso razonablemente previsibles de acuerdo con el éxito esperado de la operación inmobiliaria proyectada, informaciones que él mismo, en tanto que directivo y garante de la sociedad caucionada, desconocía⁵⁶.

⁵⁵ Cass. com., 8 octobre 2002, pourvoi n.º 99-18619: *JCP E*, n.º 1730, nota de D. LEGEAIS; *RTD civ.*, 2003, 125 y ss. obs. P. CROCCQ; *Défrénois*, 2003, p. 456, obs. P. THÉRY; *Revue contrats, concurrence, consommation*, 2003, n.º 20, obs. L. LEVENEUR.

⁵⁶ Esto se justificaría no solamente en razón del interés personal y patrimonial del garante respecto de la operación de la sociedad, sino también porque la asunción del riesgo de la empresa por el directivo implicaría que su compromiso en cuanto garante tuviera más que una vocación financiera una vocación moral. En efecto, podría pensarse que el directivo espera poder retirar un beneficio personal importante de la operación adelantada por la sociedad y que por ello sería posible permitirle que asumiera un compromiso no solamente tomando en cuenta sus recursos económicos presentes, sino también aquéllos recursos económicos futuros, con base en los resultados esperados de la operación garantizada. En este sentido:

Podemos observar entonces, que con esta decisión la Corte de Casación francesa establece una distinción en cuanto a la calidad del garante, ya que en los eventos en los que se trate de una persona que ostente la calidad de directivo de la sociedad caucionada no podría prevalerse de la proporcionalidad en su favor. Lo anterior se justificaría en la medida en que si la sanción del acreedor tiene por fundamento un comportamiento culposo de su parte por la violación de una obligación de información frente al garante, resultaría injustificado extender dicha protección en favor del garante cuando éste tenga plena consciencia de las implicaciones patrimoniales de la garantía suscrita.

Es importante aclarar, sin embargo, que aun en los casos en que uno de los directivos preste caución a favor de dicha sociedad la protección sería posible en la medida en que se logre demostrar que el acreedor tenía una mayor información que la del garante acerca de la capacidades de reembolso, tanto presentes como futuras, de este último, así que a propósito del éxito de la operación caucionada⁵⁷. Al contrario, y la jurisprudencia así lo ha sostenido, cuando el garante es un simple socio de la compañía caucionada no habría lugar a considerar que se trata, por esta sola circunstancia, de un garante advertido. En efecto, la calidad de socio no implica necesariamente que la persona conozca claramente las implicaciones económicas de la garantía suscrita⁵⁸.

De acuerdo con lo anterior, sería posible afirmar que el desarrollo jurisprudencial de la proporcionalidad en el derecho común de las garantías personales en cuanto mecanismo de protección principalmente del fiador, aunque en algunas ocasiones reconocido expresamente en favor del avalista, se había consolidado como un sistema equilibrado no solo porque con base en las reglas de la responsabilidad civil se había logrado una protección equilibrada entre los intereses del acreedor y los del garante, sino también en la medida en que la calidad del garante, profano o advertido, no resultaba indiferente a efectos de determinar si se justificaba o no dicha protección⁵⁹.

Ante un eventual retroceso de la proporcionalidad debido el encuadramiento realizado por la jurisprudencia, el legislador intervino con el propósito de consagrar una exigencia general de proporcionalidad en el ámbito del derecho común de la fianza, y de hacerlo con base en los parámetros que había establecido inicialmente

C. KOERING, *Caution dirigeant: la fin des échappatoires*, en *Dalloz, hebdomadaire*, 179, 6 février, 2003, n.º 6, 7103, p. 414.

⁵⁷ Cass. com., 21 juin 2005, en *Revue du droit bancaire et financier*, sept-oct., 2005, n.º 167, obs., D. LEGEAIS.

⁵⁸ Cass.com., 6 février 2007, n.º 04-15.362, en *Recueil Dalloz*, 2007, p. 575, obs., V. AVENA-ROBARDET.

⁵⁹ F. BOUCARD, *Revue de droit bancaire et financier*, n.º 5, septembre 2007, étude 17: "Le profane est celui qui n'est pas en mesure d'apprécier lui-même les risques de l'opération pour laquelle il envisage de souscrire un emprunt ou de donner sa caution. En matière de cautionnement, le critère retenu est celui du degré d'implication de la caution dans l'opération cautionnée ou dans les affaires de l'emprunteur. Est réputée avertie la caution exerçant des fonctions de direction dans la société débitrice, ou celle qui est directement impliquée".

en el derecho del consumidor. Esto tuvo como consecuencia la generalización de un sistema desequilibrado. En este orden de ideas, debemos analizar las implicaciones de dicha intervención legislativa.

B. La consagración legal de la exigencia de proporcionalidad sobre la base del derecho del consumidor: la generalización de un sistema desequilibrado

La ley del 1.º de agosto del 2003 relativa a la iniciativa económica, conocida como la "ley Dutreil", introdujo en el Código del Consumidor francés, específicamente en el título IV concerniente a la fianza, el artículo L. 341-4, por medio del cual extendió la exigencia de proporcionalidad no solo en cuanto a su ámbito de aplicación material u objetivo sino también en cuanto a su ámbito de aplicación subjetivo. Dicho artículo dispone que "un acreedor profesional no puede prevalerse de un contrato de fianza celebrado con una persona física, en los casos en los que dicho contrato sea, al momento de su celebración, manifiestamente desproporcionado en relación con los bienes e ingresos de dicho fiador, a menos que su patrimonio, al momento en que es ejecutado, le permita responder por la deuda garantizada".

Podemos observar que esta disposición corresponde al artículo L.313-10 del Código del Consumidor en lo que concierne no solo al criterio de apreciación de la desproporción manifiesta sino también respecto de la sanción prevista. En efecto, la norma prevé no solo la necesidad de la constatación de una desproporción manifiesta entre la garantía suscrita y los bienes e ingresos del fiador, sino también la imposibilidad absoluta para el acreedor de beneficiarse de la garantía, salvo en los casos en que el fiador se vuelva solvente y pueda responder. La finalidad de la norma entonces, no es la de permitir que el garante obtenga una indemnización por los daños y perjuicios, y que por medio de ella se le permita compensar parcialmente el monto de la garantía excesiva, sino la de privar de toda eficacia a la garantía y, en consecuencia, la de permitir la liberación absoluta del fiador en los casos en que la desproporción manifiesta sea constatada. La Corte de Casación francesa lo afirmó claramente en una decisión del 22 de junio de 2010:

La sanción del carácter manifiestamente desproporcionado de la garantía del fiador es la imposibilidad para el acreedor profesional de prevalerse de la misma. La consecuencia de ello es que como la sanción no tiene por finalidad la reparación de un perjuicio, no hay lugar a apreciar dicha sanción en relación con la medida de la desproporción⁶⁰.

No obstante lo anterior, el ámbito de aplicación de la norma es más amplio, tanto desde un punto de vista subjetivo como desde un punto de vista material u objetivo. En cuanto a lo primero, la disposición mencionada comprende las fianzas suscritas por una persona física, incluso cuando se trate del caso en el que el directivo de

⁶⁰ Cass. com. 22 juin 2010, n.º 09-67814.

una sociedad es quien garantiza cualquiera de las operaciones de dicha sociedad⁶¹, lo que se explica porque precisamente la protección de estas personas era una de las principales preocupaciones de la ley Dutreil. Respecto del beneficiario de la garantía, debe tratarse de un profesional, categoría amplia que abarca no solo a los organismos expresamente señalados por el artículo L. 313-10 del Código del Consumidor, sino a cualquiera persona, física o moral, que actúe en el marco de una actividad habitual y organizada de producción, distribución o de prestación de un servicio⁶². En cuanto a lo segundo, es pertinente señalar que para que haya lugar a la aplicación de la norma no es necesario que las operaciones caucionadas correspondan a un crédito al consumo o a un crédito inmobiliario.

Teniendo en cuenta el ámbito subjetivo de aplicación del artículo L. 341-4 en mención, las únicas fianzas excluidas de él serían aquellas suscritas por las personas morales así que aquellas consentidas entre los particulares, casos que, como bien lo afirma Y. PICOD, no corresponden a un número significativo, y que en todo caso podrían verse cobijados por las decisiones *Macron* y *Naboum*⁶³.

La doctrina mayoritaria ha criticado la generalización de la proporcionalidad en los términos antes señalados y ello no solo porque se considera que el garante, en los casos en que se trate de un directivo de la sociedad caucionada, contaría con un instrumento poderoso que le permitiría liberarse injustificadamente de un contrato válidamente celebrado, sino también porque la sanción prevista en la disposición mencionada, como tuvimos la oportunidad de señalarlo al momento de analizar las características de la exigencia de la proporcionalidad en el derecho del consumidor, es una medida radical que tiene como consecuencia la liberación total del garante⁶⁴.

Estas circunstancias revelan un retroceso criticable en relación con el sistema pretoriano desarrollado antes de la consagración del artículo L.341-4 del Código del Consumidor. En efecto, el sistema jurisprudencial basado en la responsabilidad civil resultaba, a nuestro parecer, equitativo. Por medio de dicho sistema se conciliaban los dos intereses en juego: el acreedor no se veía privado de la posibilidad de ejecutar la garantía, sino que había lugar, indirectamente, a la reducción de ella; en cuanto al fiador, éste no resultaba finalmente obligado que en la medida en que su capacidad económica se lo permitía, evitando así el riesgo de

⁶¹ Cass. com. 30 mars 2010, n.º 09-65923; Cass. com. 13 avril 2010, n.º 09-66309; Cass. com. 19 octobre 2010, n.º 09-69203; Cass.com. 1 février 2011, n.º 10-10523.

⁶² J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, op. cit., n.º 3, p. 4; Y. PICOD et H. DAVO, op. cit., n.º 39, p. 25.

⁶³ Y. PICOD, *Cautionnement et proportionnalité*, cit., p. 848: "Bien qu'inscrite dans le Code de la consommation (Article L. 341-1), elle vise en effet tous les professionnels ayant fait souscrire un cautionnement à une personne physique. Cela réduit le cautionnement de droit commun à une peau de chagrin, dans la mesure où la plupart des cautionnements sont souscrits par des personnes physiques auprès de créanciers professionnels. Seules seront donc exclus les cautionnements souscrits par des personnes morales (parmi lesquels le cautionnement bancaire ou mutuel) et ceux conclus entre particuliers".

⁶⁴ Ver *supra* pp. 8 y ss.

verse afectado por una situación de sobreendeudamiento. Así mismo, el hecho de restringir la protección a los garantes profanos se justificaba en la medida en que el fundamento de la sanción residía en la violación de un deber de información a cargo del acreedor.

Precisamente, y en razón de las dudas acerca de la oportunidad de la sanción relativa a la privación total de la eficacia de la garantía contra el acreedor, una comisión para la reforma del derecho de las garantías en Francia, en el 2006, presidida por el profesor M. GRIMALDI, había propuesto la inclusión de un artículo 2035 en el Código Civil francés con el propósito de regular la exigencia de proporcionalidad en el ámbito del derecho común de la fianza y sobre todo a efectos de modificar la sanción prevista. La redacción propuesta era la siguiente:

La fianza suscrita a título no profesional por una persona física será reducible en los casos en los que se observe que al momento de su celebración era manifiestamente desproporcionada en relación con los ingresos y el patrimonio del fiador, salvo que al momento de la ejecución de la garantía, el patrimonio del fiador le permita responder por la obligación.

El objetivo, entonces, era el de garantizar la protección del fiador, sin que dicha protección tuviera como consecuencia el menoscabo de los intereses del acreedor⁶⁵. Por esta razón, la sanción prevista no era la de la ineficacia total de la fianza y con ello la liberación absoluta del fiador, sino la reducción de la obligación de éste último de acuerdo con su capacidad económica. Como lo afirma un sector importante de la doctrina, la reducción es la sanción lógica y natural en los casos de exceso⁶⁶. En el caso objeto de estudio, la reducción de la garantía permitiría garantizar una verdadera protección del fiador, ya que por medio del ajuste del monto de su obligación en la medida de sus posibilidades financieras, se impediría el riesgo de un sobreendeudamiento de su parte, sin afectar pese a ello al acreedor, quien finalmente se encontraría protegido contra la eventual inejecución por parte del deudor. Dicho de otra manera, se trataría de volver a otorgar a la fianza una eficacia necesaria, conforme a su naturaleza jurídica en cuanto instrumento de refuerzo del crédito.

Infortunadamente, y en razón del carácter restrictivo de la ley de habilitación del 26 de julio de 2005, dicha disposición no fue consagrada en el Código Civil francés. Así, en el derecho positivo francés, tanto en el ámbito del derecho del consumo como en el ámbito del derecho común, la sanción de una fianza desproporcionada es la imposibilidad para el acreedor de prevalerse de ella, es decir, la ineficacia absoluta de la garantía.

⁶⁵ C. MAURY, "Observations sur les récentes évolutions du principe de proportionnalité dans le cautionnement", LPA, art. préc., n.º 27.

⁶⁶ D. BAKOUICHE, *L'excès en droit civil*, op. cit., p. 263.

CONCLUSIÓN

Sin duda alguna, la proporcionalidad constituye una herramienta útil e indispensable a efectos de asegurar una protección especial del fiador contra el riesgo de sobreendeudamiento y la ruina que dicho sobreendeudamiento podría ocasionarle, y ello independientemente de las dificultades que existen para establecer el carácter de un contrato desproporcionado o más aún de uno manifiestamente desproporcionado. En efecto, consideramos que el caso de la jurisprudencia francesa demuestra que aunque se trata de una labor difícil en la medida en que no existen baremos establecidos, el juez se encuentra capacitado para establecer en cada caso concreto dicha desproporción, con base, necesariamente, en los criterios orientativos que se han ido decantando gracias a la labor de la Corte de Casación.

Igualmente, el imperativo de proporcionalidad se justifica en la medida en que así como el deudor es objeto de una protección cada vez más importante no solo por parte del legislador sino también del juez, la obligación especial de información no constituye que uno de los ejemplos reveladores de dicha protección, no existe razón alguna, a nuestro juicio, para considerar que el fiador, quién finalmente está llamado a ejecutar la obligación del deudor en caso de que éste no lo haga, deba ser privado de estas medidas protectoras.

Lo que resulta criticable, sin embargo, es que bajo el pretexto de proteger al fiador, o, más bien, de sobreprotegerlo, la proporcionalidad se haya convertido en un mecanismo con el cual se menoscaban abiertamente los intereses del acreedor, poniendo en entredicho la filosofía misma del derecho de garantías. En efecto, para nadie es desconocido que la razón de ser de la garantía reside, precisamente, en la posibilidad de asegurar al acreedor frente al posible riesgo de incumplimiento del deudor.

En este orden de ideas, el hecho de sancionar al acreedor con la pérdida de la posibilidad de prevalerse de una garantía válidamente constituida nos parece injustificado en la medida en que, insistimos, existen vías más respetuosas de la filosofía del derecho de garantías que permitirían no solo proteger al fiador sino también proteger al acreedor, y al mismo tiempo sancionar a este último por haber incurrido en un comportamiento contrario a la buena fe. La prueba de ello es el sistema equilibrado que la jurisprudencia había logrado consolidar con base en la puesta en marcha de la responsabilidad civil, por medio del cual la garantía manifiestamente desproporcionada resultaba, en últimas, reducida con base en la real capacidad de endeudamiento del fiador, sanción que a nuestro juicio es la más adecuada en todos aquellos casos en los cuales se esté en presencia de un exceso.

Finalmente, e independientemente de las dificultades propias de la determinación del carácter manifiestamente desproporcionado, como de las críticas concernientes al carácter excesivo de la sanción prevista, la incidencia de la proporcionalidad en el derecho de la fianza conduce a preguntarse hasta qué punto la proporcionalidad podría extenderse hasta cobijar a otros garantes personales,

como, por ejemplo, a los garantes autónomos, y ello teniendo en cuenta su reciente consagración en el derecho positivo francés como una garantía personal, al lado de la fianza. Bien podríamos afirmar que dicha extensión no ocasionaría ningún tipo de dificultad, y sería posible argumentar a favor de esta posición que así como la Corte de Casación francesa ha permitido que los avales se beneficien del imperativo de proporcionalidad, no resultaría legítimo privar al garante autónomo de dicha posibilidad. Sin embargo, valdría la pena preguntarse si dicha solución se compadecería con la finalidad y los orígenes de la garantía autónoma.