

La tutela cautelar del fiador como garantía del futuro reembolso en el derecho italiano

FRANCESCO GAMBINO*

Sumario: I. *Secuestro conservativo y relevo por caución*. II. *Insolvencia del deudor y periculum in mora*. III. *Acción de relevo y quiebra del deudor*. IV. *Fumus boni iuris y proximidad del crédito de regreso*.

Resumen

En este artículo se señalan algunos problemas interpretativos alrededor de las medidas cautelares preventivas y de la acción de relevo por caución en el derecho civil y procesal italianos (la acción de relevo en el derecho colombiano encuentra su similar en el art. 2394 del Código civil). El secuestro y embargo preventivos se fundan en un crédito que ya existe; la acción de relevo en un crédito eventual e incierto. La cuestión está en preguntarse si el deudor, frente a una pretensión crediticia todavía incierta (la del fiador que podría llegar a pagar), deba en todo caso tolerar la invasión en su esfera patrimonial y sufrir la indisponibilidad de los bienes por un valor igual al futuro crédito de regreso.

Palabras clave: medida cautelar, acción de relevo, acción de regreso, secuestro preventivo, *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, expectativa de crédito, fiador.

* Profesor Extraordinario de Derecho Privado y de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Macerata, Italia. Autor de diferentes ensayos y de dos monografías: *Normalità dell'alea e fatti di conoscenza* (Giuffrè, 2001), *Problemi del rinegoziare* (Giuffrè, 2004); autor de la voz *Rinegoziatione (dir. civ.)*, en la *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 2007. Miembro de la *Association Henri Capitant*. Correo electrónico: francesco.gambino@studio-gambino.it. Traducido al español por José Félix Chamie. Fecha de recepción: 2 de diciembre de 2009. Fecha de aceptación: 15 de febrero de 2010.

I. SECUESTRO PREVENTIVO O CONSERVATIVO Y RELEVO POR CAUCIÓN

¿Puede el fiador, antes de pagar al acreedor, obtener un secuestro conservativo o preventivo sobre los bienes del deudor? ¿Cuál es la relación entre la eventualidad del derecho y el reconocimiento de medidas cautelares? ¿De qué manera, respecto del derecho de regreso, el fiador que se encuentra en posición de simple expectativa se puede asimilar al titular de un derecho de crédito? A estos interrogantes la jurisprudencia italiana ha dado respuestas inciertas y oscilantes¹ que gravitan alrededor de dos normas: el art. 1953 del Código civil italiano, que reconoce al fiador la acción de relevo y dispone que en los casos previstos en la norma², "incluso antes de haber pagado" al acreedor, el fiador "puede actuar contra el deudor para que éste lo libere de su obligación, o, en su defecto, preste las garantías necesarias para asegurar la satisfacción de las eventuales expectativas en la acción de regreso"; y el art. 671 del Código de procedimiento civil italiano³, según el cual "el juez, a petición del acreedor que tiene un fundado temor de perder la garantía del propio crédito, puede autorizar el secuestro preventivo o conservativo de bienes muebles e inmuebles del deudor o de las sumas y cosas que a él se le deben, dentro de los límites en los que la ley permite su embargo".

La comparación entre las dos normas revela de inmediato los términos problemáticos de la relación entre el instrumento del secuestro conservativo y la acción dirigida, en el ámbito de un proceso de conocimiento, a la condena al deudor

- 1 Para la posición que supone un derecho de crédito *actualmente existente* incluso sujeto a condición, no líquido y exigible, en la concesión del secuestro preventivo, ver, en la variedad de los tipos concretos, Cas. 28 enero 1994, n. 864, en *Gius. civ.*, 1994, I, p. 1203; Tribunal de Agrigento, 10 octubre 1947, en *Giur. it.*, 1950, I, 2, 48; Tribunal de S. María Capua V., 22 febrero 2003, en *Giur. merito*, 2003, p. 1731 y, en particular sobre la posición del *fideiussor*, Tribunal de Ivrea, 11 enero 2007, en *Il merito*, 2007, 4, p. 44 ss. Sobre la postura que admite el secuestro conservativo en presencia también de créditos eventuales o probables, v. Cas. 17 septiembre 1957, n. 3502, en *Gius. civ.*, 1958, I, p. 292; y, más reciente, Tribunal de Milán, 26 junio 2002, en *Giur. it.*, 2003, p. 494 ss., que recibió algunas líneas argumentativas de la doctrina (v. al respecto SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano, 1968, p. 174 ss.; FRAGALI, *Fideiussione. Mandato di credito*, en *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 1936-1959, Bologna-Roma, 1968, p. 414; ROSELLI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, en *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino 1990, p. 358 ss.; ZUMPANO, voz *Sequestro conservativo e giudiziario*, en *Enc. dir.*, Milano, 1990, XLII, p. 116). Vide, en el análisis de los presupuestos del secuestro preventivo, los argumentos considerados en las decisiones del Tribunal de Sassari, 23 abril 1999, en *Riv. giur. sarda*, 2001, p. 389 ss. y del Tribunal de Roma, 22 julio 1994, en *Gius.*, 1994, fasc. 17, p. 74 ss.
- 2 Los casos son los siguientes: 1) cuando el fiador es demandado en juicio por el pago; 2) cuando el deudor quede insolvente; 3) cuando el deudor se obligó a liberarlo de la fianza en un tiempo determinado; 4) cuando el débito se haga exigible por el vencimiento; 5) cuando hayan transcurrido cinco años y la obligación principal no tenga un término, siempre que ella no sea de tal naturaleza que no se pueda extinguir antes de un tiempo determinado.
- 3 El secuestro, como medio de conservación de la garantía patrimonial, está incluido también en el ámbito del capítulo V del libro VI del Código Civil italiano en los arts. 2905-2906.

para que preste "las garantías necesarias" para satisfacer los eventuales intereses en la acción de regreso (valga decir, la acción de relevo por caución). El primero se funda en un crédito que si bien identificado sumariamente, es actual y existente, y del cual el *accedor* teme perder la garantía; la segunda, sobre un crédito eventual e incierto, el de regreso, y para el cual el *fiador* exige garantías idóneas para el ejercicio de sus expectativas futuras. Pero cabe preguntarse si el deudor, frente a una pretensión crediticia todavía incierta, deba en todo caso – y con base en cuáles presupuestos– tolerar la invasión en su esfera patrimonial y sufrir la indisponibilidad de los bienes por un valor igual al futuro crédito de regreso. El problema "frente a un crédito que todavía no ha nacido, que podrá o no nacer"⁴, está en concebir la sustracción de la disponibilidad y del goce de los bienes del deudor: comprimir el ejercicio pleno y exclusivo de su derecho de propiedad en razón de una obligación que está por surgir, para atar entonces la garantía patrimonial genérica a un débito eventual y futuro⁵.

Ambos instrumentos, el secuestro conservativo y la acción de relevo por caución, tienen carácter preventivo⁶, pero en un caso la tutela pertenece al *genus* de los procedimientos sumarios y cautelares, y está prevista en función de la ventaja de la ejecución por expropiación, en el otro constituye una forma cautelar perseguida en el ámbito de un juicio de mérito y conocimiento pleno. El secuestro preventivo es un remedio con energía inmediata y penetrante: los bienes se sustraen a la disponibilidad del deudor y los respectivos actos de disposición no son oponibles al acreedor⁷. En cambio, en el relevo por caución el fiador que incluso obtenga la sentencia de condena del deudor a procurar las garantías necesarias, no puede sino esperar un comportamiento acorde con el contenido de la sentencia.

Con la acción de relevo el fiador no obtiene la garantía sobre los bienes, sino el derecho a un futuro comportamiento del deudor que, si bien dirigido a procurarle una garantía idónea, puede o no suceder; y frente al cual el fiador está desarmado e impotente, forzado a soportar el riesgo de que la garantía patrimonial del deudor, que asiste sus obligaciones (art. 2740 Cód. civ. it.), se reduzca o desaparezca del todo. En este contexto, el fiador no puede sino contar con un instrumento de

4 ROSELLI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, en *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino 1990, p. 358, que sobre el punto menciona la línea doctrinal que equipara el crédito condicionado con el crédito inexistente.

5 La garantía patrimonial genérica (art. 2740, inc. 1º C. c. it.) mediante la cual "el deudor responde del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros", presupone la certeza de las obligaciones de las que el deudor responde con todo su patrimonio.

6 En caso de insolvencia del deudor, la urgencia y el carácter provisorio de la tutela por caución dejan ver las características propias de la medida cautelar, FRAGALI, *Fideiussione...*, pp. 416-417.

7 Con base en el art. 2906 inc. 1º C. c. it., "no tienen efecto en perjuicio del acreedor secuestrante las disposiciones y los otros actos que tienen por objeto la cosa secuestrada, de conformidad con las reglas establecidas para la prenda".

presión determinado ya por las consecuencias adversas que se sigan a la inobservancia de una orden jurisdiccional⁸, ya con base en el nuevo art. 614 – *bis* C. p. c. it., por la suma de dinero fijada por el juez en la sentencia para toda violación o inobservancia sucesiva⁹; ya mediante el resarcimiento del daño, cuando este haya sido pedido en otro juicio, precisamente el de incumplimiento de la obligación del deudor de proveer garantía idónea. Entonces, cabe preguntarse si, a instancia del fiador, puede el juez autorizar el secuestro preventivo de los bienes del deudor, por un valor igual al crédito garantizado. Es decir, ¿puede el fiador obtener hoy lo que confiadamente espera que el deudor le procurará mañana?

II. INSOLVENCIA DEL DEUDOR Y *PERICULUM IN MORA*

El primer problema surge de los presupuestos de la tutela cautelar: si es suficiente la verificación de uno de los casos previstos en el art. 1953 C. c. it. (que se demande en juicio al fiador por el pago, que el deudor se encuentre insolvente, etc.), o son necesarios los requisitos propios del secuestro conservativo, es decir, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

Partamos del último, que consiste en el fundado temor de la disminución o pérdida de la garantía patrimonial, constituida por el patrimonio del deudor (art. 2740 C. c. it.). Es necesario probar el *periculum in mora*, ¿o el fiador puede limitarse a demostrar la subsistencia, en el supuesto concreto, de uno de los presupuestos de la acción de relevo? En efecto, en la doctrina se ha dicho que cuando “el fiador considera necesario emplear su acción de relevo” mediante la instancia de secuestro preventivo, “no se le puede imponer que demuestre la existencia de un temor fundado de perder las garantías del propio crédito (art. 671 C. p. c. it.), y bastará que él pruebe la existencia de los presupuestos del relevo”¹⁰. Con base en una cierta fungibilidad de las dos medidas, el fiador podría agotar una u otra y de tal modo actuar en juicio para obtener, mediante la condena del deudor, las garantías necesarias para satisfacer las eventuales pretensiones de regreso, o bien, con la providencia cautelar de secuestro, para constituir un vínculo jurídico sobre los bienes del deudor.

8 Cfr., en cuanto a las relaciones contractuales de las que derivan obligaciones de hacer no fungibles, Cas. 17 julio 1992 n. 8721, en *Giust. civ., Mass.*, fasc. 7.

9 La reforma de 2009 (Ley 69 de 18 junio 2009) introdujo en el Código de Procedimiento civil italiano el art. 614 – *bis* en materia de obligaciones de hacer no fungibles, en virtud del cual “el juez, a petición de parte y salvo que sea manifiestamente inicu, con la providencia de condena fijará la suma de dinero debida por el obligado en caso de violación o inobservancia sucesiva, o bien en caso de retraso en la ejecución de la providencia. La providencia de condena constituye título ejecutivo para el pago de las sumas debidas por cualquier violación o inobservancia”.

10 FRAGALI, *Fideiussione. Mandato di credito*, cit., p. 414.

Sin embargo, considero que la autonomía de los presupuestos de los dos instrumentos radica precisamente en las distintas finalidades de estos dos remedios cautelares.

El secuestro está encaminado a *conservar* la garantía patrimonial que corresponde a la relación fiduciaria desde el momento de su creación; la acción de relevo, en cambio, está destinada a *constituir* una garantía patrimonial mientras que nace el crédito de regreso. Los casos previstos en el art. 1953 C. c. it. (en particular los numerales 1, 2 y 4) no parecen absorber la exigencia del peligro del empobrecimiento del deudor, y esto porque en la lógica del relevo se diseñan requisitos adicionales. Así, por ejemplo, la proximidad de la ejecución (n. 1 y n. 4) por parte del acreedor de la garantía fiduciaria, indica la probabilidad del nacimiento de un crédito de regreso, de cuya exigibilidad el fiador puede cautelarse iniciando un proceso de conocimiento para que el deudor preste garantías idóneas.

De mayor complejidad, a la luz de la aparente semejanza con el requisito del *periculum in mora* en el reconocimiento del secuestro conservativo es la insolvencia sobrevenida del deudor (art. 1953 C. c. it., n. 2). En primer lugar, según una tendencia jurisprudencial consolidada, la noción de "insolvencia" del deudor¹¹ como la incapacidad del deudor para hacer frente con regularidad a los propios asuntos, no está en relación con el riesgo de disminución del patrimonio del deudor ni tampoco se identifica con el concepto de "insuficiencia patrimonial"¹². Una cosa es la consistencia del patrimonio del deudor, y otra es la impotencia de éste para cumplir regularmente sus propias obligaciones. La patología de las relaciones sustanciales nada dice en sí de la integridad del patrimonio del deudor, ni del riesgo de su disminución. En esta perspectiva, la insolvencia del deudor es como un *minus* respecto de la insuficiencia patrimonial o del peligro de quebranto de la situación patrimonial. Para la procedencia del secuestro conservativo se necesita algo más: que los acreedores hayan promovido acciones ejecutivas contra el patrimonio del deudor¹³, o que éste haya realizado actos dispositivos de su patrimonio, facilitando así elementos objetivos y subjetivos a riesgo concreto de la disminución de la garantía patrimonial¹⁴. El requisito del *periculum in mora* no se basa en una situación de

11 La noción de insolvencia del deudor también se encuentra en el art. 1186 C. c. it., según el cual, incluso en la hipótesis en la que el término para el cumplimiento de la obligación haya sido establecido a favor del deudor, "el acreedor puede exigir inmediatamente la prestación si el deudor se hizo insolvente o disminuyó, con el hecho propio, las garantías que había dado o no ha dado las garantías que había prometido".

12 En la jurisprudencia en materia societaria, no se discute que el concepto de "insuficiencia patrimonial" es distinto del concepto de "estado de insolvencia", bien puede ocurrir, de un lado, una situación en la que el patrimonio social sea de gran capacidad y al mismo tiempo presentarse de todas maneras un estado de insolvencia; de otro lado, que la insuficiencia patrimonial se manifieste en un momento anterior o sucesivo a la declaración de quiebra: v., recientemente, Cas. 22 abril 2009, n. 9619, en *Gius. civ., Mass.*, 2009, 4, p. 666; Cas. 25 julio 2008, n. 20476, en *Gius. civ., Mass.*, 2008, 9, p. 1296.

13 Tribunal de Milán, 17 noviembre 1994, en *Gius.*, 2004, p. 641 ss.

14 Cas. 13 febrero 2002, n. 2081, en *Gius. civ., Mass.*, 2002, p. 235, que considera, entre

impotencia del deudor para satisfacer regularmente sus obligaciones, en los modos ordinarios y con medios normales, sino en la reducción concreta del patrimonio respecto de aquel que amparaba la relación fiduciaria en su momento inicial. Se comprende entonces la razón por la cual el remedio del relevo por caución, encaminado a obtener del deudor la obligación de facilitar las garantías necesarias, representa una garantía, por así decirlo, atenuada y no invasiva respecto de los medios típicos para la conservación de la garantía patrimonial.

III. ACCIÓN DE RELEVO Y QUIEBRA DEL DEUDOR

La noción de insolvencia como requisito autónomo de la acción de relevo, tiene que ver con la disciplina legislativa de los procedimientos concursales y, en particular, de la quiebra, que ayuda a delimitar el alcance de la fórmula legislativa citada por el art. 1953, n. 2) C. c. it., "cuando el deudor quede insolvente". El deudor "insolvente" contra el que se puede interponer la acción de relevo, es el deudor cuyo estado de insolvencia no ha sido verificado mediante la declaración de quiebra. Entre el deudor *insolvente* y el *quebrado* no hay relación biunívoca: si en realidad es cierto que la quiebra implica la declaración judicial del estado de insolvencia, también lo es que el estado de insolvencia no conduce necesariamente a la quiebra, en cuanto pueden faltar los requisitos, subjetivos y objetivos, para la declaración misma de quiebra.

Pero, una vez proferida la sentencia declarativa de la quiebra del deudor, el fiador pierde la legitimación para la acción de relevo que, en especial en el relevo por caución, le permitiría, luego de la apertura del concurso de acreedores, preconstituir formas adicionales de garantía o caución¹⁵. En tal caso el fiador podrá exigir mediante demanda de admisión al pasivo, el eventual crédito de regreso y ser admitido con reserva, que se podrá resolver en sentido favorable como efecto de la satisfacción integral del acreedor garantizado en el procedimiento concursal o de todas maneras con el pago del fiador¹⁶. En este contexto, la relevancia jurídica de la insolvencia del deudor *ex art. 1953 C. c. it.* parece influida por circunstancias temporales: si la iniciativa del fiador se dio en el periodo inmediatamente anterior a la declaración de quiebra, la eventual garantía otorgada al fiador para la satisfacción

los elementos objetivos, también la capacidad patrimonial del deudor en relación con la entidad del crédito.

- 15 Vide en tal sentido la decisión del Tribunal de Palermo, 5 abril 1983, en *Dir. fall.*, 1984, II, p. 331 ss., con nota de E. Aguglia.
- 16 Tribunal de Milán, 9 mayo 2008, en *Riv. dott. comm.*, 2008, p. 747 ss.; Tribunal de Turín, 2 octubre 1992, en *Fallimento*, 1993, p. 1047 ss.; Tribunal de Turín, 12 noviembre 1991, en *Fallimento*, 1992, p. 417 ss.; Cas. 5 julio 1988, n. 4419, en *Dir. fall.*, 1989, II, p. 30 ss. Se registran, sin embargo, decisiones jurisprudenciales (como la del Tribunal de Brindisi, 8 junio 2004, en *Giur. merito*, 2004, p. 2460 ss.) que excluyen el carácter condicional del crédito de regreso, en cuanto que no ha nacido, con la consecuencia de que no puede ser admitido ni siquiera con reserva.

de las eventuales expectativas de regreso constituye, a la luz de lo dispuesto en el art. 67 de la Ley de Quiebra, objeto de revocatoria; si por el contrario el deudor insolvente fue ya declarado en estado de quiebra, al fiador compete la admisión al pasivo con reserva del eventual crédito de regreso. En esta segunda hipótesis, el fiador que no ha pagado al acreedor antes de la declaratoria de quiebra, con base en los arts. 61, inc. 2º, y 53 inc. 3º de la Ley de Quiebra, se considera acreedor "condicional" en relación con el eventual ejercicio de la acción de regreso contra el deudor quebrado.

IV. FUMUS BONI IURIS Y PROXIMIDAD DEL CRÉDITO DE REGRESO

Sobre la base de que el fiador que solicita un secuestro conservativo debe probar el *periculum in mora*, se abre la cuestión de la existencia del crédito ("el juez, a petición del acreedor") en el supuesto en que el fiador, que no ha pagado aún al acreedor, no es todavía titular del crédito de regreso.

La cuestión está en establecer, desde punto de vista del *fumus boni iuris*, si la autorización del secuestro preventivo se puede justificar también sobre el probable nacimiento de un crédito, y, en particular, sobre el eventual nacimiento del derecho de regreso; y por otra parte, establecer si es posible distinguir, en el ámbito del concepto mismo de eventualidad, entre los distintos grados de probabilidad. El asunto es la compatibilidad entre la incertidumbre del crédito y la concesión de la medida cautelar de secuestro, lo que la letra de la norma parece negar, mientras que acepta su encuadre en el sistema.

En el ordenamiento jurídico italiano hay múltiples normas en las cuales la medida preventiva se admite a pesar de la 'no actualidad' del derecho de crédito: el art. 1356 C. c. it., que permite al enajenante de un derecho bajo condición resolutoria, en pendencia de ésta, cumplir actos de conservación; el art. 1358 C. c. it., según el cual, en pendencia de la condición, las partes deben comportarse de acuerdo con la buena fe, para conservar íntegras las expectativas y razones de la otra; el art. 2852 C. c. it., que admite la constitución de una hipoteca para créditos "que eventualmente puedan nacer en dependencia de una relación ya existente". También se indica precisamente la acción de relevo *ex art.* 1953 C. c. it., que, en materia de fianza, atribuye al fiador, incluso antes de haber pagado, la posibilidad de pedir y obtener del deudor principal una serie de garantías para la tutela de su futuro derecho de regreso¹⁷.

El cuadro normativo parece ser expresión de un principio general de tutela cautelar, invocable por "quien todavía no es titular de una situación jurídica subjetiva, pero es probable que lo sea en función de una relación ya existente y de

17 A este núcleo de normas se refiere, en línea con una tendencia menos reciente de la Corte de Casación (Cas. 17 septiembre 1957, n. 3502), la decisión del Tribunal de Milán, 26 junio 2002, cit.

hechos ya verificados"¹⁸. De este modo, se afirma que el fiador que pretende ejercer la acción de relevo contra el deudor garantizado, puede exigir por la vía cautelar el secuestro conservativo por un valor igual al del crédito garantizado¹⁹. Por lo demás, en algunas situaciones, la espera por la exigibilidad del derecho "cuya existencia futura es altamente probable", puede atribuir al deudor la gran ventaja de "sustraer sus propios bienes de la garantía de los acreedores con la consiguiente inutilidad de la medida cautelar una vez que haya nacido el derecho de crédito"²⁰. En este sentido, la medida del secuestro preventivo adquiere la fisonomía de una caución del derecho con respecto al tiempo, lo que el proceso de conocimiento, promovido con la acción de relevo, acabaría frustrando; y esto también en caso de éxito de la acción, pues el fiador de todas maneras debe esperar que el deudor, en cumplimiento de la condena, le preste las garantías necesarias para la satisfacción de la expectativa de regreso.

La procedencia de la medida cautelar no depende simplemente de un crédito eventual, sino de la actualidad de un hecho que aproxima el nacimiento del crédito de regreso: es necesario "que se produzca efectivamente un hecho que pueda originar una expectativa de crédito a favor de la parte actora"²¹. En su esencia, la fuente de la relación de regreso no se circunscribe al pago, sino que expresa un tipo de formación sucesiva, del cual el pago constituye el hecho ulterior que, junto con los demás hechos pasados, resulta definitivamente idóneo para producir la obligación de regreso. El planteamiento que busca determinar de manera analítica el contenido de la eventualidad, parte del conocimiento de una situación o de un hecho actuales que permiten colegir el probable nacimiento de una situación jurídica: el secuestro conservativo procede incluso para tutelar expectativas de crédito todavía inciertas, "cuando al momento de la petición de medida cautelar ya exista la relación de la cual se origina el futuro crédito, se haya verificado la situación de hecho que lo determina y sea posible dar un juicio de probabilidad en orden a la certeza del derecho en el momento final del juicio de mérito"²².

Aquí el *fumus boni iuris* que, en el caso planteado ante la jurisdicción, se basa no ya sobre una iniciativa judicial del acreedor en contra del fiador (cfr. art. 1953, n. 1) C. c. it.), sino más bien sobre la simple intención del acreedor en acceder a las garantías personales, parece, sin más, desteñirse tras los requisitos del *periculum in mora*, acabando por atenuar su rigurosa autonomía.

18 Tribunal de Milán, 26 junio 2002, cit.

19 FRAGALI, *Fideiussione*, cit., p. 414; ROSELLI, *I mezzi di conservazione...*, cit., p. 359.

20 Tribunal de Milán, 26 junio 2002, cit.

21 Sobre la línea indicada por Satta, vide ZUMPANO, voz *Sequestro conservativo e giudiziario*, cit., p. 116.

22 Tribunal de Milán, 26 junio 2002, cit.