Universidad Republicana de Colombia

APUNTACIONES SOBRE FIANZA

TESIS

PARA OBTENER EL TITULO

DE

DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

PRESENTADA POR EL ALUMNO

ARTURO OJEDA N.

BOGOTA

Tip. de J. Casís—Carrera 6.ª, número 254

1908

A la memoria

DE

MI PADRE

RECTOR DE LA UNIVERSIDAD REPUBLICANA

Dr. Antonio José Iregui

PRESIDENTE DE TESIS

Dr. Clímaco Iriarte

CONSEJO DE EXAMINADORES

Dr. Felipe Silva

Dr. Nicolás Esguerra

Dr. Eduardo Rodrigues Piñeres

Dr. Liborio D. Cantillo

INFORME DEL PRESIDENTE DE TESIS

Bogotá, Febrero 25 de 1908.

Señor Rector de la Universidad Republicana.—E. L. C.

El escrito sobre *Fianza Civil* que me remitió con su apreciable nota de 14 de los corrientes, y de que es autor el joven Arturo Ojeda, notable alumno de esa Universidad, es una exposición sencilla, clara y metódica, en la cual el señor Ojeda emite sus opiniones sobre el tema que trata y que reúne todos los requisitos que deben tener los escritos de su clase.

Su muy atento servidor,

C. Iriarte.

ADVERTENCIA

El presente trabajo tiene en mira dos fines :

Es el primero, dar cumplimiento á una disposición reglamentaria, y el segundo estudiar un punto de nuestra Legislación Civil, que nos reporte alguna utilidad práctica.

No obstante el carácter limitado de él, la debilidad de nuestras facultades intelectuales y el tiempo de que podemos disponer nos han impedido, á despecho nuestro, profundizarlo como se debiera. Así, pues, nada nuevo se encontrará en su curso y sería solemne pretensión siquiera imaginarlo, dada la relatividad de nuestros conocimientos y la ninguna práctica que en la materia poseemos.

Sin embargo, se trata del cumplimiento de un deber, y no vacilamos por tanto en intentar un esfuerzo para llenarlo presentando en conjunto y siguiendo el orden de nuestro Código, las ideas que tenemos sobre el punto elegido como tema del humilde trabajo que á continuación presentamos.

APUNTACIONES SOBRE FIANZA EN MATERIA CIVIL

Fundamento jurídico y económico de la fianza

El legislador al sancionar el contrato de fianza no ha hecho sino aumentar los medios de satisfacción de las necesidades facilitando la producción de la riqueza á la vez que aprovechando las aptitudes del mayor número de personas.

La necesidad que obliga á los hombres á asociarse para adquirir lo que les es necesario á su existencia es la base fundamental de la solidaridad humana, que atrae los pueblos y les permite prestarse un apoyo recíproco, conciliando sus intereses y haciendo surgir de un principio moral universal los derechos y deberes tanto individuales como colectivos.

Los hombres no tratan entre sí sino impulsados por la esperanza de que sus empeños serán ejecutados; y muy pronto quedarían engañadas esas esperanzas si una mútua desconfianza los disgregara y les impidiera abogar por su común interés. La fianza encuentra, pues, su fundamento en la necesidad y nuestro Derecho Positivo no hace más que consagrar los principios que el Derecho Natural le señala.

"En su origen el crédito es una relación personal de individuo á individuo sin intermediario

especial para su distribución. La inseguridad y el rigor de las costumbres sometían al deudor á leyes severas, como la servidumbre por deudas de griegos y germanos; los romanos primitivos concedían al acreedor el poder de matar y vender al deudor que violaba su compromiso. Los filósofos y las religiones reaccionaron contra este rigor. Solón suprimió la servidumbre, y en su deseo de favorecer á los deudores, llegó hasta disminuír el peso de las monedas. La ley Julia, entre los romanos, libertó al deudor por la cesión de sus bienes al acreedor. El derecho comercial de la edad media asimiló en algunas ciudades la quiebra al robo, con penas físicas y morales á los insolventes, como la interdicción en Génova, según Montesquieu, de funciones públicas. Inglaterra y Austria, en 1867, abolieron la prisión por deudas; Alemania, en 1860; y Colombia, en 1851." (Iregui).

NOCION HISTORICA DE LA FIANZA

EN EL ANTIGUO DERECHO ROMANO

De los fiadores

La *adpromissio* era un acto por el cual una persona se obligaba verbalmente y de manera subsidiaria á un principal obligado cuya deuda garantizaba.

Antes del Emperador Justiniano se distinguen tres clases de deudores accesorios (*adpromissores*) que son : 1.°, los *sponsores*; 2.°, los *fidepromissores* y 3.°, los *fidejussores*

I—*Sponsores*

La *sponsio* era la forma adoptada en el antiguo derecho para contraer obligaciones accesorias. Su fórmula era la siguiente; *¿Spondesne mihi dari centum? Spondeo.* Esta fórmula era propia únicamente á los ciudadanos romanos y debía emplearse sacramentalmente la lengua latina (Gayo, Cap. III § 93).

II—*Fidepromissores*

La fórmula de la *fidepromissio* era ésta: ***Fidepromitisne mihi dari centum? Fidepromitto.*** Esta fórmula se introdujo para facilitar las relaciones

civiles entre peregrinos, ó entre éstos y los ciudadanos romanos; mas los últimos acabaron por adoptarla para sí, aun cuando las partes contratantes disfrutasen de iguales derechos de ciudadanía. Sin embargo, se nota en esta época que el formulismo riguroso va desapareciendo y la fórmula sacramental puede pronunciarse en cualquier idioma extranjero.

III—*Fidejussores*

La *fidejussio*, verdadero concepto de nuestra fianza, se formulaba de la manera que sigue: *¿ Fidejubesne mihi dari centum? Fidejubes* (Instit., § 7, Lib. III, Tít. XX).

Las diferencias entre la *Sponsio* y la *Fidepromissio* y entre ésta y la *Fidejussio* eran las siguientes:

1.ª Por medio de la *Sponsio* y la *Fidepromissio* se podían garantir cualesquiera obligaciones, aun aquellas que fuesen completamente nulas, siempre que se hubiesen contraído bajo forma de estipulación. Con la *fidejussio* no sucedía lo mismo, pues con ella únicamente se podían garantir obligaciones civiles ó á lo menos las que tuviesen una existencia natural, (Instit. § 1, Lib. Tít. XX).

2.ª La *Sponsio* y la *fidepromisio* sólo podían acompañarse con las obligaciones principales y contraídas *verbis*. La *fidejussio*, al contrario, podía asegurar toda suerte de obligaciones, ya fuesen verbales, reales, literales, consensuales ó derivadas ex-delicto.

3ª La *Sponsio* y la *fidepromisio* únicamente garantizaban una obligación de dar, mientras que con la *fidejussio* no sólo se garantizaba esta clase de obligaciones sino también las de prestar ó hacer *(Præstare ó facere)*.

4ª La obligación de los *sponssores* y *fidepromissores* era personal é intrasmisible á sus herederos, de suerte pues, que falleciendo el deudor accesorio, caducaba la garantía del acreedor. En la obligación contraída por los *fidejussores* sucedía lo contrario, y como en la generalidad de las obligaciones, se trasmitían á sus herederos.

5.ª Según la ley Furia, cuya fecha es desconocida, la obligación de los *sponsores* y *fidepromissores* se extigue por el lapso de tiempo de dos años *(biennio liberabantur)*. El punto de partida de este plazo no se contaba desde el momento en que se contraía la obligación sino desde que ella se hacía exigible. (Machelard.—De las obligaciones naturales, Pág. 454 y sig.)—La obligación de los *fidejussores*, por el contrario, no estaba limitada por lapso alguno de tiempo, y por consiguiente era perpetua *(Perpetuo tenentur)*.

6ª En virtud de la ya citada ley Furia la obligación de los *sponsores* y *fidepromissores* se dividía de *pleno derecho* entre los *sponsores* ó *fidepromissores* cuando era varios y existía al tiempo del vencimiento de la obligación principal, sea que fuesen ó nó solventes los deudores accesorios. Por el contrario, en caso de haber varios fiadores, no se hacía la deuda igualmente divisible; el acreedor podía exigirla íntegramente á cualquiera de los fiadores (*liberum est credito vi á quo velit solidum petere*).

Mas Adriano, para atenuar los rigores de semejante disposición y que en cierto modo lesionaba la equidad, ordena por un rescripto, se divida la deuda entre los cofiadores solventes, siempre que todos ó alguno de ellos lo solicite ante el Magistrado *(injuris)* y es á esta concesión á la que se le ha dado el nombre de beneficio de división.

La *sponsio* y la *fidepromissio*, poco después caen en desuso y bajo Justiano no hay ni la huella de su paso en la legislación romana.

Nuestro derecho consagra casi los mismos principios sentados por este Emperador, tratando de darles amplitud en ciertos puntos y restringiéndolos en aquellos en que las ambiciones de nuestros malos legisladores debían dar rienda á sus instintos.

PRIMERA PARTE

DE LA CONSTITUCIÓN Y REQUISITOS DE LA FIANZA

El artículo 2361 de nuestro Código Civil define la fianza diciendo que "es una obligación accesoria, en virtud de la cual una ó más personas responden de una obligación agena, comprometiéndose para con el acreedor á cumplirla en todo ó parte, si el deudor principal no la cumple."

"La fianza puede constituírse no sólo á favor del deudor principal, sino de otro fiador."

La fianza es un contrato consensual, unilateral, gratuito y accesorio.

I. Es *consensual* puesto que se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes (artículo 1500 Código Civil).

II. *Unilateral*, porque sólo una de las partes se obliga para con la otra que no contrae obligación alguna. Sin embargo hay quienes sostengan que todo contrato es bilateral desde que para su perfeccionamiento es necesario el concurso de voluntades. Nosotros creemos que con esta tesis no se hace otra cosa que quitar á cada contrato su carácter distintivo.

III. *Gratuito*, porque la intervención del fiador, más que todo, es un acto de beneficencia hacia

el deudor, sin el cual quizá no llegarían á ponerse de acuerdo con el acreedor para llevar á efecto el contrato. Puede, no obstante, estipularse una retribución por el servicio prestado y en razón de los riesgos á que con frecuencia queda expuesto el fiador (artículo 2367 Código Civil).

IV. *Accesorio*, por cuanto supone una obligación principal á la que accede y sin la cual no tendría existencia.

2. La obligación principal á la cual accede la fianza puede tener origen ya en la ley, ya en un contrato, ya en un cuasi contrato.

"*La fianza puede tener lugar en toda especie de contrato, en la venta, permuta, arrendamiento, sociedad, depósito, préstamo, etc., y aun para garantizar el pago de una obligación en que uno ha incurrido en delito ó cuasi delito. También puede admitirse por hechos personales que sólo un deudor principal puede prestar; bien que en este caso, no ejecutándose el hecho prometido, la obligación del fiador se reduce á la satisfacción de los daños y perjuicios en que por la inejecución se resuelva.*" (Escriche).

3. Del tenor del artículo 2361 del Código Civil se deduce claramente que el fiador puede obligarse al pago total de la deuda ó á una parte de ella; responsabilidad que depende de los términos en que esté concebido el contrato ó de las dos circunstancias siguientes: 1.ª, que el deudor haya caído en insolvencia y el fiador no haya podido denunciar bienes para el pago; y 2.ª, cuando los bienes excutidos sólo alcanzan para el pago de una parte de la deuda y el fiador queda obligado por el déficit.

4. La ley divide la fianza en *convencional, legal* y *judicial* (artículo 2362). La convencional procede de un contrato, y es de ésta clase de fianza de la que nos ocupamos.

La legal la establece la ley, y tenemos un ejemplo, en la que son obligados á rendir los guardadores, y la judicial, que es ordenada por decreto del Juez, como la que proviene de costas judiciales.

Esta clasificación no es del todo filosófica, puesto que sea ó nó judicial la fianza, constituye en definitiva un contrato, en que las obligaciones del fiador no varían.

5. Del carácter accesorio de la fianza podemos deducir las siguientes consecuencias:

a) Si la obligación principal no vale, á lo menos naturalmente, la fianza como accesoria que és, tampoco valdrá. Así pues, si la obligación principal carece de causa ó la tiene falsa ó ilícita ó recae sobre cosas fuera del comercio ó contrarias á la ley y buenas costumbres, dicha fianza será nula.

Decimos que sea válida á lo menos naturalmente, puesto que puede llegar el caso, de que celebrado un contrato con un menor de edad, por ejemplo, el fiador quede obligado civil, en tanto que el menor sólo naturalmente; en este caso el fiador puede ser apremiado judicialmente sin poder alegar en su favor la incapacidad del menor (artículo 2364 Código Civil).

b) Que la fianza no debe exceder á la obligación principal.

Así, no podrá el fiador obligarse en términos más gravosos que el principal deudor ni en cuanto

á cantidad, tiempo, lugar, condición ó modo de hacer el pago, ni someterse á una cláusula penal más onerosa que la estipulada en el contrato (artículos 2369–2370).

De manera que no podrá prometer una suma de $ 10,000, si el deudor principal sólo se ha obligado por $ 5,000; ni pagar una suma de contado cuando el deudor únicamente se ha comprometido á plazo, y caso de hacerlo habrá de esperar su vencimiento para hacer efectivo el pago en el deudor; tampoco puede pagar pura y simplemente lo que el principal debe bajo condición, ni pagar intereses que no se hayan prometido ó pagarlos más altos que los estipulados.

A pesar de lo dicho anteriormente, el fiador puede obligarse de una manera más eficaz é intensa, dando, por ejemplo, una hipoteca, aunque la obligación principal no la haya señalado (artículo 2370, inciso 3º), y en este caso no hace más que aumentar las garantías.

Pero si le es prohibido al fiador obligarse á más, no se le impide que se obligue á menos, pues lo accesorio sí cabe en lo principal. En este punto nuestro derecho no ha hecho otra cosa que seguir la tradición romana y española, pudiendo obligarse el fiador al tercio, cuarto ó quinto de la obligación principal, sin que por esto disminuyan en algo las obligaciones del principal.

En el Derecho Romano la fianza contraída en términos más gravosos que los impuestos al deudor, era absolutamente nula; pero el Derecho moderno no le da sanción tan rigurosa y decide que en caso que el fiador se obligue más extensa-

mente, sólo hay lugar á reducirla á los términos de la obligación principal (artículo 2370 Código Civil). ¿Podría admitirse que el fiador, en atención á la ventaja que puede presentarle un plazo más largo concedido por el acreedor, se obligase en términos más onerosos que el deudor principal?

A primera vista parece que sí, puesto que en el campo de la equidad vendría á compensarse el gravamen impuesto en la estipulación con el beneficio proveniente de la prórroga del plazo. Sin embargo, la ley en este punto es terminante y no admite tal suposición (artículo 2370).

No sólo no puede el fiador obligarse á más que el deudor, sino que tampoco puede prometer una cosa diversa, valga más ó menos, porque la obligación del fiador es accesoria, de modo que tiene que seguir la suerte de la principal, y de no ser así, sería una obligación diferente á la de fianza, una vez que el someterse á la principal es lo que le da el carácter accesorio. Sin embargo, nuestro Código establece á este respecto en su artículo 2369, inciso 2º, que puede el fiador obligarse á pagar una suma de dinero en lugar de otra cosa de valor igual, y este modo de expresarse es perfectamente correcto, toda vez que la fianza tiene en general por objeto sumas de dinero, y toda cosa ó hecho tiene en definitiva una representación apreciable en moneda. Lo contrario sería lo inadmisible, es decir, prometer una cosa en caso de no pagar el principal obligado una suma de dinero, ó dar otra cosa si el deudor no da la prometida, y la razón es clara, pues al entregar una cosa por otra, la fianza degenera en un contrato

diferente, sea de permuta, prenda ó hipoteca. Así, pues, el fiador puede obligarse á dar cien mil pesos en lugar de veinte caballos, siempre que éstos sean equivalentes á dicha suma; porque no siéndolo, habría de reducirse la obligación á su justo precio. Es de advertir que en caso de verificarse un contrato en que no se cumpla lo que la ley establece respecto al de fianza, no por eso dejaría de ser válido el celebrado, y sólo cambiaría el carácter de fianza para convertirse en otro distinto.

Hemos visto que la fianza puede acceder tanto á una obligación civil como á una meramente natural, y sólo nos resta decir de paso qué distingue la una de la otra, para lo cual nos basta indicar que en la primera hay derecho á exigir su cumplimiento, en la segunda no; en la primera hay una acción que le da eficacia, en la segunda no la hay.

6. Veamos ahora lo que dicen los artículos 2365 y 1527:

"*Puede afianzarse no sólo una obligación pura y simple, sino condicional y á plazo.*

"*Podrá también afianzarse una obligación futura, y en este caso podrá el fiador retractarse mientras la obligación principal no exista, quedando, con todo, responsable al acreedor y á terceros de buena fe, como el mandante en el caso del artículo 2199.*"

En cuanto á la obligación pura y simple casi nada tenemos que decir, pues se sabe que es aquella que no está sujeta á la verificación de un suceso futuro é incierto que puede suceder ó no, y que es lo que constituye la condición. De modo que ella debe tener lugar en un día determinado por la convención; ejemplo: A. se obliga como fiador de B y en favor

de *C* á pagar el 1.° de Enero de 1909 la cantidad de $ 10,000, si *B* no lo hace.

7. La segunda parte del artículo 2365 nos habla de la fianza que asegura una obligación futura, y para darnos cuenta nos bastarán algunos ejemplos.

Supongamos que se trata de afianzar una obligación eventual, resultante de la apertura de un crédito, tratándose de las cuentas corrientes; en el caso propuesto, el fiador puede retractarse mientras la obligación principal no exista, es decir, mientras el depósito de dinero no se haya efectuado, ó el prestamista no se haya obligado á suministrar la suma necesaria al prestatario. En este caso el fiador que garantiza al acreedor por la apertura del crédito, tiene derecho á exigir que se acredite por el acreedor la existencia del crédito en los términos de la obligación. Encontramos otros ejemplos de obligaciones futuras en las contraídas por los tutores y albaceas.

8. *Artículo 2366.*

"*La fianza puede otorgarse hasta ó desde cierto dìa ó bajo condición suspensiva ó resolutoria.*"

Según este artículo, el fiador puede obligarse en los términos siguientes:

Yo, *A*, me comprometo á afianzar la obligación contraída por *B* hasta el día 1.° de Marzo de 1909, y prestada en estos términos se comprende claramente que la voluntad del fiador ha sido la de imponerse la carga de garantir la obligación contraída por *B* sólo hasta el día señalado en el contrato; de tal suerte que vencido dicho término, el fiador queda libertado de su compromiso, pues no se le podría obligar contra su expresa voluntad, y además el contrato es una ley entre las partes que se debe respetar y cumplir.

9. Vistos los efectos que produce el hecho de obligarse un fiador, *hasta cierto día*, véamos los que surgen cuando se obliga *desde cierto día*.

En nuestro ejemplo propuesto anteriormente, el obligarse *A* á favor de *B* desde cierto día, quiere decir que es indispensable la llegada del día señalado para que tenga nacimiento el vínculo jurídico el que obliga á responder al fiador del cumplimiento de la obligación.

10. En la fianza otorgada bajo condición *suspensiva* es también indispensable que se cumpla la condición, y mientras tanto la obligación del fiador está, por decirlo así, en suspenso.

11. La fianza bajo condición resolutoria produce un efecto contrario; cumplida la condición, se resuelven las obligaciones del fiador; su voluntad de prestar un servicio se ha cumplido y no hay por qué sujetarle á responder por más de lo prometido.

12. *Artículo 2367.*

Hemos visto atrás que fiador y deudor pueden estipular una remuneración por el servicio prestado; pero es necesario hacer una distinción según que se trate de asuntos comerciales ó civiles.

Tratándose de los primeros, la fianza remunerada produce el efecto de impedir al fiador el relevo de ella, aun cuando la obligación garantida no tenga un plazo fijo y se prolongue indefinidamente (artículo 955 del Código de Comercio). En cuanto á la fianza civil, hay que atender á la voluntad de los contratantes y tener en cuenta las reglas señaladas en el artículo 2394. Otra diferencia muy marcada entre una y otra es la de ser siempre solidaria la fianza comercial, en tanto que en la civil hay necesidad de expresar

esta solidaridad, y de lo contrario se tendrá como simple.

La fianza comercial retribuída pasa á ser un contrato bilateral, oneroso y conmutativo en que cada una de las partes se obliga á dar ó hacer una cosa que se mira como equivalente á lo prometido por la otra.

13. *Artículo 2367.*

Al estudiar este artículo se nos presenta una dificultad, y es la siguiente:

El menor habilitado de edad ¿puede obligarse como fiador?

Punto es éste de difícil solución y sobre el cual nuestro Código ha guardado silencio.

Sin embargo, nosotros lo resolveremos tratando de armonizar algunas disposiciones de nuestro Código sobre el particular y sin pretender que se tome como doctrina nuestra humilde opinión.

En primer lugar, el Código Civil, en su artículo 34, llama *mayor de edad* ó simplemente *mayor* al que ha cumplido veintiún años; y *menor de edad* ó simplemente *menor* al que no ha llegado á cumplirlos.

Mas en la segunda parte del mismo artículo dice:

"Las expresiones *mayor de edad* ó *mayor*, empleadas en las leyes, comprenden á los menores que han obtenido habilitación, en las cosas y casos en que las leyes no hayan exceptuado expresamente á éstos."

Así, pues, en virtud del privilegio que la ley concede al menor, éste puede ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veintiún años, excepto aquellos actos ú obligaciones de que una ley expresa les declare incapaces. (Véase el artículo 339 Código Civil). La ley

las únicas prohibiciones que hace al habilitado son las siguientes: enagenar ó hipotecar sus bienes raíces, y aprobar las cuentas de su tutor ó curador sin autorización judicial.

Podría, sin embargo, objetarse que en el contrato de fianza se requiere que el fiador sea solvente y que para calificar esta solvencia es necesario que tenga bienes raíces que garanticen el pago en caso de insolvencia del deudor principal y que gravando dichos bienes se violaría el artículo 345 que se lo prohibe.

A lo cual contestamos diciendo que no es de la esencia de la fianza responder con bienes raíces, sino pagar la deuda en dinero, para lo cual el menor puede disponer de sus bienes muebles ó prestar dinero á interés, lo cual no le está prohibido. Por otra parte, la habilitación de edad es un privilegio que se concede al menor que tiene suficiente conocimiento y facultades para administrar lo suyo y no á aquellos de quienes se presume se abandonarían á aventuras que los llevarían hasta gravar sus bienes.

Por otra parte, la ley no le prohibe prestar fianza al habilitado, y lo que ella no prohibe puede hacerse.

Tratándose de un menor de edad sólo hay un caso en que puede ser fiador, previo decreto judicial, y es aquel en que la presta á favor de un ascendiente legítimo, ó natural, ó de su cónyuge, y esto por causa urgente ó grave; en los demás casos la obligación en que intervenga un menor como fiador no produce efectos civiles.

14. En cuanto á los furiosos, pródigos y mentecatos se comprende fácilmente la intención del

legislador: al prohibir á los primeros obligarse como fiadores no tiene en mira la ley sino cumplir un acto de beneficencia y de orden público, puesto que su razón se encuentra en completo desarreglo; sus actos son inconscientes y carece de una verdadera voluntad. Así, pues, su consentimiento está viciado de nulidad absoluta según la ley.

Las razones que militan contra el loco furioso pueden aducirse con respecto al mentecato, pues todas estas condiciones son especies del mismo género y sólo se diferencian en que la locura furiosa y la demencia presentan intervalos lúcidos, en tanto que la mentecatez es un estado continuo, en que el individuo poseído de ella es incapaz de concebir y de coordinar ideas. También se diferencian en los males provenientes de una y otra.

15. Respecto del pródigo, es de advertir que mientras no se le haya puesto en interdicción mediante decreto judicial, sus actos producen efectos civiles. La incapacidad en definitiva la acredita es el decreto judicial en que se ordena el nombramiento de curador.

16. El sordomudo puede ser fiador cuando sea capaz de darse á entender por escrito y manifieste suficiente inteligencia para administrar sus bienes.

17. La mujer casada puede ser fiadora únicamente en los casos siguientes: 1.° Cuando es administradora de la sociedad conyugal; 2.° Cuando es comerciante; y 3º Cuando está separada de bienes. En los demás casos es absolutamente incapaz.

18. *Artículo 2369.*

En el caso propuesto en el primer inciso de este artículo, es decir, si el fiador se obliga á más de lo prometido por el principal, en el exceso hay una obligación sin causa. Si el fiador asegura un hecho ajeno, se entiende que afianza los perjuicios, puesto que nunca el fiador puede ejecutar el hecho á que estaba obligado el deudor. Tampoco puede el fiador alterar la obligación del deudor, y caso de hacerlo se verifica una novación objetiva, es decir, una obligación enteramente diferente.

19. *Artículo 2371*

"*Se puede afianzar sin orden y aun sin noticia y contra la voluntad del principal deudor.*"

En cada uno de los casos propuestos en este artículo tiene el fiador su acción correspondiente para hacer efectivo el pago hecho á favor del deudor; así, tendrá la de mandato, cuando ha rendido fianza por orden del deudor, la de gestión de negocios ú agencia oficiosa cuando ha afianzado sin conocimiento del deudor, y no pudiendo hacer eficaces estos medios, le queda el recurso de hacerse ceder del acreedor sus acciones.

Hay, no obstante, un caso en que el fiador no puede repetir lo que ha pagado por el deudor, y es aquel en que ha afianzado contra la voluntad expresa del deudor, y lo que presume en ese caso la ley es que el fiador ha querido libertar al deudor de la deuda, es decir, hacerle una donación.

20. *Artículo 2372.*

"*Se puede afianzar á una persona jurídica y á la herencia yacente.*"

Siendo las personas jurídicas entes imagina-

rios á quienes la ley concede la facultad de adquirir derechos y contraer obligaciones, es claro que pueden ser afianzadas, y en caso de no cumplir sus obligaciones, el fiador tiene derecho á hacer perseguir sus bienes, entendiéndose las diligencias con su representante.

21. *Artículo 2373.*

La fianza no se presume, esto es, debe ser expresa por lo gravosa que es para el fiador, de modo que debe constar de una manera inequívoca, sin lugar á inducciones, ni darle nacimiento en un simple consejo ó recomendación. La voluntad de fiador y acreedor ha de constar de manera clara y precisa.

Como contrato consensual que es el de fianza, puede otorgarse por escrito ó verbalmente; sólo hay un caso excepcional, cuando la fianza es comercial, y en ese caso debe constar por escrito, pues de lo contrario la ley le niega su valor y efecto (artículo 953 del Código de Comercio).

En resumen: de cualquier manera que se otorgue la fianza, la ley exige que conste la voluntad de obligarse el fiador como tál y de aceptarlo el acreedor como garante de la obligación. En cuanto á la extensión de la fianza, ya hemos visto que el fiador no puede obligarse de manera más onerosa que el deudor, y que en caso de hacerlo, la obligación carece de causa por el exceso.

Principio es éste que ha sido universalmente aceptado y que lo consagran, entre otros, el Código francés en su artículo 2015; el chileno en el 2347; el italiano en el 1902; el 3008 del de Luisiana y el 2025 del de Bolivia. Su origen se encuen-

tra en el Derecho Romano y en las leyes 1.ª y siguientes del Título 12 de la Partida 5ª

Ahora, tratándose de los accesorios de la deuda, hay que hacer una distinción, y es la siguiente: ¿El fiador se ha obligado de un modo indefinido por principal y accesorios, ó sólo al tenor de lo expreso? En el primer caso responderá por el todo de la obligación; en el segundo por la parte estipulada. Sin embargo, hay casos en que esta es una cuestión de puro hecho, que el Juez en ciertas circunstancias entra á apreciar y en las cuales tratará en lo posible de interpretar la voluntad de las partes, consultando los términos del contrato. "*El tiempo intermedio entre el primer requerimiento y la intimación antedicha*," de que habla el mismo artículo 2373, se refiere á los gastos á que hay lugar cuando se sigue la traba ejecutiva con el deudor y no con el fiador, es decir, cuando el fiador procede á denunciar bienes al deudor principal. (Es de advertirse que la Corte Suprema ha solucionado el punto de modo diferente).

22. *Artículo 2374.*

"*Es obligado á prestar fianza á petición del acreedor: 1.°, el deudor que lo haya estipulado; 2.°, el deudor cuyas facultades disminuyan en términos de poner en peligro manifiesto el cumplimiento de su obligación; 3.°, el deudor de quien haya motivo de temer que se ausente del territorio con ánimo de establecerse en otra parte, mientras no deje bienes suficientes para la seguridad de sus obligaciones.*"

En este artículo se encuentran comprendidas las tres especies de fianzas: convencional, legal y judicial.

Para aclarar el primer inciso, referente á la fianza convencional, nos basta poner un ejemplo.

Supongamos que dos individuos verifican un negocio, y como consecuencia de él, sale el uno á deber al otro $ 10,000: en este caso pueden prestar una fianza relativa al saldo de la deuda.

Como ya lo hemos dicho atrás, esta clase de fianza no puede sustituírse por otra caución, y es precisamente esta condición lo que la distingue de las otras dos especies de fianza de que se ocupan los últimos ordinales del artículo que estudiamos.

Al permitir la ley sustituír á la fianza legal y judicial otra clase de seguridades, no tiene otra mira que salvaguardiar los derechos del acreedor, expuestos á perecer si la ley no los garantiza antes de ausentarse el deudor. Esta garantía puede consistir ya en una hipoteca, ya en una prenda (artículo 2363, inciso 2.°)

23. *Artículo 2375.*

"*Siempre que el fiador dado por el deudor cayere en insolvencia, será obligado á prestar nueva fianza.*"

La intención de la ley en este artículo se traduce en aumento de seguridades para el acreedor. Pero tratándose de esta fianza, ¿debe darla nuevamente el deudor cuyo fiador no ha sufrido sino una insolvencia parcial, y le quedan por consiguiente medios suficientes para atender al cumplimiento de esa parte?

Supongamos, por ejemplo, que un fiador *A* que al tiempo de afianzar á *C* por la suma de 1.000,000 mantiene en sus arcas una suma que alcanza á 1.500,000 y luégo se reduce este capital á 500.000, Preguntamos: ¿podría admitirse que el deudor

diera un fiador únicamente por los 500,000 restantes? En nuestro sentir creemos que de ninguna manera, pues es de presumirse que quien disipa una parte de la cantidad, afecta á una obligación, es igualmente capaz de disponer del todo. Por otra parte, la ley es clara y no da lugar á interpretaciones. (Esto en asuntos comerciales).

24. *Artículo 2376.*

"*El obligado á prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tál; que tenga bienes más que suficientes para hacerla efectiva, y que esté domiciliado ó elija domicilio en algún Estado ó territorio de la Unión.*

"*Para calificar la suficiencia de los bienes sólo se tomarán en cuenta los inmuebles, excepto en materia comercial ó cuando la deuda afianzada es módica.*

"*Pero no se tomarán en cuenta los inmuebles embargados ó litigiosos, ó que no existan en el territorio, ó que se hallen sujetos á hipotecas gravosas ó á condiciones resolutorias.*

"*Si el fiador estuviere recargado de deudas que pongan en peligro aun los inmuebles no hipotecados á ellas tampoco se contará con éstos.*"

a) En primer lugar está obligado el que presta la fianza á dar una persona capaz de obligarse, es decir, que reúna las condiciones que la ley exige para que un contrato produzca efectos civiles.

b) Que tenga bienes suficientes en qué hacer efectiva la obligación y que se hallen situados en el circuito respectivo, pues de lo contrario, para hacer eficaces sus derechos un acreedor, tendría que seguir procedimientos á menudo interminables y costosos, debido á la gran distancia á que se encuentran los bienes.

Pudiera alegarse que por medio de exhortos se subsanaban estas dilaciones; pero la triste experiencia es suficiente argumento para demostrar lo contrario. Estos bienes deben exceder á la cantidad afianzada para aumentar las seguridades.

c) Para calificar la solvencia del fiador, dice nuestro Código, deben tomarse en cuenta los bienes raíces, y la razón es obvia, puesto que siendo la fianza un medio de dar seguridad, se necesitaba señalar los bienes que presentaran más solemnidades en su enagenación, para que, cerciorado el acreedor de la situación del fiador, tomara las medidas conducentes á fin de impedir que el único móvil que quizá lo impulsó á celebrar el contrato viniera á desaparecer haciendo ilusoria su esperanza.

El Código sólo hace una excepción, y esto en materias de comercio, debido á la rapidez que exigen tales operaciones y á las trabas que se pondrían á la fuente más preciosa del bienestar de un pueblo.

En la parte final del inciso primero del artículo que nos ocupa, exige la ley que el fiador esté domiciliado ó elija domicilio en la República, y esto para hacer más eficaces las garantías, porque tratándose, por ejemplo, de bienes situados fuera de ella, se tropezaría, en primer lugar, con la dificultad proveniente de la competencia de los tribunales, luégo los gastos y dilaciones, todo en perjuicio de ambos contratantes.

En cuanto á la modicidad de la deuda, surgen graves dificultades. ¿Qué límite fija la ley para decidir cuándo es módica ó nó una deuda?

Cuestión es esta que implica un vacío en nuestro Código y que merece atención. Tratándose, por ejemplo, de nuestros *grandes capitalistas*, cincuenta mil pesos sería módica suma, suceptible de una inversión cualquiera, mientras que con respecto al jornalero vendría á representar un capital. Esta cuestión es de puro hecho, y toca á los jueces, llegado el caso, resolverla, y la equivocación es casi segura cuando no se da con un individuo hábil.

d) Los inmuebles embargados ó litigiosos prohibe la ley tomarlos en cuenta, y la razón de esta disposición se explica fácilmente, puesto que tales bienes no dan seguridad y la fianza tiene por objeto prestarla.

e) Otra condición necesaria para la seguridad del acreedor es la de que los bienes raíces no estén gravados con derechos reales, pues aunque no absorban del todo la eficacia de la fianza, en definitiva aparejan dificultades perjudiciales al acreedor.

En cuanto á bienes sometidos á condiciones resolutorias, ellos no dan suficientes garantías, puesto que en cualquier momento puede resolverse el derecho que el fiador tenga en ellos, ó no cumplirse el hecho que tiene en suspenso el derecho.

f) Respecto del inciso final del artículo que estudiamos, fácil es comprender que no da seguridad el que debe lo que tiene. El Código de Cundinamarca, tratándose de este artículo, dice: "*Si el deudor*," y es claro que hay un error en nuestro Código, pues se trata de los bienes del fiador, que es quien va á prestar la seguridad.

25. *Artículo 2377.*

El fiador es responsable hasta de la culpa leve en todas las prestaciones á que fuere obligado.

Para estudiar este artículo creemos necesario referirnos al 1603 del Código Civil, que dice:

"El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio, etc....."

En el contrato de fianza la utilidad no redunda en provecho del fiador, porque con respecto á él, en la mayor parte de los casos, es una carga que sólo adquiere por el deseo de prestar un servicio, sin el cual quizá el deudor no podría celebrar un contrato que le es ventajoso.

De modo que al seguir este contrato las reglas generales, el fiador no tendría otra responsabilidad que la proveniente de la culpa lata. ¿Y por qué razón la ley le hace responsable de otra culpa mayor, como lo es la leve? Sin duda la intención del legislador fue la de dar mayores garantías al acreedor en materia de fianza, y este es un mero argumento que nos inclina á la creencia de que el legislador quiso someter la fianza á preceptos que se apartan de las reglas generales.

En resumen: creemos que para llenar el objeto de la fianza era necesario someterla á reglas más severas, tanto más cuanto que el fiador no tiene otro papel que el de asegurar el cumplimiento de la obligación si el deudor no lo hace. La

obligación accesoria es de la misma naturaleza que la principal, y si el fiador sufre perjuicios, la ley viene en su auxilio acordándole otros beneficios para hacerse indemnizar.

26. *Artículo 2378.*

Muerto el fiador se trasmiten sus obligaciones á sus herederos, como personales que son éstas y como representantes de la persona del difunto.

SEGUNDA PARTE

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA

27. *Artículo 2379.*

"*El fiador podrá hacer el pago de la deuda aun antes de ser reconvenido por el acreedor en todos los casos en que pudiera hacerlo el deudor principal.*"

Esta disposición quiere decir que el fiador puede pagar tan pronto como sea exigible la obligación; y como estas obligaciones ó tienen un plazo ó dependen de una condición, resulta de ahí que el fiador podrá hacer el pago inmediatamente después de vencido el plazo ó al tener cumplimiento la condición. De suerte que si el fiador paga antes de llenarse estas condiciones ó de cumplirse el plazo, los derechos del acreedor no puede impetrarlos contra el deudor, puesto que todavía no existen. "*Pendente conditione nondum debito.*"

No obstante lo dicho, demos el caso que el deudor renuncie el plazo, como sí puede hacerlo en ciertas circunstancias (artículo 1554), esto no implica que el fiador pueda hacer lo mismo, porque dado el carácter accesorio del contrato de fianza, sería absurdo creer que el fiador tiene interés en dejar su responsabilidad subsidiaria para imponerse la del principal. Por otra parte, cuando el deudor paga antes

del vencimiento, se extingue la obligación principal y por consecuencia cae la accesoria. Esto se entiende en el caso en que el acreedor no tenga interés en el plazo, pues de lo contrario no le sería permitido renunciarlo.

Advertimos igualmente que el pago hecho por el fiador le da ciertas acciones, y verificado el pago antes del vencimiento del término, podría el deudor aprovecharse de esta circunstancia para retardar el cumplimiento de una obligación no vencida y que no puede obligarle. Así, pues, la ampliación ó disminución del plazo tiene que ser objeto de un pacto entre acreedor y deudor.

28. *Artículo 2380.*

La obligación en que el consentimiento de los contratantes está viciado por haber mediado, al celebrarlo, dolo ó violencia ó por ser el contrato de aquellos cuyas consecuencias han pasado en autoridad de cosa juzgada, pueden ser objeto de excepciones reales propuestas por el fiador, una vez que ellas se refieren al fondo de la obligación. Sin embargo, el fiador no podrá oponer, para libertarse de la obligación, las excepciones puramente personales del deudor; como por ejemplo, su incapacidad de obligarse, cesión de bienes ó el derecho que tenga de no ser privado de lo necesario para subsistir.

Las excepciones reales extinguen el vínculo jurídico cuando se oponen oportunamente y pueden alegarse tanto por el fiador como por el deudor. Las mismas personas pueden oponer con mayor razón dichas excepciones cuando la obligación carece de causa (artículo 2380 Código Civil).

En cuanto á las excepciones puramente perso-

nales, ha de hacerse una distinción según que se trate de la incapacidad absoluta ó de la relativa, y por consiguiente debe tenerse en cuenta lo que dice el artículo 2364, combinando estas disposiciones para que guarden la debida coordinación.

29. *Artículo 2381.*

Se dice que el acreedor pone al fiador en el caso de no poderse subrogar cuando, por ejemplo, condona al deudor parte de la deuda ó en el pago indebido y por ello se destruye el título del crédito. En estas circunstancias el fiador tiene, según el caso, derecho á que el acreedor no le cobre ó á que le rebaje parte de la deuda. No puede tampoco subrogarse el fiador cuando siendo solidaria la fianza el acreedor exime á alguno de ellos de la solidadaridad.

30. *Artículo 2382.*

Este artículo ha tenido en mira dar mayores seguridades al fiador, de modo que éste puede optar por dos caminos: el primero consiste en pagar la deuda y subrogarse en los derechos del acreedor, apresurándose, en cuanto la necesidad lo exija, á hacer embargar bienes del deudor para indemnizarse de lo que á su vez ha sido obligado á pagar; y el segundo, requerir al acreedor, es decir, notificardo judicialmente (pues en esto consiste el requerimiento) para que proceda contra el deudor, advirtiéndole que en caso de no hacerlo ó de que por su negligencia caiga en insolvencia el deudor, no será culpable. Esto está muy de acuerdo con la equidad, pues no habría justicia en hacer pagar al fiador, lo que por negligencia del acreedor no se adquirió.

31. *Artículo 2383.*

"*El fiador reconvenido goza del beneficio de excu-*

sión, en virtud del cual puede exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal y en las hipotecas ó prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda."

Para estudiar el beneficio de excusión de que se ocupa el artículo anterior y los siguientes en nuestro Código, nos parece indispensable poner á continuación, para mayor claridad, las dos teorías que rigen la materia y que podemos resumir así:

a) La fianza solidaria es deuda solidaria aunque haya quienes sostengan lo contrario. Cuestión es esta que resuelve el artículo 2484 cuando dice: "Para gozar del beneficio de excusión son necesarias las condiciones siguientes:.....

"3ª Que el fiador no se haya obligado como deudor solidario."

En nuestro sentir el fiador solidario es deudor solidario, atendida la definición de fianza que trae el artículo 2361, que dice:

"La fianza es una obligación accesoria." ¿Obligación de qué? Pues de hacer aquello á que el deudor se haya obligado.

Cuando la fianza es simple, el fiador sólo queda obligado á responder de la obligación en cuanto el deudor no la cumpla, y de ahí el *beneficio de excusión*, á diferencia de la fianza solidaria que cae bajo el imperio de las disposiciones del Título 9.°, Libro 4.° de aquel Código, que trata de las obligaciones solidarias, y que contiene estos preceptos: "*pero en virtud de la convención, del testamento ó de la ley puede exigirse á cada uno de los deudores ó por cada uno de los acreedores el total de la deuda y entonces la obligación es solidaria ó insólidum*"

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.

El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente ó contra cualquiera de ellos á su arbitrio.

Es, pues, obvio que cuando se otorga una fianza solidaria, el fiador contrae una obligación solidaria á la cual no puede oponerse el *beneficio de excusión*, y nótese que la solidaridad puede también referirse á los acreedores cuando éstos son varios, con el fin de dar á todos y á cada uno el derecho de cobrar el total de la deuda, la cual puede ser solidaria respecto de los deudores y divisible en cuanto á los acreedores.

Los que sostienen la segunda se expresan así: "Como no puede haber obligación principal solidaria sin dos ó más personas mancomunadas en una obligación divisible, así tampoco puede haber fianza ú obligación accesoria solidaria sin dos ó más personas mancomunadas en la fianza. La expresión *fiador solidario*, habiendo uno sólo, es incorrecta por razones jurídico filológicas."

Si se presenta el caso de que en un documento se diga que un solo individuo se obliga como fiador solidario, podría llegarse á la conclusión de que ese fiador, así calificado, ha querido obligarse como deudor solidario, no gozando así del beneficio de orden; pero esto porque es regla de hermenéutica que á las palabras se les debe entender de modo que produzcan algún efecto, y porque en los contratos debe estarse más á la intención, claramente conocida, que á las palabras. De no entenderse que un solo fiador, calificado de solidario, pasa á obligarse *como deudor solidario*,

sin perder porsupuesto su principal carácter de fiador, tendríamos el absurdo de la solidaridad sin dos ó más personas mancomunadas en la misma obligación. Pero si dos ó más personas se obligan como fiadores solidarios, sin expresar que la solidaridad es también con el deudor principal, ó sea, sin que se obliguen *como deudores solidarios* (fórmula que emplea el Código), no hay razón legal para sostener que esos fiadores no gozan del beneficio de orden. La solidaridad á lo que se opone es á la división, no al orden. La solidaridad no se presume, y la fianza es de interpretación restrictiva ó favorable al fiador.

Se dice que el numeral 2.° del artículo 2384 del Código Civil es incorrecto, porque un fiador no puede obligarse como deudor solidario. No es así: ese modo de expresarse el Código era indispensable para evitar confusiones, pues no es lo mismo la solidaridad en la fianza que en la obligación principal. Si fuera lo mismo fiador solidario que fiador que se obliga solidariamente con el deudor principal, el numeral de que se trata habría sido redactado así:

"*Cuando la fianza sea solidaria....*"

En el sistema de nuestro Código, concluyen, es correcto que un fiador se obligue como deudor solidario según el artículo 1579. Los adjetivos no califican sino al sustantivo á que se refieren, y por eso cuando se dice que dos ó más fiadores son solidarios, debe entenderse que lo son entre sí para perder el beneficio de división, pero no con el deudor principal para perder también el de orden ó excusión.

32. Estudiemos el punto remontándonos al Derecho Romano para seguir su evolución hasta nuestros días.

Justiniano es quien definitivamente establece el *beneficio de orden ó excusión* en su Novela 4, C. 1, aunque muchos autores afirman que una antigua ley lo había ya consagrado.

En la época clásica no existe este beneficio sino tratándose de la fianza que garantiza una obligación en favor del Fisco, y fuera de estos casos excepcionales, era necesario para establecerlo una convención especial y expresa.

Su efecto entre los romanos era el siguiente:

El acreedor tenía el derecho de perseguir al fiador por el total de la deuda y éste debía, para librarse de la persecución, invocar el beneficio de excusión en virtud del cual podían perseguirse los bienes del deudor antes de proceder contra el fiador. Este beneficio debía alegarse por el fiador antes de apelar á cualquier otro medio de defensa.

La excusión se refería tanto á los bienes muebles como á los inmuebles y la presencia del deudor era condición esencial. En caso de ausencia del deudor, no podía el fiador sustraerse al cumplimiento de la obligación sino obligándose á presentarlo dentro de un término que el juez debía señalarle. No presentándole en este término, de derecho, quedaba el fiador obligado.

Opuesta la excusión, el acreedor debía responder de su negligencia si durante ella caía el deudor en insolvencia y no se podía hacer efectivo el pago.

"Justiniano, dice Bry, rehusó este beneficio á los *argentarii* fiadores y sólo lo permite á los *argentarrii* acreedores."

Para renunciar el beneficio de excusión era necesario que tál renuncia constará por escrito.

En este estado lo toma la legislación española y lo consagra en la Ley 3ª, Título 12 de la Partida 5ª

El Código francés lo adapta á su legislación sin grandes modificaciones é igualmente lo consagra en sus artículos 2021 á 2025. Otro tanto hace el chileno en sus artículos 2357 y siguientes y con él la mayor parte de las legislaciones modernas.

La fuente jurídica de este beneficio se encuentra en un sentimiento de equidad que permite al fiador oponer un medio de defensa para impedir que se le obligue á pagar primero que el deudor principal. Por otra parte, tal paga puede, en muchos casos, ocasionarle al fiador graves trastornos en sus intereses, y el legislador al concederle este beneficio quiso, sin duda, diferenciar al fiador del deudor común.

Además, la justicia manda dar á cada uno según sus actos, y se violaría esta ley moral, persiguiendo primero al que sólo por beneficencia, quizá, prestó la fianza y no á aquel que reporta la utilidad.

Este beneficio de excusión es una excepción al derecho común, una vez que se permite al fiador disponer de cierto tiempo, para cumplir una obligación que ha garantizado, y sólo el menor número de males que produce obligó al legislador á sancionarlo.

33. *Artículo 2384.*

"*Para gozar del beneficio de excusión son necesarias las condiciones siguientes:*

"*1ª Que no se haya renunciado expresamente;*

"*2ª Que el fiador no se haya obligado como deudor solidario;*

"*3ª Que la obligación principal produzca acción,*

"*4ª Que la fianza no haya sido ordenada por el Juez;*

"*5ª Que se oponga el beneficio luégo que sea requerido el fiador, salvo que el deudor, al tiempo del requerimiento, no tenga bienes y después los adquiera;*

"*6ª Que se señalen al acreedor los bienes del deudor principal.*"

En cuanto al primer ordinal de este artículo bástanos decir que, según los principios de derecho, se puede renunciar lo que la ley no prohibe, y que es indiferente la existencia ó no existencia de él.

Veamos ahora la segunda condición, punto que presenta, como hemos visto, innumerables dificultades en la práctica, y que muy conveniente sería que nuestros legisladores definieran para evitar que la ley, garantía del derecho, se convierta en arma exterminadora de él, más terrible cuanto más vulgares y mezquinas sean las ambiciones de los que hacen uso de ella.

El carácter distintivo del contrato de fianza es el de existir una obligación principal y otra accesoria, es decir, un individuo que se obliga como deudor y otro que se compromete subsidiariamente á cumplirla, si el primero nó lo hace.

Ahora bien: para que un fiador pueda obli-

garse como deudor es necesario que, conservando su carácter de fiador, se obligue solidariamente con el principal, pues de otra manera no habría, tratándose de un sólo fiador, noción de solidaridad; y aunque en esta expresión de *fiador que se obliga solidariamente* hay una antítesis en que se confunde la obligación principal y la accesoria, hay que buscarle á la disposición algún efecto, sin lo cual sería de ninguna utilidad. La expresión más usada en éstos casos es la de *fiador solidario*.

¿Habrá, pues, diferencia entre el fiador que toma esta denominación y el que se obliga como codeudor?

Tratándose del caso en que exista un sólo fiador, poco importaría la distinción, teniendo presente la intención de obligarse el uno como principal y el otro como subsidiario. *La voluntad de los contrayentes* es la suprema ley de las convenciones; luego poco importa que se obligue como codeudor solidario ó como fiador solidario si su intención ha sido la última.

Tratándose, por ejemplo, de las obligaciones otorgadas en favor de los bancos, vemos prácticamente que ellos no hacen la distinción entre fiador y deudor y que los dos obligados son deudores. Sin embargo, en el fondo existe la distinción, puesto que si se exige juramento al gerente y á uno de los obligados, se verán en la necesidad de poner en claro la intención de obligarse el uno como deudor principal y el otro como fiador. Las dos confesiones hacen plena prueba, y por consiguiente si ambos sostienen que su intención fue celebrar el contrato de fianza, el hecho queda comprobado.

Ahora bien: si hubiéramos de atenernos á los términos de la obligación, resultaría que se mirarían fiador y deudor como deudores solidarios, y por consiguiente aplicarles las disposiciones del Título 9.° y no las de fianza; pero obtenida la confesión de que hablamos en nuestro ejemplo, aparecerá claramente que su intención fue la de obligarse como fiador el uno y como deudor el otro en sus obligaciones recíprocas.

De aquí se deduce que no se puede confundir la *fianza solidaria* con la *deuda solidaria*, pues aunque llega un momento en que se confunden, después de verificado el pago, surgen diferencias muy marcadas entre una y otra, y lo prueba el hecho de existir en nuestro Código disposiciones exclusivamente aplicables al fiador y no al deudor solidario. La prueba de lo anterior la encontramos en el artículo 2381 del Código Civil. *De los efectos de la fianza entre acreedor y fiador* y que dice:

"*Cuando el acreedor ha puesto al fiador en el caso de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal, ó contra los otros fiadores, el fiador tendrá derecho para que se le rebaje de la demanda del acreedor todo lo que dicho fiador hubiera podido obtener del deudor principal ó de los otros fiadores por medio de la subrogación legal.*"

De manera que esta disposición se aplica al fiador y no al deudor solidario, lo que demuestra que la intención del legislador fue diferenciarlos, dando reglas aplicables á cada caso.

En el caso propuesto tiene el fiador que ha pagado derecho á indemnización de perjuicios, en tanto que el deudor solidario carece de él.

El único efecto que en nuestro concepto produce la solidaridad en la fianza es la de que el fiador renuncia al beneficio de excusión, y esto en el caso de no haber más que un fiador (y para darle alguna aplicación al ordinal 2º del artículo 2384), pues siendo varios, creemos que la solidaridad se refiere á fiadores entre sí para renunciar el beneficio de división y no el de excusión.

La tercera condición es la de que "*la obligación principal produzca acción.*"

El beneficio de *excusión* sólo produce efecto tratándose de obligaciones en que pueda obligarse al principal deudor á pagar con sus bienes, y no de aquellas, como las naturales, en que no se puede exigir, como hemos visto, su cumplimiento. Así, por ejemplo, tratándose de la obligación contraída por un menor, no se le podrían embargar bienes para pagar la deuda, pues la ley no reconoce en este caso sino una obligación natural, que puede hacerse efectiva en el fiador, mas no en el incapaz.

4.ª *Condición.* Se dice que cuando la fianza es ordenada por decreto de juez, no hay lugar al beneficio de orden ó excusión, porque en esos casos toma un carácter más respetable una vez que emana de una autoridad. Nosotros no estamos de acuerdo con ese sofisma de autoridad, y creemos que siendo el beneficio de excusión un privilegio concedido al fiador para salvaguardiar sus intereses, se aplica tanto á la fianza convencional como á la legal y judicial.

5.ª *Condición.* "Que se oponga el beneficio luégo que sea requerido el fiador, salvo que el deudor, al tiempo del requerimiento, no tenga bienes y después los adquiera."

La razón es de que como excepción dilatoria que es, debe oponerse antes de contestar la demanda y no después. Esta es precisamente una de las diferencias entre el beneficio de orden y el de división, el cual puede oponerse en todo tiempo.

La única excepción se refiere al caso de que adquiera bienes el deudor después de requerido el fiador, y esto por no ser justo obligar á pagar al fiador teniendo bienes el deudor principal.

6ª *Condición.* Que se señalen al acreedor los bienes del deudor principal.

Es fácil comprender la intención del legislador, quien probablemente no tuvo en mira sino evitar al acreedor dilaciones y gastos, persiguiendo bienes que pueden no existir y que se han denunciado para tratar de eludir el pago.

33 *Artículo 2385.*

En cuanto al inciso primero del artículo, diremos que es necesario se hallen los bienes situados dentro del respectivo Departamento ó en el domicilio del deudor. Esta disposición obedece á las graves dificultades que, como hemos visto atrás, se presentarían persiguiéndolos en lugares distantes.

Los bienes embargados ó litigiosos están sometidos, al tener que perseguirlos, á largos procedimientos judiciales que perjudicarían al acreedor, y lo mismo podemos establecer con respecto á los créditos que presenten dificultades para su cobro.

En los bienes afectos á una hipoteca, la persecución presenta mayores dificultades una vez que puede ocurrir el caso de que tales bienes pa-

sen á manos de terceros poseedores, en cuyo poder sería quizá imposible la persecución.

34. *Artículo 2386.*

El acreedor puede, una vez opuesto el beneficio de excusión, exigir que el fiador le anticipe los costos de la excusión, aunque muchos expositores sostienen que el fiador no está obligado á esta anticipación. A nuestro modo de ver, la disposición está de acuerdo con la equidad, pues no habría justicia en perjudicar al acreedor no sólo en el cumplimiento de la obligación sino imponerle gastos.

El fiador puede hacer por sí mismo la excusión si le pareciere poco ventajosa.

35. *Artículo 2387.*

"*Cuando varios deudores principales se han obligado solidariamente, y uno de ellos ha dado fianza, el fiador reconvenido tendrá derecho no sólo para que se haga la excusión en los bienes de este deudor, sino de sus codeudores.*"

En el caso de este artículo se comprende que pueda el fiador excutir los bienes no sólo de su fiado sino de los demás que se hayan obligado solidariamente, puesto que la solidaridad impide que se divida la deuda y vienen los deudores así obligados á formar una sola persona para el efecto del pago.

36. *Artículo 2388.*

"*El beneficio de excusión no puede oponerse sino una sola vez.*

"*Si la excusión de los bienes designados una vez por el fiador, no produjere efecto, ó no bastare, no podrá señalar otros, salvo que hayan sido posteriormente adquiridos por el deudor principal.*"

Este beneficio de excusión no puede oponerse,

como hemos visto, sino una sola vez y antes de contestar la demanda, como excepción dilatoria que es.

Cuando la excusión de los bienes señalados por el fiador no produce efecto ó no alcanzan los denunciados para el pago, el fiador no puede hacer nueva denuncia y la ley lo obliga á pagar la deuda, ya en su totalidad, ya en la parte que no hubiere sido cubierta. Esta regla no sufre sino una sola excepción y tiene lugar cuando el deudor los ha adquirido posteriormente. Así, por ejemplo, tendrá el fiador derecho á denunciar los bienes que por razón de sucesión adquiera el deudor principal.

Cuando los bienes no producen más que un pago parcial, el acreedor ha de aceptarlo, quedándole empero su derecho para reconvenir al fiador por la parte insoluta.

37. *Artículo 2390.*

"*Si el acreedor es omiso ó negligente en la excusión, y el deudor cae entre tanto en insolvencia, no será responsable el fiador sino en lo que exceda al valor de los bienes que para la excusión hubiere señalado.*"

Si el fiador, expresa é inequívocamente, no se hubiere obligado á pagar sino lo que el acreedor no pudiere obtener del deudor, se entenderá que el acreedor es obligado á la excusión y no será responsable el fiador de la insolvencia del deudor, concurriendo las circunstancias siguientes:

1ª "*Que el acreedor haya tenido medios suficientes para hacerse pagar.*

"2ª *Que haya sido negligente en servirse de ellos.*"

Llevando el fiador grandes responsabilidades por un acto que no redunda, en la mayor parte de los

casos, en su favor sino en el del deudor, era justo que la ley le favoreciera é impidiera que el acreedor le hiciera víctima de su negligencia; ahí tiene su fundamento el artículo que examinamos, y que releva de toda responsabilidad al fiador cuando por abandono del acreedor ha dado ocasión á una insolvencia completa de parte del deudor principal.

En el ordinal segundo de este artículo se encuentra el único caso en que el beneficio de excusión se presume; en todos los demás creemos debe ser materia de una cláusula especial de parte de los contratantes.

Aquí termina nuestro humilde estudio sobre el punto que hemos elegido como tema; él es un tanto deficiente debido á las circunstancias y á las condiciones de esta clase de trabajos, pero representa el cumplimiento de un deber y el esfuerzo de un hijo de la Universidad Republicana, que gustoso lo ofrece á sus compañeros de estudio.

Séanos permitido presentar en esta ocasión nuestros más sinceros sentimientos de gratitud y eterno reconocimiento á cada uno de nuestros maestros, y especialmente á los doctores Antonio J. Iregui, digno Rector de la Universidad, quien con sus paternales consejos y claro entendimiento, dirigió nuestros pasos durante los estudios profesionales, y Clímaco Iriarte, nuestro Presidente de Tesis, que bondadosamente contribuyó con sus profundos conocimientos á señalarnos el derrotero que debíamos seguir en nuestro trabajo.

BIBLIOGRAFIA

Mourlou. (Código Civil).

Huc. (Código Civil).

Bello.

Goyena.

Iriarte. (Conferencias).