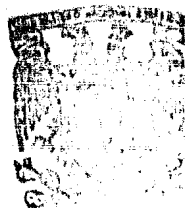


Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO



BIBLIOTECA
CENTRAL

LA FIANZA

en el

DERECHO CIVIL

TESIS

que presenta

HORACIO DELGADO FOURZAN

para su examen profesional
de

LICENCIADO EN DERECHO

MEXICO, D. F.

1964



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Dedicatoria:

**En memoria de mis queridos
e inolvidables padres.**

A mis dos cariños:

Mi esposa, suave ternura.

Mi hija, dulce Gabriela.

**A mis dos pequeños hijos,
mis grandes compañeros,**

y a mis hermanos.

INTRODUCCION

Es para mí tarea bastante ardua la elaboración de este humilde trabajo debido a que en él será exigua mi aportación, sin embargo considero que después de la larga vida del derecho lo que pueda agregarse a alguna de sus figuras o contratos es insignificante. Dejando a salvo la creación de las ramas recientes del Campo Jurídico, nacidas como consecuencia del advenimiento de los grandes inventos, como la aviación, por ejemplo, el Derecho en sí, en su íntima naturaleza no ha cambiado y es el mismo desde el derecho romano, al cual tanto debemos, hasta nuestros días.

Cierto es que dentro del campo de esta ciencia, día a día, se escribe sobre algo 'nuevo', pero no se puede negar que esa novedad viene a ser sólo un diverso punto de vista o ángulo de enfoque de algún autor sobre un concepto jurídico fundamental que ha existido desde siempre. Ante tal situación, no puedo escapar al deber de advertir que en el contenido de este humilde estudio, mi personal punto de vista acerca del contrato civil que he escogido como tema, sólo será eso, un punto de vista más acerca de una figura jurídica que ha sido tratada desde los principios del derecho, desde el derecho romano, cuna de toda nuestra ciencia jurídica, con una brillante claridad por cierto imposible de opacar.

Efectivamente, es de admirar y lo digo con toda franqueza, a riesgo de cometer una equivocación por mi escasa experiencia doctrinal, la elaboración tan clarísima del contrato de fianza que realizaron los jurisconsultos romanos, a tal grado he quedado impresionado de la misma que me obligó a cambiar el plan de mi estudio, ya que en un principio pensé desarrollar este tema tratando la fianza en el derecho

romano como un antecedente histórico del derecho francés y español, pero al tomar las notas preliminares me di cuenta de que en esa forma iba a repetir en cada capítulo lo tratado en los anteriores.

Principiaré por decir que la fianza es un contrato de origen civil, que hubo de nacer en virtud de la desconfianza de una de las partes en el mismo: el acreedor, quien para desvanecer ese temor exigió e impuso la condición en la relación contractual de la presencia de un tercero, ajeno y sin interés en la misma y cuya misión consistiera únicamente en responder por el deudor en el cumplimiento de la obligación.

De lo anterior, expuesto en palabras comunes y corrientes es fácil desprender la idea o el concepto de este contrato. En efecto, la desconfianza obliga a prevenir los riesgos y éstos se previenen garantizando el cumplimiento de lo convenido; como no es posible que una persona, el deudor, garantice por sí misma aquello a lo que está obligado, (salvo que celebre contrato de hipoteca o prenda), es necesaria la presencia de un tercero ajeno que si lo pueda hacer y que prometa cumplir en caso de que el deudor, por cualquier motivo, no cumpla. Así, en forma escueta se desarrolla en principio la idea que viene a darnos, palabras más, palabras menos, lo que viene a ser la fianza en la ciencia jurídica.

De estos mismos términos se pueden también deducir los elementos de este contrato. Nótese que he dejado sentado en el penúltimo párrafo, que el acreedor para desvanecer su desconfianza exigió e impuso la condición de la presencia de un tercero ajeno y sin interés en la relación contractual. Pues bien, esta persona es un tercero, ajeno a la relación y tampoco tiene interés en ella, por lo tanto, en estos términos ¿con qué carácter presencia la relación? No formando parte principal en ella sólo puede tener un carácter secundario, al respecto se dice que la obligación del fiador es accesorio. Asimismo, exprese que no siendo posible que el deudor garantice por sí mismo el cumplimiento de aquello a lo que está obligado, es necesaria la presencia de un tercero ajeno que si lo pueda hacer y que prometa cumplir en caso de que el deudor, por cualquier motivo no cumpla, así se configura en la obligación el carácter de subsidiariedad de la fianza.

Esta idea y los elementos a que me he referido, han existido desde tiempo inmemorial, aunque al respecto nos dice Calixto Valverde y Valverde en su Tratado de Derecho Civil Español, que:

“La fianza en el derecho primitivo, según afirma Dareste, era no un contrato accesorio, sino un elemento esencial de todos los contratos, porque entonces para que hubiera contrato legalmente formado, no bastaba el acuerdo de dos voluntades, era preciso que un tercero interviniese y afianzase la ejecución del acto. El caucionador era considerado como deudor principal, y esto mismo acontecía en las traslaciones de la propiedad. Este era el derecho primitivo, tal cual le concibió la familia arriana, y algunos ejemplos de esta manera de entender la fianza, se encuentran en antiguas instituciones de Grecia.

En el derecho romano, la fianza era muy frecuente; su primera forma fué una adaptación del contrato verbal solemne, y si al principio se excluía de ella a los que no fueran ciudadanos romanos, más tarde se admitió una fórmula *juris gentium*, que podían usar los peregrinos. Pero estas primeras modalidades del derecho de fianza no satisfacían las necesidades del crédito, y aunque apareció en tiempo de la república la *fide jussio*, al amoldarse ésta a las formas rígidas de la *stipulatio*, no facilitaba el movimiento comercial, razón por la que surgieron otras formas hasta que en tiempo de Justiniano se simplificó la *stipulatio* y la *fide jussio*, y se transformó el contrato de fianza con caracteres semejantes a como le conoce el derecho moderno. (1)

La fianza es un contrato que va perdiendo importancia, porque como garantía es inferior a las reales, y como contrato accesorio, tiene el inconveniente de resultar para el fiador un contrato inseguro, casi un contrato aleatorio, por lo cual cada vez es de menos uso, quedará muy limitado en la vida civil y será amparado únicamente por el derecho mercantil”. (1)

Ya antes dejé anotado en la primera página de este trabajo lo que el autor que comentamos nos indica; efectivamente, de aquí en

(1). En el derecho germánico se conoció desde los tiempos más remotos, adoptando multitud de formas. El fiador, personalmente, respondía del cumplimiento de la obligación de un modo personal, pudiendo el acreedor en caso de incumplimiento apoderarse de él, pero su responsabilidad no pasaba a sus herederos.

adelante este estudio será una repetición de lo que en el derecho romano quedó establecido y no es que la doctrina actual no haya contribuido con más claridad a estas ideas, se debe a la visión tan perfecta que tuvieron los jurisconsultos romanos del derecho; en ellos, todo fué exacto y justo.

Reconoce Calixto Valverde y Valverde el contrato de fianza como uno de los contratos de garantía aunque inferior a las reales. Efectivamente, esbozaba que el acreedor exigió e impuso como condición en la relación contractual la presencia de un tercero cuya única misión fuera el garantizar el cumplimiento de la obligación a cargo del deudor, en caso de que no fuera cumplida por éste. ¿Cómo es esta garantía y por qué nos dice Valverde y Valverde que es inferior a las reales?

La fianza es un contrato de garantía personal distinta y opuesta, en virtud de este carácter, a las garantías reales que son la hipoteca y la prenda, en la fianza el fiador no responde con un bien, su crédito o su solvencia personal es la razón de su aceptación al otorgar su garantía; en tanto que en la hipoteca queda afectado un bien inmueble como garantía del cumplimiento de la obligación y en la prenda la afectación recae sobre un bien mueble. Para dar una idea más autorizada y conforme con la doctrina transcribiré lo que acerca de los contratos de garantía nos dice el Maestro José Castán Tobeñas:

“Contratos de garantía en general, su finalidad y variedades.— Todo crédito tiene como garantía general el patrimonio entero del deudor (art. 1911), pero como dice Planiol, el deudor puede comprometer esa garantía de cuatro modos diferentes:

- 1º Por negligencia, dejando perder derechos que le pertenezcan.
- 2º Por fraude haciendo desaparecer maliciosamente sus bienes.
- 3º Por realizar enajenaciones no fraudulentas.
- 4º Por contraer nuevas deudas.

Para los dos primeros daños tiene el Derecho remedios enérgicos, cuales son, respectivamente la acción subrogatoria (art. 1111, párrafo primero, y 1937), y la acción revocatoria o pauliana (arts. 1111, párrafo segundo, 1291, número 3º, 1297 y 1298). Mas contra los dos últimos supuestos, ninguna medida directa y eficaz puede adoptar la ley (1). De aquí la utilidad de los contratos de garantía —llamados en nuestra doctrina accesorios— por medio de los cuales

se asegura la efectividad de los derechos del acreedor, previniendo el riesgo de la insolvencia, total o parcial, del deudor.

Puede ser la garantía personal o real, según provenga del compromiso contraído por un tercero o de la afectación de bienes determinados a la seguridad del crédito. La primera de estas especies da lugar al contrato de fianza. La segunda a los contratos de prenda, hipoteca y anticresis.

La garantía personal, forma la más antigua del crédito, tiene grandes inconvenientes: resulta muy gravosa para el fiador, poco eficaz para el acreedor, y muy complicada en cuanto a las relaciones económicas y jurídicas que produce. Por eso es cada vez más limitado su uso, sobre todo en la esfera civil, y es substituida con ventaja por las formas de la garantía real, pignoraticia e hipotecaria". (2)

No solamente el autor que comentamos opina de los grandes inconvenientes de la garantía personal en los términos transcritos, otro maestro español, nos dice:

"El contrato de fianza es, en efecto, una evolución progresiva de la garantía juratoria, pero representa un estado inferior respecto de las garantías reales, pignoraticia e hipotecaria; es un contrato que corresponde a ideas y a necesidades más del mundo antiguo que del moderno, y así como en el orden de la efectividad económica de los contratos ofrece una seguridad menos completa y una forma de garantía más deficiente y menos práctica, como hija del crédito personal, que las que proceden del crédito real, así también resulta más embarazosa y contraria a la libertad del hombre, cuyas aspiraciones en la moderna sociedad tienden manifiestamente a rechazar toda situación que coarte su libertad e imposibilite, de uno u otro modo, la soberanía eficaz sobre sus derechos y su responsabilidad sobre obligaciones propias, y no originadas con motivo de otras ajenas. . . . Inspiróse, además, en un manifiesto criterio de desconfianza, algo opuesto a la naturaleza de las relaciones contractuales, que son relaciones de crédito: . . ." (3)

En verdad, no podemos desconocer que la fianza es, entre los contratos de garantía conocidos, el de más humildes pretensiones y no hay duda que "representa un estado inferior respecto de las garantías reales, pignoraticia e hipotecaria", pero esas circunstancias no nos son suficientes ni nos autorizan a proscribirla. En varios de sus as-

pectos representa ventajas sobre sus hermanas mayores, si "se inspiró en un manifiesto criterio de desconfianza, algo opuesto a la naturaleza de las relaciones contractuales, que son relaciones de crédito"; la hipoteca y la prenda también son hijas de tal desconfianza; su utilidad no ha decaído, debido en gran parte a las numerosas ventajas que representa en relación con los otros contratos del mismo género y si su función garantizadora no es completa, se debe a la poca seriedad que se le brinda y también, como consecuencia de lo anterior, a la poca formalidad con que se le ha reglamentado.

El contrato de fianza ha sido y seguirá siendo por mucho tiempo un contrato de garantía de gran aceptación en cualquier sociedad, ya que en las múltiples actividades que se presentan en todo grupo, en el comercio y también en la vida diaria, las relaciones de carácter económico se encuentran escalonadas en atención a la potencialidad económica de cada individuo, pudiendo anotar que una operación de gran cuantía generalmente será garantizada con hipoteca, afectándose un bien inmueble para asegurar el cumplimiento de una obligación; pero no hay que pasar por alto que al afectarse un bien inmueble en garantía de una obligación, se está circunscribiendo o se está individualizando dicha garantía a un solo bien, el hipotecado, en forma tan rígida que el acreedor no tiene opción de ninguna otra especie para el pago de su crédito en peligro que el ejecutar la hipoteca para recuperarlo y no siempre los bienes dados en garantía hipotecaria son de fácil ejecución. Esta rigidez que apunta de la garantía hipotecaria no existe en la obligación garantizada con fianza, la elasticidad de la garantía otorgada por el fiador, precisamente por ser una garantía personal, abarca todo su patrimonio y al decir todo su patrimonio no solamente quedan incluidos sus bienes muebles e inmuebles, también sus créditos. Por otra parte, en la vida de relación no todas las operaciones o contratos celebrados por sus miembros son operaciones de gran cuantía, el grueso de la población contrata y se obliga, debido a sus escasos recursos, en forma modesta, en operaciones de poca monta y en estos casos no es conveniente ni práctico para las partes el celebrar contratos de garantía cuyos actos resultan gravosos.

Si bien es cierto que tanto la prenda como la hipoteca al otorgarse en garantía están afectando un bien de la propiedad del mismo

deudor, sin contrariar a terceras personas comprometiéndolas en obligaciones ajenas, no debemos olvidar que como seres integrantes de una sociedad tenemos otras clases de obligaciones que tienen su origen precisamente en méritos de esa vida social, independientemente, el fiador al obligarse lo hace voluntariamente, sin presión de ninguna índole y en la gran mayoría de los casos, porque así lo desea, ya porque trata de ayudar a un amigo o a un pariente o por propia conveniencia. Así pues, no es aceptable la postura de quienes afirman que existe una tendencia a rechazar situaciones que coarten la libertad del hombre en sus derechos con motivo de obligaciones ajenas.

Las razones expuestas con anterioridad quedan respaldadas con la reglamentación de este contrato en las leyes civiles de diversos países, si el contrato de fianza fuera un lastre, no pocos habrían derogado las disposiciones legales que lo rigen.

Asimismo, en el derecho mercantil, que tuvo su origen en exigencias de orden práctico, aparece la figura del aval, que en realidad viene a ser un fiador en el pacto cambiario. Considero, por lo tanto, que sólo es en apariencia la ventaja de las garantías reales sobre la garantía personal de que nos hablan los autores que comentamos.

CAPITULO I

ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO

Hemos dicho en la introducción que el contrato de fianza pertenece al grupo de los contratos de garantía juntamente con la hipoteca y la prenda. Acerca de esta especie de contratos, podemos decir que tuvieron su origen en la desconfianza y que su objeto tiende a proporcionar a los acreedores la forma de quedar a cubierto de la insolvencia de sus deudores, ya mediante la obligación que contraiga una tercera persona, de pagar por el deudor, en caso de que éste no lo haga o ya porque el deudor afecte para el pago de su obligación un bien con cuyo valor pueda pagarse el acreedor en caso de que no cumpla su obligación. De aquí el nombre de contratos de garantía, porque proporcionan al acreedor la certeza o seguridad de que al celebrar el contrato sus pretensiones quedarán a cubierto. Debido al objeto que persiguen cada uno de estos contratos, tanto en la doctrina actual, como en el derecho anterior se les conocen con el nombre genérico de contratos accesorios.

En el derecho romano el contrato de fianza se realizaba por medio de la estipulación, es decir, haciendo uso de determinadas palabras que en el transcurso del tiempo llegaron a adquirir el carácter de solemnes; por esta misma razón se encuadró a este contrato dentro del grupo de los llamados contratos *verbis*. No siempre fué la fianza "fidejussio", conocida bajo este nombre, con anterioridad y antes de llegar al momento de su reglamentación, las obligaciones se garantizaban accesoriamente mediante otras fórmulas: inicialmente, el acreedor quedaba resguardado de la insolvencia del deudor por medio de

una estipulación que revestía una forma especial, veamos lo que nos dice al respecto Eugene Petit:

"317.—Se designa en general bajo el nombre de *adpromissor*, al que se compromete accesoriamente con el promitente principal, para garantizar al acreedor contra el riesgo de la insolvencia del deudor. Es lo que llamamos nosotros hoy una *caución*. La garantía que resulta de ello es una *garantía personal*, por oposición a la *garantía real*, que consiste en la afectación de una cosa al pago de la deuda. Cada una de estas garantías tiene sus ventajas. El procedimiento de la *caución* permite al acreedor hacerse pagar más rápidamente al vencimiento; si el deudor es insolvente se dirige a la *caución*. La *garantía real* ocasiona más lentitud: el acreedor está obligado a vender la cosa para pagarse; pero es más segura, porque da al acreedor un derecho exclusivo sobre la cosa comprometida (V. Nos. 241 y 250).

Es cierto que en los comienzos, los romanos han preferido la *garantía personal*, realizada por *satisdatio*, es decir, por el compromiso de varios *adpromissores*. Esta preferencia se explica por el estado de la sociedad romana durante los primeros siglos. Al lado de un cierto número de familias enriquecidas, sobre todo, por el disfrute abusivo del *ager publicus*, la mayoría de la población se componía de labradores y de pastores frecuentemente arruinados por la guerra. Cuando recurrían al préstamo, los instrumentos de trabajo y el pequeño campo del deudor no podían ofrecer al acreedor una seguridad real suficiente; hallaba una garantía mucho más eficaz en la intervención de los amigos o de los parientes del prestatario, que se comprometían como *adpromissores*. De ahí el empleo tan frecuente del procedimiento de la *fianza*". (4)

No es necesario repetir, ya que resalta por sí sola, la razón del nacimiento de los *adpromissores*, la intención del acreedor, justa y razonable, o si se quiere, fundada en el temor, de garantizarse contra todo riesgo de insolvencia del deudor. También es perceptible que el romano buscaba siempre la forma más rápida y conveniente de recuperar sus créditos, prefiriendo en un principio las garantías personales y desechando o abandonando las garantías reales. Sin embargo, esta búsqueda de rapidez cambió con posterioridad, en virtud de diversas disposiciones que vinieron a suavizar los principios rigurosos a que estaban sometidos los *adpromissores*, disposiciones que al mismo

tiempo que mejoraban su condición disminuía la garantía que procuraban al acreedor y así la preferencia por la garantía personal aparentemente deja el campo a la garantía real al aparecer la hipoteca como una forma perfeccionada de ellas.

"§18.—La antigüedad y la comodidad del contrato de estipulación la hicieron en primer lugar, y durante largo tiempo, el único procedimiento empleado para realizar el compromiso de las cauciones; de dónde su nombre de **adpromissores**. Bajo esta designación general se comprendían tres especies: los **sponsors**, los **fidepromissores** y los **fidejussores** (1). Los **sponsors** han debido existir únicamente en los comienzos, cuando la estipulación necesitaba el empleo del verbo **spondere**, y no estaba abierta más que a los ciudadanos romanos. Después, cuando se hace accesible a los extranjeros, han podido comprometerse como cauciones, pero empleando otro verbo: **fidepromittis? fidepromitto**. Son estos los **fidepromissores**, que pueden ser ciudadanos o extranjeros, pero están sometidos a los mismos principios rigurosos que los **sponsors**. Por último, hallamos en el siglo VII, una tercera clase de **adpromissores**: los **fidejussores**, que se obligan por la fórmula **fidejubes? fidejubeo** (12). Con reglas menos estrechas, una esfera de aplicación más amplia, conducen poco a poco al desuso de los **sponsors** y de los **fidepromissores**". (5)

Poco a poco, al hacer un análisis de los **sponsors** y **fidepromissores** en el derecho romano nos daremos cuenta de la naturaleza de su función; la diferencia entre unos y otros sólo se debía a las palabras usadas para su compromiso y a su calidad ciudadana, el **sponsor**, nos dice el autor citado "es siempre un ciudadano romano. El **fidepromissor** puede ser ciudadano o extranjero".

Asimismo, el autor que comentamos nos hace saber otra de las características esenciales de este contrato (como veremos más tarde): Se obligan personalmente al intervenir como **sponsors** o **fidepromissores** al lado del deudor principal por el cual responden y su calidad es la de deudores accesorios con todas las consecuencias correspondientes, es decir, "no pueden prometer otra cosa que lo que el deudor principal, ni obligarse bajo condiciones más onerosas". Estos fueron dentro del derecho romano los antecesores del fiador, aunque de hecho, por la naturaleza de su obligación venían a constituirse en verdaderos fiadores, ya que, la única diferencia entre ellos y el fiador

consistía en la distinción de su calidad ciudadana, el fiador podía ser ciudadano o extranjero.

Por lo demás, pocas son las diferencias que guarda el derecho romano con las disposiciones del derecho de nuestros días, ya que si aquél se ha distinguido por el carácter solemne que exigía en la realización de sus actos, en el derecho actual esa solemnidad ha sido sustituida con ciertas formalidades establecidas por el derecho positivo actual, aún cuando éstas se han circunscrito a ciertos actos solamente y es la voluntad de las partes, sin más limitación que las que excepcionalmente señala la ley, el único requisito necesario para obligarse.

En obvio de una repetición constante en este estudio, iré refiriéndome a la fianza en el derecho romano a medida que vaya desarrollando el tema en los siguientes capítulos.

CAPITULO II

DEFINICION DEL CONTRATO. CARACTERES Y CLASES

El diccionario de la Real Academia Española nos da la definición de la palabra fianza en los siguientes términos:

“FIANZA, (de fiar) f, obligación accesoria que uno hace para seguridad de que otro pagará lo que debe o cumplirá aquello a que se obligó, tomando sobre sí el fiador verificarlo él en el caso de que no lo haga el deudor principal o sea el que directamente para sí estipuló”...

El autor español José Castán Tobeñas nos dice al darnos el concepto de la fianza: “En un sentido amplio se llama fianza o caución a cualquier garantía prestada para el cumplimiento de una obligación (1). Pero en sentido estricto y técnico, fianza es la garantía personal que se constituye asumiendo un tercero el compromiso de cumplir la obligación, si no lo hace el deudor principal.

De Diego la define como contrato por el cual una tercera persona, distinta del acreedor y del deudor, se obliga al cumplimiento de una obligación principal subsidiariamente, es decir, cuando el deudor o fiador anterior no la cumplen. El código dice que ‘por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste’ (artículo 1822, párrafo primero)”. (6)

Los comentaristas Planiol y Ripert por su parte nos expresan lo siguiente:

“1509.—DEFINICION.—La fianza es un contrato por el cual, un tercero, que se denomina fiador, se obliga en favor del acreedor a cumplir la obligación del deudor; si éste no la cumple personalmen-

te. (2011) La palabra fianza (cautionnement) ha sido empleada a veces en otro sentido del que no trataremos en este capítulo: en ese caso designa un depósito de dinero o de valores destinado a servir como garantía por créditos eventuales. Constituye en este caso una garantía real y no una garantía personal. (7)

Ludwig Enneccerus, por su parte establece:

“I. Por el contrato de fianza el fiador se obliga hacia el acreedor de otro a responder del cumplimiento de la deuda de éste”. (8)

Analizando los caracteres genéricos y diferenciales de las definiciones anteriores, podemos entresacar los siguientes conceptos: -- primero, la fianza es un contrato, ya que todas ellas coinciden en clasificarlo como tal, o cuando menos nos indican, que por virtud de la fianza un tercero que se denomina fiador, se obliga en favor del acreedor a cumplir la obligación del deudor.

Acerca del contrato, Borja Soriano nos da la Definición de Colin et Capitant en los siguientes términos: “El contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando, las partes pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho: crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin extinguirla” (9)

Así pues, la fianza es un contrato, toda vez que es un acuerdo de voluntades por el cual el fiador se obliga a responder al acreedor por la deuda de otro y, por tanto, el contrato de fianza se concluye por lo regular entre el fiador y el acreedor.

Pero, ¿a qué clase de contratos pertenece la fianza?

De cada una de las definiciones de los diversos autores citadas con anterioridad, notamos que hacen referencia a un tercero llamado fiador, que garantiza o responde del cumplimiento de una obligación a cargo del deudor. Su presencia no forma parte principal del contrato, se encuentra, pudiéramos decir, en un segundo plano, no interviene en la obligación directamente ni formando parte del objeto de la obligación principal; entonces, cabría preguntarnos: ¿en qué calidad se encuentra el fiador en la obligación que garantiza?

Para dar mayor claridad a esta situación permítaseme repetir lo que exponen Planíol y Ripert acerca de una de las clasificaciones que se conocen de los contratos:

"44.—**Contratos independientes y contratos dependientes.** Esta división comprende varias subdivisiones de índole bastante diversa:

1º La más conocida es la que se establece entre los contratos llamados principales que existen por sí mismos y aisladamente y los contratos accesorios que solamente pueden existir dependiendo de un contrato principal.

La mayor parte de los contratos son principales. Entre los contratos accesorios, en primer lugar encontramos los **contratos de garantía**, cuya finalidad consiste en crear una seguridad, en sentido amplio, para el pago de una deuda: fianza, solidaridad, garantía real (nantissement) hipoteca, etc., (2), pero en estos casos no es tanto el contrato lo que es accesorio —ya que sus condiciones de validez y eficacia son independientes— como la obligación del fiador o el derecho real de hipoteca (3)". (10)

Los diversos autores al hacer referencia a esta clase de contratos, coinciden en manifestar que para su existencia requieren la de una relación jurídica anterior, oigamos el concepto que de ellos nos da Vicente Jaén:

"Son contratos accesorios en general aquellos que para su existencia requieren la de una relación jurídica anterior; esta relación jurídica puede ser de figura contractual también, y puede no serlo, teniendo otro origen distinto. Allí donde existe una relación cualquiera, puede surgir la necesidad de celebrar un contrato, bien para colocar sus términos en condiciones de certidumbre, bien para garantizar y dar firmeza a sus efectos y obligaciones. Por esto, de los contratos accesorios se puede hacer una esencial distinción: los que surgen por una **incertidumbre** y los que surgen por una **garantía**. En los primeros se encuentran las transacciones y compromisos; en los segundos, la **prenda**, la **hipoteca**, la **anticresis** y la **fianza**. Dominando en estos últimos la nota de **garantía** sobre la de **accesoriedad**...

Todos los contratos llamados de **garantía** tienen, como ya hemos indicado, un idéntico fundamento. Si las relaciones jurídicas tuvieran siempre un normal desarrollo y cumplimiento con arreglo al precepto legal o al contrato que las originó, no tendrían razón de ser, puesto que su fin es exclusivamente asegurar y responder de aquel cumplimiento. Pero la realidad de la vida no es ésta, el cumplimiento de las obligaciones jurídicas sufre frecuentemente graves alteraciones; la

mala fe unas veces, la ignorancia, o el error otras, son la causa de ello. Como consecuencia, surgen estos contratos, cuyo fin exclusivamente es responder de aquel cumplimiento, bien ejecutando la obligación en nombre del obligado, si esto es posible; bien indemnizando al acreedor por el daño o perjuicio sufrido". (11)

Lo expuesto anteriormente es con el fin de poder tratar el carácter accesorio del contrato de fianza, aspecto de suma importancia ya que del mismo se derivan infinidad de consecuencias incontrovertibles en mérito del principio general de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Asimismo, en derecho, existe otro principio evidente, común a todos los contratos de garantía, incluyendo al de fianza, solamente se explican por la existencia de una obligación principal, condición *sine qua non*, en la cual, cada uno de estos contratos es una garantía accesorio.

Podemos decir que la obligación del fiador sigue la suerte, en la misma medida y términos, de la obligación principal, a la cual no puede exceder ni sobrevivir. Este carácter accesorio del contrato se refleja en la obligación del fiador, la que no podrá ser pura y simple si la obligación principal es condicional o sujeta a término. No podrá devengar intereses si la obligación principal no los devenga. Se extingue al mismo tiempo que la obligación principal, prescribe la obligación del fiador en el mismo lapso en que prescribe la principal. En cualquier aspecto, no puede exceder la obligación del fiador de la obligación principal que está garantizando.

A pesar de ese carácter accesorio indefectible del contrato de fianza o de la accesoriedad de la obligación del fiador, éste puede concertar el afianzamiento limitando el efecto de sus obligaciones, sin que por tal motivo éstas se desnaturalicen. Esto es legalmente posible ya que nada impide un afianzamiento parcial, tanto en cuanto al tiempo como en cuanto a la intensidad de la obligación asumida.

En aquellos casos en que la obligación del fiador excediera a la obligación principal, ya porque se hubiera contraído en condiciones más onerosas, no por eso es nula, sino simplemente reducible a la cuantía de la obligación principal.

Una segunda consecuencia derivada de la accesoriedad de la obligación del fiador es la que se refiere a la de que la fianza sólo puede existir sobre una obligación válida. Esta consecuencia es categórica y

su naturaleza deriva del carácter accesorio del contrato; como la fianza no puede existir por sí sola, como es presupuesto necesario la existencia de una obligación principal a la cual garantiza, si ésta es tachada de una causa de nulidad, el fiador podrá prevalecerse de la obligación principal para liberarse aun cuando le está vedado el hacer uso de la excepción pues esta sólo la disfruta personalmente el deudor. Independientemente de lo anterior el fiador puede alegar frente al acreedor todos los elementos de defensa válidos para el deudor principal, en razón de que por ese mismo carácter accesorio del contrato si la obligación principal goza de la ventaja de una defensa en particular, lo accesorio también disfruta de esa misma ventaja.

Acercas de este aspecto a que nos referimos, es interesante una excepción tradicional que nos exponen Colin y Capitant: "El principio que acabamos de exponer tiene, sin embargo, una excepción tradicional, que se refiere a la obligación contraída por un incapaz, por ejemplo, un menor que no ha sido habilitado con arreglo a la ley, nuestros antiguos autores decidían, y el párrafo segundo del artículo 2012 declara a su vez, que esta obligación puede ser afianzada por un tercero. El fiador, por lo tanto, permanecerá obligado, aun en el caso de que el incapaz haga anular su obligación.

Según los trabajos preparatorios, esta solución descansa en una interpretación de voluntad, pues se reputa que el fiador se ha comprometido con conocimiento de causa y con ánimo de garantizar al acreedor contra el riesgo precisamente de la anulación. Pero no se advierten bien qué razones hay para no aplicar el mismo razonamiento a las otras causas de nulidad relativa.

Se ha intentado, no obstante, explicar esta diferencia diciendo que la anulación de la obligación del incapaz deja subsistente a su cargo una obligación natural, la cual bastaría para servir de base a la fianza, mientras que en el caso de nulidad pronunciada por vicio del consentimiento la obligación que se anula queda completamente reducida a la nada sin que sobreviva la mínima obligación natural a cargo del deudor.

Esta explicación es inexacta, como ya dijimos (V. Tomo III, página 107), desde el momento que la supervivencia de una obligación natural, ¿cómo va a poder servir de soporte válido para la fianza si no permite al fiador recurrir contra el incapaz? En la Fianza es un

elemento esencial que el fiador disponga de algún recurso contra el deudor principal; por consiguiente, la solución del párrafo 2º del art. 2012 constituye una anomalía jurídicamente inexplicable". (12)

De este carácter accesorio que distingue al contrato de fianza se deriva también el elemento de subsidiariedad de la obligación del fiador, éste se obliga en el contrato en forma tal que sólo responderá de la obligación que garantiza en el caso de que el deudor principal no la cumpla; así pues, si el deudor diera exacto cumplimiento o satisfacción a su compromiso el fiador saldría airoso de la que él contrajo. Por el contrario, ahí donde el deudor principal inicia su incumplimiento, principia la obligación a cargo del fiador. José Castán Tobeñas nos dice: "pero este carácter que es normal de la fianza, no es, sin embargo esencial" la razón que nos da el autor que citamos la funda el hecho de que el fiador se puede obligar solidariamente con el deudor. Esta posibilidad legal de que el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal, produce como efecto el que el acreedor pueda dirigirse en contra de él como un co-deudor principal, sin sujetarse a tomar en cuenta el elemento de subsidiariedad de la obligación del fiador y sin que puedan ser alegados por éste los beneficios que la misma ley le ha otorgado como defensa.

Efectivamente, la solidaridad entre deudor principal y fiador deja sin efecto la subsidiariedad de la obligación del fiador, pero es admitida por la legislación la posibilidad de que el fiador se obligue con esa calidad sin perder su categoría de fiador y al respecto se admiten, asimismo, dos categorías de fianza, la solidaria y la no solidaria.

Creo que este aspecto o posibilidad no produce mayores consecuencias, ya que la intención que persigue el sujeto activo de la relación contractual, que es la de tener un margen más amplio de seguridad en cuanto al cumplimiento de la obligación, queda satisfecha, cualquiera que sea la calidad con que en forma colateral sea garantizada la obligación del principal. Si ha habido solidaridad de deudores, el deudor solidario viene a constituirse, hablando con propiedad jurídica en un codeudor, semejante en su obligación con el deudor principal; si hay uno o varios fiadores, éstos son fiadores, y subsidiariamente responderán de la obligación, es decir, su responsabilidad surgirá en el momento en que el deudor principal deje incumplida la pro-

pia. Ahora bien, la diferencia entre esta situación y la expuesta líneas arriba, estriba en que mientras al deudor solidario se le puede demandar el cumplimiento total de la obligación que contrajo in solidum en cualquier momento, al fiador o fiadores sólo podrá reclamarse después de que el deudor principal no haya cumplido y tan sólo por el saldo de la obligación que quedó pendiente.

Asimismo, otra diferencia entre estas dos categorías de obligados consiste en que los obligados solidariamente carecen de defensa que alegar ante la reclamación del acreedor. En tanto que los fiadores, gozan de los beneficios de orden y excusión. Como consecuencia de lo anterior, aquel fiador que se obligara solidariamente con el deudor no podrá hacer valer tales defensas.

Considero, por lo tanto, que aun cuando el autor Castán Tobeñas nos dice que este carácter de subsidiariedad no es esencial en el contrato, no podemos estar de acuerdo con él, pues el hecho de que se dé la posibilidad de que el fiador se obligue solidariamente, es tan sólo eso, una posibilidad, mas no la regla general.

José Castán Tobeñas designa a la accesoriedad y a la subsidiariedad que he tratado anteriormente como elementos que caracterizan al contrato de fianza, considero, como lo hacen los demás autores que me han servido de guía, que tanto la accesoriedad, como la subsidiariedad, forman parte del grupo de caracteres de este contrato, sin desconocer que los citados son los de mayor importancia y sobre los cuales se funda la doctrina y la legislación para reglamentar las relaciones entre el acreedor y el fiador, mismas que veremos en su oportunidad.

Otros caracteres de este contrato:

Todos los autores están acordes en considerar el contrato de fianza, en cuanto a su formación, como un contrato consensual, oigamos lo que al respecto consignan Colin y Capitant:

“Carácter consensual de la fianza.—Atenuaciones al principio (770).—La fianza es un contrato consensual, no estando por lo tanto, sometido a ningún requisito particular de forma, sino que se perfecciona por el sólo acuerdo de voluntades.

La ley, sin embargo, exige que la intención de afianzar se enuncie expresamente: ‘La fianza no se presume; tiene que ser expresa’ dice el artículo 2,015, y esta exigencia se comprende sin dificultad,

ya que la fianza es un acto de importancia que hace correr al que la presta un riesgo grave sin ninguna compensación, puesto que ordinariamente es gratuita. **Quien sale fiador, sale pagador**, dice un antiguo refrán, siendo, por consiguiente, necesario que la intención del contratante quede expresa de manera indubitable, por escrito o por una declaración verbal, y sin que pueda ser suficiente una manifestación tácita de voluntad, que no sería lo bastante clara, lo bastante formal.

Los jueces, por tanto, no pueden sacar de las circunstancias de la causa la conclusión de que una persona, ha tenido intención de salir fiador si esta intención no ha sido expresa y taxativamente enunciada por esa persona (Civ., 10 de mayo de 1909, D. P. 1911. I. 439. S. 1922. I. 169).

De la regla que él mismo pronuncia, el artículo 2,015 deduce la consecuencia de que **no se puede extender la fianza fuera de los límites en que ha sido contraída**, o dicho en otros términos, que la fianza debe ser interpretada restrictivamente.

En cambio, cuando el fiador se ha comprometido **sin ninguna limitación**, viene obligado igual que el deudor mismo y debe, por consiguiente, no sólo dar cumplimiento a la obligación, sino además soportar ciertas prestaciones accesorias, tales como los intereses no satisfechos y los 'gastos de primera demanda', es decir, los de la reclamación dirigida por el acreedor contra el deudor, así como 'todos los posteriores a la notificación de la misma hecha al fiador' (art. 2,016)". (13)

Carácter gratuito y carácter unilateral.

Por regla general el contrato de fianza se celebra a título gratuito, es decir, el fiador no recibe retribución alguna al obligarse. Sin embargo, puede darse el caso de que a cambio del compromiso de afianzar reciba una retribución, lo cual convierte el contrato en oneroso, sin menoscabo de su naturaleza.

Del carácter gratuito y oneroso del contrato de fianza se deriva su carácter unilateral o bilateral del mismo. En aquellos casos en que el fiador se obliga sin recibir retribución alguna el contrato de fianza será unilateral. En cambio cuando hay una compensación a favor del fiador por el compromiso que otorga el contrato será bilateral.

La definición de los contratos unilaterales la consignan los tratadistas franceses Planiol y Ripert en los siguientes términos:

“33. Definición.—Es **sinalagmático** (1) o **bilateral** un contrato, siempre que los contratantes se obligan recíprocamente, uno respecto al otro (art. 1102) ; por ejemplo: la venta, el arrendamiento, la sociedad, el contrato de seguro (2). El contrato es **unilateral** cuando una o varias personas se obligan respecto a otra u otras, sin que por parte de estas últimas se contraiga obligación alguna (art. 1103; por ejemplo: la donación, la fianza. La voz ‘unilateral’ solamente se refiere aquí a los efectos del contrato y no a las condiciones de su formación, ya que el contrato unilateral presupone evidentemente un acuerdo de voluntades. Difiere en esto del simple acto unilateral, tal como la aceptación o la repudiación de una herencia, que es perfecto aún cuando emana de una sola persona”.

Por lo que se refiere a los contratos a título gratuito, nos siguen diciendo:

“37.—Definición.—Un contrato es **interesado** o a título oneroso, cuando cada una de las partes ha recibido o recibe bajo la forma de una dación inmediata o de una promesa para lo porvenir, una ventaja que constituye la contrapartida de la que ella procura a la otra (art. 1106) (1). Tal es el caso de los contratos sinalagmáticos perfectos: venta, arrendamiento, sociedad, etc. En algunos contratos unilaterales, como el préstamo con interés, puede darse el caso, de que sea a título oneroso.

El contrato será de **beneficencia** o a título gratuito, cuando una sola de las partes procura a la otra una ventaja sin recibir cosa alguna en cambio (art. 1105) (2). Si esta ventaja es correlativa a un empobrecimiento del patrimonio del obligado, se dice que existe una **liberalidad** por su parte: la donación **inter vivos** es la variedad más conocida de las liberalidades. Pero existen otros contratos desinteresados en los cuales un contratante, sin sustraer elemento alguno a su patrimonio, actúa impulsado por el deseo de prestar servicio a otro sin obtener nada por ese servicio; es el caso del préstamo de dinero, sin interés, el depósito no remunerado, el comodato.

38.—**Interés de esta distinción.**—Los contratos de beneficencia se hallan sujetos, en principio, a las propias reglas que los contratos a título oneroso, pero ofrecen ciertas peculiaridades:

1º.—En lo que concierne a la **responsabilidad contractual** y a la **obligación de garantía**, la ley es más indulgente con el que se despoja

de un bien sin beneficio o con el que presta un servicio gratuito, que con el que deja de cumplir sus obligaciones, resultantes de un contrato del cual nacían ventajas recíprocas (art. 1440 y 1547 a **contrario**, 1822, 1927, 1922, pfo. 2). La doctrina tradicional ha constituido a base de esos textos dispersos un sistema de conjunto que ha sido inspirador de la jurisprudencia en los casos no previstos por la ley. (1)

2º—Toda vez que la consideración de la persona desempeña un papel determinante en los contratos a título gratuito, **el error en la persona** del beneficiario es causa de nulidad. En los contratos a título oneroso, aparte los que implican una idea de auxilio y colaboración, la **intuitus personae** sólo tiene raras veces esa influencia determinante (art. 1110). (2)

3º—La **acción pauliana** se admite más fácilmente en los actos a título gratuito que en los onerosos (art. 1167).

4º—Toda vez que el comercio consiste esencialmente en una especulación, un contrato gratuito, salvo cuando sea accesorio, es imposible que sea por sí mismo de índole mercantil (3). Recíprocamente notamos la tendencia a presumir que un contrato de servicios celebrado en ejercicio de una profesión es a título oneroso e implica siempre una remuneración, salvo que lo contrario resulte de los usos o de la intención de las partes. (4)

Otras consideraciones respaldan el interés práctico de la distinción entre los contratos a título onerosos y los gratuitos que implican una liberalidad:

1º—La **capacidad** para disponer y recibir a título gratuito y el **poder** del administrador de una comunidad o de un patrimonio ajeno, en cuanto a sus facultades para contratar como tal a título gratuito, se regulan de modo más severo que para actos a título oneroso (art. 901 y s., 457, 511, 1422).

2º—Las condiciones **imposibles, ilícitas o contrarias a las buenas costumbres** anulan los contratos onerosos que de las mismas dependan (art. 1172); y en cuanto a las liberalidades, solamente se reputan como no puestas (art. 900). (1)

3º—Las **liberalidades** se hallan sujetas, bien en cuanto a la forma, bien en cuanto al fondo, a reglas especiales dictadas en interés del contratante y su familia. (2)

4º—Los derechos por transmisión de bienes, entre vivos que percibe el Fisco son de tasa progresiva y rápidamente más elevada respecto a los contratos que implican liberalidad que a los celebrados a título oneroso". (11)

Diversas clases de fianzas:

Varios son los elementos que se toman en cuenta para hacer la clasificación de las diversas fianzas existentes. Enumeraré las más importantes:

Primero.—Tomando en cuenta la legislación que regula el contrato, la fianza puede ser **civil** o **mercantil**.

En principio, y en razón del origen de este contrato, la fianza pertenece, como relación contractual, al derecho civil. Sin embargo, debido principalmente a las ventajas que reporta, tanto por su elasticidad, como por la falta de requisitos para la formación del contrato, ha trascendido del derecho civil y la encontramos con frecuencia en el derecho mercantil.

Nos dicen Colin y Capitant: "Será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aún cuando el fiador no sea comerciante (art 439)".

Planiol y Ripert, nos tratan en forma más extensa este aspecto del contrato, expresándonos lo siguiente:

"1527.—Fianza prestada en efectos de comercio. En principio, las obligaciones de los firmantes de un efecto de comercio constituyen obligaciones principales y no fianzas; pero, puede ser distinto si el fiador ha convenido con los demás interesados en dar a su obligación un efecto de comercio. En ese caso se dice que se trata de un efecto 'de favor'; pero es preferible reservar esta denominación a las letras inspiradas en un propósito de fraude, mientras que la fianza por medio de una letra de cambio es perfectamente válida.

A la inversa de los demás signatarios de efectos de comercio, el avalista es, por definición, un fiador.

La fianza, constituida por una letra de cambio es en todo caso una fianza solidaria; también es en todo caso mercantil y el fiador adeuda intereses comerciales. No permite al fiador alegar frente al portador de buena fe del efecto de comercio, las excepciones propias al deudor principal. Pero, con esa reserva, obedece en general a las reglas de la fianza, especialmente en cuanto a la posibilidad de un recurso

entre los fiadores y en cuanto a la oponibilidad del beneficio de cesión de acciones al acreedor". (15)

Segundo.—Por las causas a que debe su origen, la fianza puede ser: **convencional, legal y judicial.**

La fianza convencional es la que tiene su origen en el contrato de fianza.

En cambio, es fianza legal aquella que nos impone un precepto legal con objeto de asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones, por ejemplo, la del usufructuario (artículo 1006, frac. II del Código Civil), la del tutor, (artículo 519, frac. II del Código Civil), la del albacea (artículo 1708 y 1709 del Código Civil). La de ejecución de sentencia que haya sido recurrida en efecto devolutivo, (artículo 699, fracción I del Código de Procedimientos Civiles).

La fianza judicial es la que tiene su origen o es impuesta por una resolución o decreto del juez o tribunal a una de las partes para fines del procedimiento.

Estas dos últimas clases de fianzas se rigen (excepto en determinados aspectos que trataremos al hacer el comentario de nuestro derecho positivo) por las disposiciones correspondientes a la fianza convencional.

Tercero.—La fianza puede ser, por lo que se refiere a su extensión: **indefinida o ilimitada y parcial o limitada.**

Planiol y Ripert nos dicen:

"1531.—**Límites de la obligación del fiador.** La obligación del fiador puede ser ilimitada; así, el fiador puede responder por todas las deudas que determinada persona contraiga en relación con determinado acreedor; pero también puede limitar su obligación en cuanto a la naturaleza de las deudas aseguradas, en cuanto al plazo de la garantía, o en cuanto a una suma máxima de ésta.

Puede resultar difícil saber en qué medida el fiador ha garantizado las obligaciones que se derivan sólo indirectamente de la obligación del deudor principal. En principio el fiador dado sin reserva para un contrato determinado, responde no sólo de las obligaciones directamente pactadas por el deudor, sino también de las que nacen de su responsabilidad contractual, aun en caso de resolución del contrato. Esto es así aun cuando la obligación principal nazca con ocasión de culpa o de fraude de un **préposés** (nuncio o mensajero) del deudor

principal o hubiera sido previsto por medio de una cláusula penal. Pero el fiador no responde de los hechos basados en obligaciones extracontractuales del deudor principal salvo que expresamente se haya previsto tal supuesto. Con mayor motivo, el fiador no puede responder de los hechos extracontractuales (delictuales) de un tercero. El fiador de un arrendamiento no responde de las obligaciones nacidas de la prórroga de éste, aun cuando sea por tácita reconducción (art. 1740).

En caso de que la fianza se haya prestado para satisfacer la exigencia de un precepto legal, hay que presumir que solamente asegura las obligaciones para las cuales ese precepto la exigía.

La fianza de una cuenta corriente ampara todas sus partidas, que son en principio indivisibles.

1532.—Fianza parcial o limitada. El fiador puede limitar su obligación a una parte de la deuda principal: así ha podido afianzar solamente ciertas obligaciones del deudor. También puede limitar a una cifra máxima la cuantía de la suma por qué responde en este caso, es difícil determinar si el máximo fijado para su obligación puede aumentarse con el importe de los intereses y los gastos de la demanda. En esta cuestión se resolverá por los Tribunales de instancia, restrictivamente, en principio, pero sobre todo por vía de interpretación de la voluntad de las partes". (16)

Elementos personales del contrato de fianza. Los sujetos que intervienen en el contrato que estudiamos son exclusivamente el acreedor y el fiador o fiadores. Entre ellos queda formalizado el contrato, aun cuando ha quedado establecido que este contrato, para su existencia requiere, como elementos sine qua non, una obligación principal a la cual garantiza, el deudor principal no interviene para nada en su formación, pues no debemos de olvidar que la fianza, por ser un contrato de garantía, pertenece al grupo de los que se conocen bajo el nombre de contratos accesorios.

El consentimiento de las partes ha de concurrir libremente, a condición, como ya dijimos, que sea expreso; Ludwig Enneccerus, consigna: "Dar fianza es operación muy aventurada, porque en la mayoría de los casos se contrae con la esperanza de que el deudor principal cumplirá por sí su obligación creyéndose, por tanto, poderle complacer sin daño alguno. Por ello y para que el fiador tenga con-

ciencia de la importancia del acto, el párrafo 766 (basado en un acuerdo de la Comisión del Reichstag), exige para la validez del contrato que la fianza se asuma por escrito 8; sólo ha de ser por escrito la declaración del fiador, no la aceptación por parte del acreedor 9. . . .”

Al respecto, “la obligación asumida por el fiador solamente produce el contrato cuando es aceptada por el acreedor pero esa aceptación puede ser tácita”, así nos lo dicen Planiol y Ripert.

Ahora bien, para que la obligación del fiador sea aceptada por el acreedor, debe reunir, aparte del requisito legal de capacidad para obligarse, otros que condicionan propiamente en el acreedor esa aceptación.

Estos son, de acuerdo con la mayoría de los autores, contar con bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza; como consecuencia, si el fiador viniere al estado de insolvencia, puede el acreedor pedir su sustitución, excepto en aquel caso en que el acreedor exigió que se le diera por fiador una persona determinada.

Planiol y Ripert nos hacen mención del requisito relativo a que el fiador “ha de tener su domicilio en el distrito de la Corte de Apelación en la que la fianza ha de ser prestada”, este requisito no tiene razón de ser, ya que el acreedor cuidará por propia conveniencia, de no aceptar fiadores que le puedan acarrear molestias o mayores gastos en caso de verse obligado a demandar.

Obligaciones susceptibles de fianza.—Podemos decir que toda obligación es susceptible de ser afianzada a condición de que sea válida. Ordinariamente, la fianza se aplica a las deudas de dinero, pero nada impide que pueda ser materia de este contrato las obligaciones de hacer o no hacer, garantizando en ese caso la indemnización que se otorgue por el incumplimiento.

Asimismo, pueden ser materia de afianzamiento deudas futuras, pero no se podrá reclamar al fiador hasta que la deuda sea líquida.

CAPITULO III

EFFECTOS JURIDICOS DEL CONTRATO

Hemos tratado hasta aquí la naturaleza y caracteres del contrato, en adelante, y como materia del presente capítulo, veremos los efectos jurídicos de la fianza, es decir, la forma como opera en el contrato la figura jurídica del fiador.

Al respecto cabe mencionar que estos efectos son "los que propia y directamente se derivan del contrato de fianza (pues los que se producen entre fiador y deudor y entre cofiadores, más bien que del contrato, proceden del hecho del pago por el fiador) y se desenvuelven en obligaciones del acreedor y obligaciones y derechos del fiador", así nos lo expone José Castán Tobeñas. (17)

Ahora bien, estas obligaciones y derechos de uno y otros se reducen en forma bastante simple. El acreedor, a menos de que la fianza sea onerosa, (que implicaría el pago de la retribución o precio de la misma), no tiene sobre sí obligación de ninguna especie, en virtud de que se trata de ordinario de un contrato unilateral y gratuito.

El fiador, en vista de la naturaleza y términos del contrato está obligado a cumplir con la obligación principal en caso de que el deudor no la cumpla. Es entonces cuando se pone en movimiento a cargo del mismo fiador su poder de garantía que estuvo viviendo en estado latente y paralelamente al curso de la obligación principal durante todo el tiempo. Por eso se dice que la obligación del fiador es una obligación sujeta a condición suspensiva, la cual suspende sus efectos hasta en tanto no se cumple el acontecimiento futuro e incierto del incumplimiento del obligado principal. Esto no es así, se malinterpreta en

tal forma por la confusión que surge al hablar del carácter subsidiario de la obligación del fiador, lo cual no implica idea de condición, sino más bien se refiere solamente al carácter accesorio del contrato.

En consideración a las razones, ya expuestas en otras partes de este estudio, de que el otorgamiento de fianza obedece principalmente a impulsos de favor que realiza el fiador con amigos y parientes y debido también a que éste celebra el contrato de ordinario gratuitamente, la legislación en general ha dictado medidas o disposiciones otorgándole derechos o beneficios que vienen a suavizar en algo la situación comprometida del fiador, éstos son dos: el beneficio de **excusión**, que también es conocido con el nombre de beneficio de **orden** y el beneficio de **división**. Veamos en qué consisten.

Beneficio de orden o excusión.

Este beneficio viene a constituir un paliativo a las rigurosas consecuencias del otorgamiento de fianza, se otorga al fiador mas no de pleno derecho, sino que éste debe alegarlo para gozar de sus ventajas, tiene por objeto frenar o detener provisionalmente la acción dirigida en su contra por el acreedor y consiste en eludir el pago mientras no se compruebe la insolvencia del deudor, ya sea parcial o total.

La generalidad de los autores funda este beneficio en el carácter accesorio de la obligación, aunque algunos opinan que tiene su fundamento en consideración de equidad. Por mi parte, estimo también, que se debe a razones de equidad el otorgamiento de este beneficio al fiador, en méritos de que la obligación que contrae al celebrarse el contrato no tiene más explicación que una intención de ayuda o auxilio al deudor que se encuentra en la imposibilidad de lograr por sí solo una meta por carecer de crédito ante el acreedor; respaldado o ayudado por el fiador, sería injusto dejar caer sobre éste solamente todo el peso de la reclamación como si la hubiera disfrutado personalmente y, más injusto todavía, teniendo conocimiento que el deudor posee bienes propios con los cuales puede sufragar la obligación que contrajo.

Parece ser que con la creación de este beneficio se desnaturalizara el objeto del contrato, pero no debe olvidarse que dejamos establecido, siguiendo la pauta general, que la fianza es un contrato de garantía, accesorio, que aun cuando tiene por objeto el mismo de la obligación principal, sería a todas luces injusto que después del favor

de su otorgamiento el fiador quedara totalmente expuesto e inerme ante el acreedor.

Planiol y Ripert nos expresan acerca de este beneficio lo siguiente:

“1535.—Excepciones que tiene en general el fiador.—Beneficio de discusión.—Esto es consecuencia del carácter subsidiario de la obligación del fiador.

Este carácter subsidiario no se manifiesta de pleno derecho. El acreedor puede demandar al fiador antes del deudor principal; ni siquiera está obligado a requerir a éste de mora previamente. Cuando la ley dice que el fiador ‘se obliga a pagar si el deudor no lo hace’ no enuncia una condición suspensiva, sino subraya solamente su carácter accesorio. Sin embargo, la jurisprudencia no es muy neta, ciertas sentencias parecen implícitamente admitir la necesidad del previo requerimiento de mora, al deudor principal. Por otra parte, reconocen que ese requerimiento de mora sería innecesario si la insolvencia del deudor principal estuviese ya comprobada, bien por su quiebra, bien por una acta de desaparición, bien por cualquiera otra circunstancia.

Pero, el derecho de demandar que pertenece directamente al acreedor contra el fiador puede ser suspendido si el fiador pide expresamente que el deudor principal sea primeramente demandado y discutido. Ese derecho corresponde en principio, a todo fiador, con exclusión del judicial y el que lo certifica (art. 2043). Puede ser convencionalmente suprimido o modificado en cuanto a sus condiciones. Según la ley éstas son tres.

1º—El fiador debe alegar su beneficio a la primera demanda que se le haga (art. 2022); es una excepción dilatoria que ha de proponerse previo a toda defensa en cuanto al fondo. Con mayor razón será demasiado tarde para alegarla en apelación o en vísperas de la adjudicación de los bienes del fiador; se entendería en tal supuesto que el fiador lo había renunciado. Pero, hay que exceptuar el caso en que, después de las primeras demandas (poursuites), el deudor principal ha adquirido bienes.

2º—El fiador debe de indicar al acreedor los bienes que haya que discutir (art. 2023), los cuales deben poder ser objeto inmediato y fácil de embargo. Por tanto, no será válido, conforme a la ley, señalar bienes inmuebles situados fuera del distrito de la Corte, ni inmuebles

litigiosos o indivisos, ni inmuebles hipotecados que se encuentren en manos de terceros adquirentes porque éstos gozarán igualmente del beneficio de discusión (art. 2023). Pero el fiador puede remitir al acreedor a discutir tanto los muebles como los inmuebles y no es necesario que los bienes indicados se encuentren gravados con tales hipotecas que el acreedor no pueda esperar éxito alguno, la discusión debe negarse al fiador. En términos generales, el beneficio de discusión desaparece si la insolvencia del deudor principal es indudable.

3º—El fiador debe anticipar los gastos de la discusión, al menos cuando el acreedor lo exige así. En caso de dificultad, el anticipo de los gastos ha de hacerse por medio de la oferta real, y la consignación de la suma necesaria. El tribunal señalará en su caso la suma que hay que consignar.

El efecto directo del beneficio de discusión es procurar un plazo al fiador. El acreedor debe sobreseer la demanda para dirigirse contra el deudor principal; por tanto, no puede oponer al fiador la compensación para negarse a pagarle lo que le debe por otro concepto. Si hubiese entablado contra el fiador un procedimiento de embargo (*saisie-arret*), hay que levantarlo ante la petición del beneficio de discusión. Por otra parte, el fiador que alega este beneficio tiene la ventaja de imputar la solvencia futura del deudor al acreedor. En efecto, si éste deja escapar por su culpa, los medios de pago que le había indicado el fiador, éste queda liberado. En fin, sobre todo, la ventaja del beneficio de discusión consiste, en cuanto al fiador en la esperanza de no ser obligado a pagar la deuda o, al menos, de no tener que pagarla más que parcialmente. En efecto, lo que tenga que pagar será disminuido en lo que el acreedor haya podido obtener del deudor principal". (18)

Hemos dicho en este estudio la influencia enorme que tuvo el derecho romano en la elaboración de este contrato, acerca del mismo, y en relación con su origen, oigamos lo que nos dice el autor español José Castán Tobeñas:

"El origen de este beneficio se encuentra en el derecho romano. En los tiempos clásicos el acreedor tenía el derecho de ejecutar a su arbitrio al deudor principal o al fiador, a no ser que hubiera estipulado lo contrario. Pero Justiniano (Novela 4ª, Capítulo I) concedió al fiador el *beneficium excussionis*, por el cual podía defenderse de la

reclamación del acreedor, en tanto que éste no dirigiera previamente su ejecución contra el deudor principal.

En nuestro Derecho fué sancionado el beneficio de excusión por la Ley (Partida 5ª, Título XII, Ley 9ª) y por la Jurisprudencia anterior al Código Civil. Y este cuerpo legal establece que 'el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor' (artículo 1830), y que 'el fiador de un fiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal' (art. 1836).

No implica el beneficio de excusión que el acreedor haya de dirigir su demanda, en primer término, contra el deudor, y sólo después pueda dirigirse contra el fiador, pues permite el Código — con objeto de procurar la mayor economía en los gastos y tiempo de la reclamación— que el acreedor pueda citar al fiador cuando demanda al deudor principal, sin perjuicio de quedar siempre a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos (art. 1834)". (19)

No tiene lugar el beneficio de excusión en los siguientes casos:

1ª—Cuando ha sido renunciado por el fiador. (Renuncia expresa).

2ª—Cuando el fiador al contraer su obligación lo hace solidariamente con el deudor pues la solidaridad es incompatible con este beneficio. (Renuncia tácita).

3ª—En caso de quiebra o concurso del deudor, pues la declaración de estos estados jurídicos, acreditan legalmente la insolvencia de quien los sufre.

4ª—Cuando el deudor no puede ser demandado dentro del territorio nacional.

5ª—Cuando se trata de fianza legal o judicial.

Todos estos casos en que no tiene lugar el beneficio de excusión, no sólo tienen su explicación legal, sino también se explican en razón de la naturaleza del contrato de fianza.

Acercas de los efectos que produce este beneficio, hay que subrayar que opuesto en tiempo y forma oportunos, debe el acreedor proceder sin denuedo a la ejecución de los bienes del deudor pues cumplidas por el fiador las condiciones para ejercitar dicho beneficio "el acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados es responsable, hasta donde ellos alcancen, de la insolvencia del deudor que por

aquel descuido resulte" (art. 1833), así nos lo expresa el autor español José Castán Tobeñas.

Es necesario hacer constar que este beneficio recibe diversas denominaciones, algunos autores, lo designan como 'beneficio de orden y excusión', como José Castán Tobeñas; Planiol y Ripert le llaman 'beneficio de discusión'; Colín y Capitant 'beneficio de excusión'. En general estas denominaciones tienen el mismo significado en la Doctrina.

Beneficio de división.

Este beneficio se otorga por la ley al fiador en el caso de que sean más de dos los fiadores del mismo deudor y por la misma deuda u obligación. Es el derecho que compete al fiador que ha cubierto la obligación para exigir de los demás la parte que proporcionalmente les corresponde satisfacer. Es así como se realiza la división a que se refiere este beneficio.

Acudamos nuevamente con los tratadistas franceses que tanto nos han ayudado en este aspecto. Planiol y Ripert nos dicen:

"1536.—**Beneficio de división.**—Este beneficio supone la existencia de varios fiadores. El principio que domina en ese caso es que cada uno está sujeto a la totalidad de la deuda como si fuese solo. Pero, la ley atenua ese rigor por el beneficio de división, que permite a cada fiador demandar expresamente la porción de la deuda entre él y los demás fiadores solventes.

Este beneficio solamente funciona entre las personas que hayan afianzado al mismo deudor por la misma deuda. Ninguna división cabe por tanto entre un fiador y su certificador, ni entre los fiadores presentados separadamente por dos deudores solidarios; han garantizado una misma deuda pero no al mismo deudor.

El beneficio de división no funciona de pleno derecho, solamente si el fiador lo alega contra el acreedor, lo que solamente podrá hacer una vez que se haya iniciado la demanda. Sin embargo, al revés que el beneficio de discusión, el beneficio de división, puede ser alegado en cualquier estado del pleito (arg. a contrario, art. 2022).

El efecto del beneficio de división es que la deuda se reparte entre todos los fiadores solventes en la fecha de la demanda. Hay que tener en cuenta los fiadores solventes, aún si su obligación está sujeta a una condición o término. Pero, si se hacen insolventes antes del ven-

cimiento del término o de la condición, el acreedor tiene un recurso contra los demás. Después de la división, el fiador que la obtiene no es ya responsable de la insolvencia que pueda ocurrir. El acreedor, por tanto, tiene interés en actuar rápidamente contra los demás fiadores.

Para apreciar la solvencia de los fiadores, no se siguen en este caso las reglas estrechas del art. 2019. Se tiene en cuenta todo el patrimonio del fiador y aún la solvencia de su certificador. Esta apreciación se hace en el momento en que el Tribunal pronuncia la división, y no en el que se pide la división.

El acreedor tiene interés en esperar que el fiador pida el beneficio de división y prueba la solvencia de los demás fiadores obligados. Si, en efecto, el acreedor ha dividido sus demandas entre los distintos fiadores, tendrá que sufrir sin remedio la insolvencia de cualquiera de ellos, y no podrá ya dirigirse contra los restantes". (20)

Este beneficio de división, tuvo su origen, como el de discusión, también en el derecho romano, refiriéndose a él José Castán Tobeñas nos dice:

"En el primitivo derecho romano los cofiadores a no haber pacto en contrario, respondían solidariamente por la totalidad de la deuda; pero Adriano les concedió el *beneficium divissionis*, por virtud del cual si uno de ellos era demandado por la integridad, podía exigir del acreedor que dividiere la acción entre todos.

Todavía algunos códigos modernos parten del principio de la solidaridad entre los cofiadores. El nuestro, por el contrario, establece de derecho la división de la deuda entre ellos, al decir que 'siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad' (art. 1837, apartado 1º).

No obstante hay casos en que resurge el principio de solidaridad, puesto que, según el artículo 1837, apartado segundo, 'el beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de discusión contra el deudor principal'. Dichos casos serán los de pacto en contrario, solidaridad, insolvencia e impo-

sibilidad de ser demandado judicialmente dentro del Reino algunos de los cofiadores.

En cuanto al momento en que ha de hacerse uso del beneficio de división, entiende la doctrina que hay que aplicar también por analogía lo dispuesto por el código para el beneficio de excusión.

IV.—**Excepciones que puede oponer el fiador.**—El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda, mas no las que sean puramente personales del deudor (artículo 1853). Son estas últimas las fundadas en la incapacidad del obligado, a que se refiere también el artículo 1824". (21)

Antes de seguir adelante, y en vista de que me he referido en párrafos anteriores a la figura del certificador, creo necesario decir que **certificador** es el nombre que da el derecho francés al fiador del fiador, en el derecho español se le conoce como **sub fiador**. Es de importancia esta aclaración, en vista de que se puede presentar en la práctica el caso de omitir la calidad de las personas que intervienen en el contrato principal fiando al deudor. Si esto sucediera así, a todos los que aparezcan en el contrato garantizando la obligación principal se les considerará como simples fiadores, ya que la calidad de certificador o fiador del fiador, es indispensable que sea expresa, evitándose de ese modo la confusión que indico.

Se deduce con facilidad tomando en cuenta su calidad, que el certificador disfruta del beneficio de discusión por partida doble, la del deudor principal y la del fiador a quien certifica. En cuanto al beneficio de división, solamente le favorecerá si hay otros certificadores como él en el contrato principal, caso que raramente se presenta en la práctica.

Aparte de los beneficios que concede la ley al fiador, existen otra clase de recursos que derivan de las relaciones entre el fiador y el deudor y los coobligados accesorios, estos recursos se dan como efectos del pago y también fueron conocidos desde el derecho romano. Nos referiremos primero al que Planiol y Ripert explican, dándole el nombre de recurso directo después del pago, reconocido por el derecho francés y en general por todos los derechos; tradicionalmente se estima como una acción personal de reembolso derivada del mandato o de la gestión de negocios como resultado de la calidad con que se hace

el pago por el fiador y tomando en cuenta la forma como se obligó en la relación principal. Veamos qué nos dice Eugenio Petit del mismo en el derecho romano:

"326.—III. **Relaciones de los fiadores entre sí y con el deudor principal.**—El fiador no está obligado por sí mismo, sino por cuenta de otro. Si ha pagado no es equitativo que la deuda quede a su cargo; debe tener un recurso contra el deudor principal que es el único interesado en el asunto. Por otra parte, cuando este deudor es insolvente, el fiador, que ha pagado el total, debe poder recurrir contra los demás fiadores, para que lo indemnicen y soporten en definitiva su parte de la deuda. Veamos cuáles eran las vías de los recursos que el derecho romano concedía al fiador, ya contra el deudor principal, ya contra las demás cauciones.

1.—**Recursos contra el deudor principal.**—Es necesario primeramente descartar la hipótesis de que el fiador ha afianzado la deuda *animo donandi*, para hacer una liberalidad al deudor principal: en este caso no podía ser cuestión de recurso (Ulpiano, L. 8 N^o 2. D., mandat., XVII, 1). Mas, en general, el fiador no ha tenido esa intención. No se ha comprometido más que a ruego del deudor principal, o sin saberlo él, para prestarle un servicio.

¿Cuál es entonces su derecho de recurso? a) Si el fiador se ha obligado por petición del deudor, es su mandatario, y cuando ha pagado puede recurrir contra él por la acción *mandati contraria* (Cayo III, N^o 127). Esta acción le era, por otra parte negada si había sido condenado a pagar por haber descuidado oponer al acreedor un medio de defensa que hubiera acarreado su absolución; entonces, por su falta, sufre un perjuicio; no tiene por que quejarse (Ulpiano, L. 10, N^o 12, D., mandat., XVII, 1) b). Si el fiador se ha comprometido sin ser rogado por el deudor y sin saberlo él, pero sin oposición de su parte, puede, cuando ha pagado, recurrir contra él por la acción *negotiorum gestorum contraria* (Paulo, L. 20, N^o 1, D. eod.). Cuando se ha obligado a pesar de la prohibición del deudor, ciertos juriscónsultos le dan por favor la acción *negotiorum gestorum utilis*; pero esta opinión no parece haber prevalecido, y se le niega en general toda clase de recurso (Paulo, L. 40, D., eod.)". (22)

Es clarísima la visión que de este recurso tuvieron los juriscónsultos romanos y considero justificada también, por las razones que

nos expone el autor que comentamos, el fundamento de la acción personal que se da al fiador, tomando en cuenta la forma como quedó obligado.

En el derecho francés, según nos lo hacen saber Planiol y Ripert, por estimarse como en el derecho romano de una acción derivada del mandato o de la gestión de negocios, el fiador tiene derecho, mediante ese recurso, a: "...reclamar primeramente, el pago del principal de la deuda (art. 2028); la ley entiende por esto todo lo que el fiador haya pagado para liquidar al deudor, capital, intereses y gastos.

En segundo término, el artículo 2028 atribuye al fiador el derecho a los intereses de lo que haya desembolsado, contados desde el día del pago efectuado por él.

En tercer lugar, el artículo 2028 párr. 20, le permite reclamar los gastos que haya tenido que sufragar para responder a la demanda del acreedor, pero sólo a condición de haber denunciado esa demanda al deudor.

En fin, el art. 2028 párr. 3, prevé, en favor del fiador, los daños y perjuicios al indemnizarlo por cualquier daño sufrido, que haya podido ocasionarle la fianza (artículo 2028). Así cuando no haya podido evitar la demanda del acreedor, más que pagando a éste los intereses por una deuda que originalmente no los devengaba, tendrá el derecho de recobrar los intereses con cargo al deudor principal.

Las sumas reclamadas por el fiador se adeudan a éste, aun cuando haya extinguido la deuda de otro modo que por el pago, siempre que lo haya hecho a sus expensas. Pero, el fiador no puede reclamar nada aparte el perjuicio que demuestre haber experimentado; para ello, será necesario que ese perjuicio no se deba a su propia culpa.

El recurso del fiador se extingue si el deudor principal ha sido declarado en quiebra y ha obtenido un convenio con los acreedores, siempre que el mismo acreedor se haya personado en la quiebra. En efecto, el fiador no puede concurrir a esta con el acreedor, ya que el crédito adegado por ambos es uno solo.

En caso de fianza parcial el fiador que haya cumplido con su parte tiene un recurso contra el deudor principal, que le permite, conforme a la jurisprudencia, concurrir con el acreedor cuando éste reclame el exceso de la deuda. Sin embargo, ese concurso solamente se admite en relación con los acreedores quirografarios: el fiador solamen-

te podrá beneficiarse con las garantías que por otra parte se había procurado el acreedor si éste no ha sido ya pagado". (23)

Recurso mediante subrogación legal o de cesión de acciones.

Como el anterior, también es un legado de la fianza romana al derecho moderno. Acudamos al análisis de Eugene Petit, quien nos auxilia expresando lo siguiente:

"2. **Recursos contra los demás fiadores.**—Cuando varios fiadores han afianzado la misma deuda, este hecho no puede servir de base a ningún recurso entre ellos. El que paga el total no tiene nada que reclamar a los demás (Modestino, L. 39, D., de fidejus., XLVI, 1). Era una situación molesta, sobre todo en la época en que el beneficio de división no debía estar aún creado, y en que cada fiador estaba expuesto a soportar sólo la carga de la deuda, si el deudor principal era insolvente. Así es que pronto los jurisconsultos romanos, sin el auxilio de ninguna ley y fundándose únicamente sobre la equidad, imaginaron un procedimiento gracias al cual un fiador podía asegurarse pagando la totalidad de la deuda, un recurso contra sus coobligados: éste fué el beneficio de cesión de acciones.

327.—**Del beneficio de cesión de acciones.**—He aquí en que consiste. El fiador, a quien se dirige el acreedor, tiene el derecho de pedirle la cesión de sus acciones contra los demás coobligados, ofreciéndole el pago íntegro de la deuda (1). Si el acreedor rechaza este arreglo equitativo, el fiador perseguido hace insertar en la fórmula la excepción de dolo (2). El juez debe entonces examinar los motivos de la resistencia del acreedor; si está probado que no tiene ninguna razón seria para refusing la cesión de sus acciones, el fiador debe ser absuelto.

Se podía objetar que las acciones estaban extinguidas por el pago del fiador, y que ya no era posible cederlas. Los jurisconsultos respondían con razón que la operación constituía una venta. El acreedor era reputado de vender sus acciones al fiador por un precio igual al importe del crédito (Paulo, L. 36, D., de fidejus., XLVI, 1).

Por lo demás, el acreedor cede sus acciones en el estado en que se encuentran. El fiador no tiene derecho a quejarse si hay algunas que han llegado a ser ineficaces; pues se ha comprometido por un contrato unilateral y de derecho estricto, la estipulación, y el acreedor no ha contraído con él ninguna obligación (3).

Gracias a esta cesión de acciones, el fiador es sustituido al acreedor desinteresado, y resulta para él una doble ventaja: a) Puede en lo sucesivo recurrir contra los demás fiadores; lo que no tenía medio de hacer antes. Pero no tiene derecho a obrar contra uno de ellos sino bajo deducción de la parte que debe soportar el mismo en la deuda, y puede verse oponer el beneficio de división. b) Su recurso contra el deudor principal se encuentra mejorado. Puede ejercitar contra él las acciones que pertenecían al acreedor, con todas sus ventajas, y prevaleerse, contra los terceros detentores, de la hipótesis que garantizaba el crédito; lo que vale más para él que la acción de mandato o de gestión de negocios". (24)

He copiado textualmente, a propósito, lo que nos dice Eugene Petit en su Tratado Elemental de Derecho Romano acerca de los beneficios concedidos a los fiadores, por dos razones muy interesantes: primero, porque me parece que los romanos trataron este renglón fundando tales beneficios en un clarísimo principio de equidad. En honor de la verdad, los jurisconsultos romanos habían precisado que la obligación de los fiadores, por ser netamente una obligación unilateral, era de graves perjuicios para su persona y su patrimonio: el fiador estaba expuesto, sin obtener nada a cambio, a pagar o cumplir con una obligación ajena, en la cual, con frecuencia, no tenía ningún interés. No era justo ni equitativo que quedara inerte y sin ninguna defensa; por eso, haciendo gala de un equilibrio exacto en sus disposiciones dieron vida con toda justicia a los llamados beneficios citados. No olvidaron absolutamente nada, no se lastimó tampoco en lo más mínimo el derecho del acreedor, razón por la cual no existió de parte de éste objeción alguna a tales beneficios. En mi opinión personal la elaboración de las relaciones del acreedor con los fiadores y de éstos entre sí y con el deudor principal realizada por los jurisconsultos romanos fué brillante y muy completa, igual debo repetir acerca de los recursos que se dieron al fiador contra el deudor principal.

El recurso otorgado al fiador que haya satisfecho al acreedor la obligación principal, se da *ipso jure* y el crédito de éste con todos sus privilegios y garantías pasa a aquél, siendo por tanto un caso de cesión legal, por lo que no es necesario la existencia de una relación jurídica que justifique la repetición, siendo indiferente la forma utilizada para dar por satisfecho al acreedor su crédito. Se le dan diversas

denominaciones: beneficio de cesión de derechos, cesión legal, subrogación legal.

A propósito de este recurso Planiol y Ripert nos manifiestan lo siguiente:

"1541.—Recurso mediante subrogación legal.—Este recurso en que el fiador ejerce no su acción personal sino la del acreedor, es una aplicación del art. 1251-3º Ordinariamente resulta más ventajoso que el anterior en que procura al fiador las garantías accesorias que pertenecían al acreedor. Sin embargo, en tres casos, el fiador puede tener interés al ejercer su acción personal: 1º Si el crédito por él pagado no devenga intereses porque los intereses de sus anticipos se le deben en ese caso de pleno derecho (artículo 2028). 2º—Si la prescripción está a punto de cumplirse, porque su acción es más reciente que la del acreedor, habiendo nacido el día del pago; 3º—Si ha habido pago parcial, porque no podrá oponérsele el artículo 1252.

La subrogación supone, por parte del fiador, un pago efectivo con auxilio de sus bienes personales. Se verifica en relación con todas las garantías que respaldan la deuda, incluso el derecho de resolución que pueda corresponder al acreedor... La subrogación solamente se produce en las garantías regularmente conservadas. En caso de pago parcial, no puede perjudicar al acreedor". (25)

¿Cuándo queda el fiador sin poder ejercitar los recursos a que nos hemos referido anteriormente? El fiador no podrá hacer uso de los recursos de reintegro o subrogación en los siguientes casos:

Primero.—Si la deuda se encontraba sujeta a plazo o condición y el fiador paga antes del vencimiento del primero o de que se cumpla la segunda. No podrá hacer uso del recurso que por derecho le compete sino hasta una vez vencido el plazo o cumplida la condición. Sólo se trata en este caso de un simple aplazamiento de la acción que tiene, así pues, no quedará sin recurso, sólo tendrá que esperar.

Segundo.—Cuando el fiador se precipita en el cumplimiento de la obligación sin hacer del conocimiento de su fiado el pago que realiza, contando éste con excepciones o defensas que pudo haber opuesto al acreedor al tiempo de la reclamación o el pago si es el caso.

Tercero.—En el caso en que el fiador cumpla con su obligación pagando sin informarlo al deudor, quien ignorando el mismo lo hace por su cuenta. En este caso el fiador pierde el recurso de reembolso o

de subrogación, pero cuenta por disposición legal con un recurso contra la persona del acreedor y no contra su fiado. Este recurso que tiene a mano, será independiente de la obligación de fiador que contrajo, pues su acción será la del enriquecimiento ilegítimo en contra del acreedor.

Así pues, son requisitos necesarios para contar con los recursos concedidos por la ley al fiador que paga y poder ejercitar plenamente sus derechos en contra del deudor:

1º.—Cumplir con la obligación en tiempo oportuno.

2º.—Notificar al deudor de tal cumplimiento.

Recursos del fiador antes del pago.

El fiador cuenta antes del cumplimiento de su obligación también con otros recursos, los cuales, dicho con propiedad jurídica, son simples derechos.

I.—Obtener del deudor el pago del precio de la fianza si éste fué pactado a cargo del mismo, lo cual no es muy frecuente.

II.—Proceder contra el deudor intentando la relevación de la fianza o tratando de conseguir una garantía que lo ponga a cubierto, tanto de la reclamación del acreedor, como del peligro de insolvencia del deudor.

Casos que se pueden presentar:

a).—Cuando se ve demandado judicialmente no pudiendo utilizar por alguna razón, el beneficio de excusión, o mientras éste se substancie correría el riesgo de insolvencia del deudor, o sencillamente no quiere esperar su reembolso.

b).—En caso de quiebra, concurso o insolvencia del deudor que implican el peligro de perder la totalidad de lo que paga si no actúa con rapidez, ya que por su calidad no puede concurrir a la quiebra o concurso.

c).—Cuando la fianza se pactó a plazo y éste ha vencido sin que se le libere de la obligación. En este caso puede exigir, en defecto del descargo la consignación de la suma que garantiza, o las garantías adecuadas.

d).—Cuando la deuda se haya hecho exigible por el vencimiento del término bajo el cual ha sido contraída. La ley y la jurisprudencia establecen al respecto el derecho del fiador de dirigirse en contra del deudor en este caso.

e).—Al cabo de diez años si la obligación principal no tiene término fijo, salvo que por su naturaleza no se extinga antes de determinada época (una fianza de tutor). Esto constituye un derecho del fiador pues no es justo que permanezca indefinidamente ligado a las responsabilidades de la fianza.

Efectos de la fianza entre los cofiadores.

Todos los tratadistas están de acuerdo al considerar esta situación, expresándose que cuando existen varios fiadores de un mismo deudor, el que paga tiene un recurso contra los demás. Por otro lado, esta armonía de juicio es conforme con el criterio legal y no derivada del sistema jurídico de la obligación que estudiamos. La subrogación que se produce es de pleno derecho al cumplirse por uno de los obligados el compromiso contraído por todos ellos, mas debe sujetarse a las siguientes reglas:

Cada uno será responsable de la parte proporcional que le corresponda.

Si alguno de ellos resultara insolvente, la parte de éste recaerá sobre los demás en la misma proporción.

Para que pueda tener lugar la subrogación es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso o de quiebra.

Pueden ser opuestas por los cofiadores al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fueren puramente personales del mismo deudor.

El subfiador o certificador, en caso de insolvencia del deudor por quien se obligó, queda responsable a los cofiadores en la misma situación en que estaba el fiador.

Los efectos que acabo de exponer, son, ya lo dije, como consecuencias del pago por uno de los cofiadores. Antes de cumplirse la obligación, tienen a su disposición el beneficio de división, que ha sido tratado en otra parte.

CAPITULO IV

EXTINCION DE LA FIANZA

Extinción de la fianza.

Todos los autores están de acuerdo en considerar que la obligación que implica una fianza se puede extinguir de dos maneras:

Primero.—En todos aquellos casos en que se extingue la obligación principal. Esto es un principio general. Esta forma de extinción se funda legalmente en el hecho de que siendo la obligación del fiador una obligación accesoria, extinguiéndose la principal a la cual garantiza, como consecuencia, también se extinguirá la obligación accesoria. A esta forma de extinción de la fianza Planiol y Ripert le dan el nombre de “extinción por vía de consecuencia”. José Castán Tobeñas lo designa como “modos de extinción indirectos”. Estos son los siguientes:

1º—Pago de la obligación principal u ofrecimiento seguido de consignación aceptada por el acreedor.

Al respecto, cabe mencionar que no en todos los casos en que se realiza el pago el fiador queda liberado, ya que cuando ha sido realizado por un tercero no obligado por la deuda, puede también hacerse subrogar el crédito del acreedor con sus garantías.

Asimismo, en el caso de pago parcial, la fianza sólo se extinguirá también en parte. Si la fianza misma es parcial, el pago parcial que se verifique a cuenta de la obligación principal, se aplicará a la porción de la deuda no afianzada.

2º—Dación en pago. Este modo de extinción de la obligación principal libera al fiador, aún en el caso de que el acreedor sufra pos-

teriormente la evicción y sea desposeído. No obstante, la nulidad que recae en ese caso a la dación en pago, el fiador queda definitivamente liberado, pues al acreedor le queda una acción que ejercitar resultante de la evicción que ha sufrido. A menos que la dación en pago haya sido aceptada por el acreedor sin perjuicio de sus derechos contra el fiador.

3º—**Novación.** La novación libera al fiador aún en contra de la voluntad del acreedor, salvo que el fiador consienta en garantizar la nueva deuda.

4º—**Remisión de la deuda.** La concedida al deudor principal libera al fiador.

Planiol y Ripert nos dan estos otros:

"1552.—**Casos diversos de extinción de la deuda principal.** El fiador puede, especialmente, ejercitar en lugar del deudor principal contra el acreedor, las siguientes excepciones:

1º—La prescripción, sin perjuicio de tener en cuenta las reglas de la solidaridad cuando la fianza es solidaria (supra 1539).

2º—La compensación (art. 1294), aún cuando la fianza sea solidaria (supra 1539) y aún cuando el deudor principal renuncie a ella.

3º—La resolución de la deuda principal, bien como consecuencia de una condición resolutoria, bien por aplicación del artículo 1184.

4º—La confusión ocurrida más tarde entre el patrimonio del acreedor y el deudor principal (art. 1301 pfo. 1)". (26)

Otra causa de extinción de la obligación del fiador, pudiéramos decir, de categoría especial, porque la dictan en particular todas las legislaciones acerca de la fianza, es la **prórroga** concedida por el acreedor al deudor principal. Oigamos, ya que es muy interesante esta causa de extinción, la autorizada opinión del maestro español José Castán Tobeñas:

"7ª—**Prórroga de la obligación principal.** 'La prórroga —dice el Código— concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza' (art. 1851). No sería justo que el acreedor pudiese arbitrariamente alterar las condiciones de la responsabilidad del fiador, exponiendo a éste a que durante la prórroga cayese en insolvencia el deudor y se viese privado aquél del ejercicio útil de su derecho de reintegro.

La prórroga a que se refiere el Código es la concedida de manera expresa por el acreedor, pues ha declarado el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de marzo de 1901, que la mera circunstancia de que el acreedor no reclame el cumplimiento de la obligación inmediatamente de que ésta vence, y la que retrase más o menos el ejercicio de la acción, no significa ni revela la intención de conceder prórroga alguna, ya que, conforme a lo dispuesto en el número 4º del art. 1843, cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, puede el fiador, aún antes de haber pagado, proceder contra el deudor principal". (27)

Acerca de los "Modos directos de extinción", como lo designa José Castán Tobeñas o "por vía principal" que los llama Planiol, se nos hace saber por el segundo de los nombrados y por la doctrina en general, que "la obligación del fiador puede extinguirse por cualquiera de los modos ordinarios de extinción de las obligaciones. Basta con aplicar el derecho común". A esto debo agregar solamente que todos los códigos de la materia también lo consignan así expresamente.

Entre estos modos directos de extinguir la obligación tenemos los siguientes:

Compensación.—Cuando el fiador llega a ser, por sí mismo, acreedor del acreedor, se opera en su favor una compensación que lo libera. Esta compensación no puede ser alegada por el deudor si en su contra se dirige la demanda, ya que permitírsele significaría forzar al fiador a hacer un adelanto de fondos, porque la compensación es el equivalente a un pago.

Suponiendo que el acreedor demanda en primer lugar al deudor y éste se acoge al fiador, el fiador puede oponer la compensación a la cual tiene derecho, el acreedor se considerará como pagado. La compensación habiendo producido su efecto podrá serle opuesta por el deudor al igual que un pago en efectivo. El fiador tendrá el recurso de la doble acción para recuperar la parte que saliendo de su patrimonio extinguió la fianza, por medio de la acción de reembolso el reintegro importe de la compensación a su favor aprovechada por el deudor, o la subrogación, sustituyéndose al acreedor que recibió el pago por la compensación alegada.

Remisión voluntaria.—La remisión de la deuda al fiador extingue la obligación accesoria más no la principal. El acreedor renuncia a la fianza, mas no a su crédito.

Confusión.—Cuando la confusión se realiza entre el acreedor y el fiador no habrá más fianza, pero el deudor principal sigue obligado. Si la confusión se realiza entre acreedor y deudor, aprovecha a los fiadores y si se realiza entre deudor y fiador, suprime los beneficios consabidos a este último y el sub-fiador o certificador deviene en fiador.

Modo de extinción propio de la fianza.

Tanto en el derecho español, como en el derecho francés y el alemán, según se desprende de sus respectivas leyes civiles en materia de fianza, como de la doctrina, el fiador, queda libre de su obligación siempre que por algún hecho imputable al acreedor no puedan los fiadores quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo. Esta es no sólo una consecuencia jurídica de la naturaleza de la obligación del fiador, sino también, una consideración de acuerdo con la lógica de los hechos que impulsan a una persona a aceptar obligaciones ajenas. El acreedor, así lo exige la ley, deberá conservar esas garantías con que siempre cuenta el fiador como base para su reembolso.

El fundamento de ese modo especial de extinción de la fianza, tiene su origen en el derecho romano, veamos que nos dice Colón y Capitant a ese respecto:

“La disposición del art. 2,037 tiene su origen en el *mandatum pecunie credendae*: En Roma, el fiador que se obligaba por *fidejussio* o por simple convención no gozaba de semejante beneficio y el acreedor no estaba obligado a conservar sus garantías con el fin de cedérselas. Ya no sucedía lo mismo en el caso de que el fiador, para obligarse con el acreedor, hubiera utilizado el procedimiento de conferir mandato de prestar al deudor, ya que, en efecto, en caso semejante el acreedor, como tal mandatario, obligado en este concepto a velar por los intereses del mandante, debía tener sumo cuidado en conservar las garantías existentes, con el fin de asegurar su recurso ulterior contra el deudor afianzado. De aquí, el beneficio de *cesión de acciones* que el fiador-mandante podía oponer a las reclamaciones del acreedor-mandatario negligente.

Habiendo pasado este beneficio a nuestro viejo Derecho francés, nuestros antiguos autores discutieron todavía el extremo de saber si debía ser extendido fuera de ese caso especial del *mandatum pecuniae credendae*, caso que ellos continuaban distinguiendo y separando de los demás modos de fianza. En general resolvían la discusión en sentido afirmativo (véase la larga discusión de Pothier, *Obligations*, 557) y ha sido la opinión de Pothier, la que ha venido a consagrar en resumen de cuentas el art. 2.037 del Código civil.

Esta disposición, por lo demás, puede ser explicada por la misma idea que había inspirado a los jurisperitos romanos al tratar del *mandatum pecuniae credendae*. El acreedor, con relación al cual se ha comprometido el fiador, debe ser considerado en nuestros días como si se obligara por su parte a conservar, en favor de dicho fiador, y con la mira puesta en el eventual recurso de éste, las demás garantías de su crédito. La fianza, pues, reviste en nuestro Derecho un carácter sinalagnático, y esta razón es la que explica que la falta de ejecución de la obligación del acreedor arrastre consigo la extinción de la obligación del fiador (Cf. Nota de Guénée, en la que se da una explicación diferente, en D. P. 97. I. 569)". (28)

Para que el fiador pueda invocar la excepción de subrogación se precisa que se reúnan determinadas condiciones, éstas pueden resumirse así:

Primera.—Es menester que el acreedor haya faltado a su obligación de conservar las garantías afectas a responder del crédito, sin importar que esta falta se deba a hechos positivos (disponer la cancelación de una inscripción hipotecaria antes de haberse pagado en su totalidad), o a meras omisiones (negligencia en renovar una inscripción hipotecaria).

Según la jurisprudencia francesa el acreedor no incurre en culpa más que en el caso de que se trate de garantías existentes en el momento de la fianza, pues con ellas únicamente podía contar el fiador al obligarse.

Segunda.—Es necesario que la culpa del acreedor haya ocasionado un perjuicio al fiador, incumbe a éste la prueba del perjuicio de que pudiera quejarse.

¿Quiénes pueden hacer valer esta excepción?

Este beneficio de cesión de acciones solamente pertenece a los fiadores, incluso al fiador solidario y al fiador real.

Mas no funciona si: a).—El fiador por anticipado ha renunciado al mismo, (renuncia expresa). b).—Si ha consentido voluntariamente los actos por medio de los cuales el acreedor ha abandonado o comprometido esas garantías (renuncia tácita). c).—Si la culpa del fiador es la única causa de ese abandono. En caso de culpa conjunta del acreedor y fiador, se estima por algunos autores que el fiador tiene derecho a una liberación parcial. Si la pérdida de garantías débese a un tercero, el fiador no puede negarse a pagar, salvo que el tercero sea mandatario o dependiente del acreedor.

Por lo que se refiere a los efectos de este beneficio de cesión de acciones, conviene decir que la liberación del fiador no se produce de pleno derecho, por lo que debe hacerla valer el fiador.

CAPITULO V

BREVES COMENTARIOS AL ARTICULADO DEL CAPITULO DE FIANZA DEL CODIGO CIVIL DE 1928

Nuestro Código Civil vigente, promulgado durante el gobierno del señor Presidente Dn. Plutarco Elías Calles el 26 de mayo de 1928 y que entró en vigor el 1º de Octubre de 1932, abrogando el expedido el 31 de Marzo de 1884, trata el contrato de fianza en el Título Décimotercero de la Segunda Parte del Libro Cuarto, que en general establece las disposiciones relativas a las diversas especies de contratos, define el contrato de fianza en el precepto marcado con el número 2794, estableciendo:

"ART. 2,794.—La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace. (Ver Art. 175)".

Esta definición, como todas aquellas definiciones legales es incompleta y se presta a varias confusiones. Hemos visto al hacer el comentario de diversos autores que el contrato de fianza es por esencia un contrato de garantía, de naturaleza accesoria, cualidad que lo distingue de los contratos principales y aún cuando el contrato de fianza inicia el articulado de los contratos de garantía en nuestra ley civil, en la definición se omite este carácter esencial, situando al fiador como un co-obligado simple. Esta omisión, creemos involuntaria del legislador, es insignificante, puesto que en preceptos posteriores queda subsanada. Siendo el contrato de fianza un contrato que nació, como vimos al tratar sus características en el derecho romano, en defensa del crédito y como garantía de la insolvencia del deudor, en

forma preventiva, intención que fué pasando de aquel sistema jurídico a todos los posteriores, perfeccionándose a cada paso, la omisión de referencia deja de tener importancia y se convierte tan sólo en un pecado venial, debido no obstante, al legislador.

La referencia que hace el precepto que comentamos al artículo 175 de ese mismo ordenamiento legal, es con el objeto de tomar nota de la autorización judicial que se impone a la mujer para ser fiadora de su marido o se obligue solidariamente con él, en asuntos que sean del interés, exclusivo de éste, la cual no se concederá cuando notoriamente resulten perjudicados los intereses de la mujer; haciéndose también constar que la mujer no necesita esa autorización judicial para otorgar fianza a fin de que su esposo obtenga la libertad.

Las omisiones de este precepto casi se llegan a subsanar en su totalidad en el cuerpo legal que se refiere a este contrato, por lo que pierden significación al leerse el articulado.

"ART. 2,795.—La fianza puede ser legal, judicial, convencional, gratuita o a título oneroso".

Esta división que enumera la ley acerca del contrato de fianza es exhaustiva, fuera de estas clases no existe ninguna otra categoría de fianzas. Ya traté en otro capítulo las características de cada una de estas clases de las cuales también disfrutaban cada una de las fianzas a que se refiere este precepto. Por otra parte, siendo la fianza un contrato debidamente tipificado en nuestra ley, al igual que en las legislaciones extranjeras, puede la fianza sujetarse, como todo contrato, a condición o a plazo, modalidades que son empleadas con poca frecuencia.

"ART. 2,796.—La fianza puede constituirse no sólo en favor del deudor principal, sino en el del fiador, ya sea que uno u otro, en su respectivo caso, consienta en la garantía, ya sea que la ignore, ya sea que la contradiga".

Siendo el contrato de fianza un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace, la disposición del precepto anterior se explica por sí sola. En efecto, la fianza puede otorgarse no sólo en favor del deudor principal, sino también en el del mismo fiador, porque tanto uno como otro son sujetos de obligación. El fiador que fia a otro fiador, garantiza al acreedor del cumplimiento no sólo del deudor principal, sino

también el cumplimiento del fiador que fió primeramente al mismo deudor. La segunda parte de este precepto, a su primera lectura, parece ser confuso, pero es clara y congruente tomando en cuenta la naturaleza misma del contrato. En efecto, si la fianza es consentida por el deudor, se trata de una fianza en que ha habido consentimiento de parte de él; pero también se da el caso de que la garantía otorgada por el fiador sea en méritos de un acto liberal de su parte e ignorado por el deudor, situación perfecta y legalmente válida; pero aún más, puede constituirse la fianza contradiciéndola el deudor; lo cual deberá tomarse en cuenta en el momento en que el deudor sea demandado por el fiador ejercitando la acción de reembolso o de subrogación. Este último caso es muy raro en la práctica.

Estas situaciones se dan tanto con el deudor como con el fiador, cuando existe certificador o subfiador, como consecuencia del interés desmedido del acreedor, quien siempre tratará de garantizar su crédito por todos los medios posibles a su alcance, lo cual no es ningún obstáculo, como tampoco lo será que el deudor o primer fiador ignoren este hecho ni inclusive que lo contradigan.

"ART. 2,797.—La fianza no puede existir sin una obligación válida.

Puede, no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad puede ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado".

En esta disposición se conjuga el carácter de obligación accesoria de la fianza. El contrato de fianza no puede vivir ni existir, como dice la ley, sin una obligación válida; constriñe y restringe su nacimiento a la existencia de una obligación que legalmente debe ser posible. Queda comprobado de pleno derecho ese carácter accesorio de la obligación del fiador en esta disposición. Todavía más, en el segundo párrafo del artículo se confirma la accesoriedad al decirnos la ley que "... puede recaer, no obstante, sobre una obligación cuya nulidad puede ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado". Aquí resalta también en forma legal el carácter de obligación accesoria, al disponer la ley que puede recaer sobre una obligación afecta de nulidad. Es verdad que las obligaciones nulas no producen efectos, pero también es cierto que mientras no sea declarada la nulidad la obligación surte efectos. En este supuesto, la fianza que

garantiza el cumplimiento de una obligación existe aún en contra de lo que dispone el primer párrafo de la disposición, hasta el momento en que sea declarada la nulidad.

"ART. 2,798.—Puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida".

Esta disposición norma el contrato de fianza para obligaciones que aún no se realizan, estableciendo la posibilidad legal de su celebración, sujetándose únicamente la reclamación en contra del fiador, por el incumplimiento de la obligación por parte del deudor principal, al requisito de que la deuda sea líquida lo cual, es de acuerdo con la lógica y el derecho.

"ART. 2,799.—El fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal. Si se hubiere obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor. En caso de duda sobre si se obligó por menos o por otro tanto de la obligación principal, se presume que se obligó por otro tanto".

La disposición anterior tiene su razón de ser en el carácter accesorio de la obligación del fiador principalmente y en segundo término en consideración de equidad. Por tratarse de una obligación accesoría, es principio legal que no puede ir más allá de lo que constituye el contenido de la obligación principal, este aspecto ha quedado tratado en otro capítulo; por lo que se refiere a las consideraciones de equidad previstas por el legislador, también son dignas de tomarse en cuenta, toda vez que el contrato a que nos referimos es un contrato unilateral y gratuito por regla general, todo el peso del incumplimiento de la obligación principal recae en el fiador, quien se aventuró con la esperanza de que su fiado sería persona responsable. El legislador prevé el caso en que el fiador se haya comprometido a más de lo que la obligación principal implica, no anulando el contrato, sólo lo reduce a los límites de la deuda principal. Cuando hay duda al respecto, la ley resuelve el problema.

"ART. 2,800.—Puede también obligarse el fiador a pagar una cantidad de dinero si el deudor principal no presta una cosa o un hecho determinado".

En este artículo la obligación del fiador se contrae al pago de una suma de dinero que viene a constituir una indemnización, para el caso

de que el deudor principal no preste una cosa o hecho determinado: es decir, se puede pactar de antemano entre el acreedor y el fiador el pago de la citada cantidad, determinada previamente entre ellos, para el caso del incumplimiento de la obligación. En el precepto la obligación a cargo del deudor se restringe en cuanto a su contenido en relación con el articulado general de este contrato, que habla sin restricción, de cualquier obligación, a condición que sea válida.

"ART. 2,801.—La responsabilidad de los herederos del fiador se rige por lo dispuesto en el artículo 1,998".

"ART. 1,998.—Si muere uno de los deudores solidarios dejando varios herederos, cada uno de éstos está obligado a pagar la cuota que le corresponda en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible; pero todos los coherederos serán considerados como un solo deudor solidario, con relación a los otros deudores".

Este artículo, el número 2,801, presupone el caso del fallecimiento del fiador, reglamentando la forma de considerar la obligación de sus herederos, si son varios los herederos, la obligación se dividirá entre ellos proporcionalmente a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible. Si la obligación recae sobre varios fiadores, los coherederos del fiador fallecido serán considerados como un solo deudor solidario en relación con los otros fiadores.

"ART. 2,802.—El obligado a dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. El fiador se entenderá sometido a la jurisdicción del juez del lugar donde esta obligación deba cumplirse".

Nos habla este artículo de los requisitos que debe llenar la persona que se ofrezca como fiador. En razón de que el fiador va a garantizar el cumplimiento de una obligación, no sólo deberá contar con la capacidad legal necesaria para obligarse, sino también, con capacidad económica, es decir, bienes suficientes para responder de la obligación, ya que esa es su única función; al respecto, la ley hace uso del término "bienes" en forma genérica, sin aclarar a qué clase de los mismos se refiere. La interpretación que se le puede dar a este término es muy variable, aunque del cuerpo de las disposiciones de este contrato se infiere que el legislador se quiso referir preferentemente a los bienes inmuebles.

La parte final del citado artículo dispone, que el fiador quedará sometido a la jurisdicción del juez del lugar donde la obligación principal debe cumplirse; esta medida obedece a un principio de equidad establecido a favor del acreedor, pues no es justo que para recuperar el adeudo en que incurrió el deudor principal, se le obligue a hacer gastos mayores que los de una reclamación común y corriente, obligándole a pagar los que corresponden a una jurisdicción distinta a aquella donde se ventila la reclamación por el incumplimiento de la principal.

"ART. 2,803.—En las obligaciones a plazo o de prestación periódica, el acreedor podrá exigir fianza, aun cuando en el contrato no se haya constituido, si después de celebrado, el deudor sufre menoscabo en sus bienes, o pretende ausentarse del lugar en que debe hacerse el pago".

Trata este precepto de la posibilidad de concertar la fianza en aquellas obligaciones a plazo o de tracto sucesivo, aun cuando en el momento de la celebración del contrato no se haya constituido, si después de celebrado, el deudor sufre menoscabo en sus bienes o pretende ausentarse del lugar en que debe hacerse el pago. Esta prerrogativa es posible, aunque la ley no establece la forma en que puede exigirse judicialmente del deudor el otorgamiento de fiador.

"ART. 2,804.—Si el fiador viniere a estado de insolvencia puede el acreedor pedir otro que reúna las cualidades exigidas por el artículo 2,802".

Este artículo concede otra prerrogativa a favor del acreedor, quien puede solicitar la sustitución del fiador que viniere a estado de insolvencia. Como en la disposición anterior, tampoco queda establecido el medio para ejercitar este derecho.

"ART. 2,805.—El que debiendo dar o reemplazar al fiador, no lo presente dentro del término que el juez le señale, a petición de parte legítima, queda obligado al pago inmediato de la deuda, aunque no se haya vencido el plazo de ésta".

Considero que lo que dispone este precepto no es correcto. La fianza como se ha repetido anteriormente es un contrato accesorio cuya única función es la de garantía y su suerte es independiente de la obligación principal, al considerarla como un contrato u obligación accesorio, considero imposible legalmente, (a menos que así se haya

pactado) dar por vencida la obligación del contrato principal porque no se haya otorgado la fianza o reemplazado al fiador. Si el contrato principal está sujeto a término o a condición, prevalecerá la modalidad y no podrá exigirse la obligación hasta que se cumpla.

“ART. 2,806.—Si la fianza fuere para garantizar la administración de bienes, cesará ésta si aquella no se da en el término convenido o señalado por la ley o por el juez, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa”.

Considero que este artículo se refiere a la fianza legal y judicial, sólo en estos casos puede tener explicación. En un convenio particular, sólo tendría efecto si así quedara pactado como condición para administrar esos bienes.

“ART. 2,807.—Si la fianza importa garantía de cantidad que el deudor debe recibir, la suma se depositará mientras se dé la fianza”.

Esta otra disposición sólo explica o aclara una situación que podría presentarse, considero que sale sobrando su contenido ya que aquellas relaciones que se pactan con fianza quedan formalizadas y perfeccionadas en una misma fecha, esto es lo ordinario, y no en fechas escalonadas. En el presente caso, parece ser que la fianza está actuando como condición para que se entregue la cantidad a que se refiere el precepto.

“ART. 2,808.—Las cartas de recomendación en que se asegure la probidad y solvencia de alguien, no constituyen fianza”.

En efecto, una carta de esta especie no implica obligación de fiador para quien la expide. La fianza debe ser expresa aún cuando en su definición en el artículo 2,794 no se consigne tal requisito.

“ART. 2,809.—Si las cartas de recomendación fueren dadas de mala fe, afirmando falsamente la solvencia del recomendado, el que las suscriba será responsable del daño que sobreviniere a las personas a quienes se dirigen por la insolvencia del recomendado”.

Lo que dispone este artículo es definitivo, aun cuando no se constituye en fiador la persona que comete tales actos, considero que la responsabilidad en que incurre quien otorga tales cartas es de carácter penal, constituyéndose el delito de falsificación de documento.

“ART. 2,810.—No tendrá lugar la responsabilidad del artículo anterior, si el que dió la carta probase que no fué su recomendación la que condujo a tratar con su recomendado”.

El contenido de esta disposición en mi concepto sale sobrando, ya que quien otorga una recomendación de mala fe y afirmando falsamente cualidades que una persona no tiene, incurre en responsabilidad penal; en mi concepto, poco importa que haya sido esa recomendación u otra la que indujo a tratar con el recomendado.

“ART. 2,811.—Quedan sujetas a las disposiciones de este Título, las fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente en favor de determinadas personas, siempre que no las extiendan en forma de póliza; que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquier otro medio, y que no empleen agentes que las ofrezcan”.

Este artículo determina la aplicabilidad de las disposiciones de este título a toda clase de fianzas, con exclusión de aquellas a que el mismo se refiere, que son las fianzas mercantiles otorgadas por las Instituciones de Fianzas. A pesar del contenido de esta disposición, la Ley de Instituciones de Fianzas dispone que mientras no se legisle en materia de contrato de fianza onerosa, éste se regirá supletoriamente por las disposiciones contenidas en el título en que queda encuadrado el artículo que comentamos.

CAPITULO II

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR

"ART. 2,812.—El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, mas no las que sean personales del deudor".

Esta disposición establece a favor del fiador el derecho de defenderse y oponer toda clase de excepciones al acreedor, siempre que sean inherentes a la obligación principal, restringiendo este derecho sólo por lo que se refiere a las excepciones personales del deudor.

"ART. 2,813.—La renuncia voluntaria que hiciese el deudor de la prescripción de la deuda, o de toda otra causa de liberación, o de la nulidad o rescisión de la obligación, no impide que el fiador haga valer esas excepciones".

La obligación del fiador es muy aventurada y puede acarrearle graves perjuicios al garantizar la obligación ajena.

La ley al disponer en los términos de este precepto, toma en cuenta el carácter accesorio y gratuito del contrato y no quiere constreñir al fiador a sufrir las consecuencias de una renuncia perjudicial para él, pactada por el deudor.

"ART. 2,814.—El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes".

Este artículo concede al fiador dos beneficios; el de orden y el de excusión de bienes, otorgados por la ley en mérito de las graves

consecuencias que implica el contrato creando obligaciones al fiador sin nada a cambio que lo favorezca, como consecuencia del carácter, de ordinario, unilateral del contrato. En atención a que el beneficio de excusión implica al de orden, éste sale sobrando.

"ART. 2,815.—La excusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedará extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto".

Efectivamente, la mecánica de este beneficio consiste en ejecutar los bienes del deudor haciendo aplicación de su producto o valor al pago de la obligación. Esta ejecución puede ser extrajudicial, lo cual sería muchísimo más rápido; a pesar de que el precepto no lo determine así, no hay prohibición al respecto.

"ART. 2,816.—La excusión no tendrá lugar:

I.—Cuando el fiador renunció expresamente a ella.

II.—En los casos de concurso o de insolvencia probada del deudor.

III.—Cuando el deudor no puede ser judicialmente demandado dentro del territorio de la República.

IV.—Cuando el negocio para que se prestó la fianza sea propio del fiador.

V.—Cuando se ignore el paradero del deudor, siempre que llamado éste por edictos, no comparezca, ni tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación".

Fuera de estos casos, que son exhaustivos, operará el beneficio a la solicitud del fiador, ya que como vimos, se trata de un recurso que debe ser alegado por el fiador para que le aproveche.

"ART. 2,817.—Para que el beneficio de excusión aproveche al fiador, son indispensables los requisitos siguientes:

I.—Que el fiador alegue el beneficio luego que se le requiera de pago;

II.—Que designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito y que se hallen dentro del distrito judicial en que debe hacerse el pago;

III.—Que anticipe o asegure competentemente los gastos de excusión".

Estos requisitos deberán ser cumplidos por el fiador pues de lo contrario el beneficio concedido será nulatorio. Por lo que se refiere al primero, debe ser opuesto en juicio al contestar la demanda. El se-

gundo de los requisitos me parece ser demasiado enérgico, aparte que la ley no define o señala el territorio que abarca un distrito judicial; en el caso, encontrándose la Ciudad de México, dividida en partidos judiciales, surge la confusión de si debe considerarse un partido judicial como sinónimo de distrito judicial, siendo así, en el Distrito Federal, cuyo territorio es pequeño en superficie, existen cuatro partidos judiciales y si, por ejemplo, el deudor tiene bienes en Coyoacán y no en la Ciudad de México, considerándose aquella Villa fuera del mismo partido judicial o distrito judicial (según el caso), no se llenaría el requisito que establece la ley y por consecuencia, el beneficio no aprovecharía al fiador.

El tercero de los requisitos exigidos se ajusta a principios de equidad ya que no sería justo que el acreedor solventara tales gastos si la obligación fue afianzada y el fiador, en lugar de cumplir con su obligación está haciendo uso de excepciones dilatorias que a la postre lo pueden liberar.

“ART. 2,818.—Si el deudor adquiere bienes después del requerimiento, o si se descubren los que hubiese ocultado, el fiador puede pedir la excusión, aunque antes no la haya pedido.

Este artículo concede al fiador la oportunidad de alegar el beneficio con posterioridad al requerimiento que se le hace. Hemos visto, al hacer el estudio doctrinario, que el beneficio de excusión se puede pedir inclusive hasta antes de sentencia de primera instancia; esta oportunidad concedida al fiador opera en aquellos casos en que el deudor adquirió bienes o se descubrieron los que había ocultado después del requerimiento.

“ART. 2,819.—El acreedor puede obligar al fiador a que haya la excusión de los bienes del deudor”.

La disposición anterior establece la posibilidad a favor del acreedor de descargar el trámite de la excusión en el propio fiador, quien es el más interesado en la misma, toda vez que sus resultados sólo a él beneficiarán.

“ART. 2,820.—Si el fiador, voluntariamente u obligado por el acreedor, hace por sí mismo la excusión y pide plazo, el juez puede concederle el que crea conveniente, atendidas las circunstancias de las personas y las calidades de la obligación”.

La situación a que se refiere este precepto es excepcional ya que sin la intención de mi parte de sobrecargar la responsabilidad del fiador, considero que con esta concesión se desvirtúa en parte la naturaleza de la obligación, cuyo cumplimiento por el fiador se atrasa con este plazo más de lo razonable, pues el tiempo necesario para desahogar el juicio indispensable para obtener los resultados de la excusión es bastante largo.

"ART. 2,821.—El acreedor que, cumplidos los requisitos del artículo 2,817, hubiere sido negligente en promover la excusión, queda responsable de los perjuicios que pueda causar al fiador, y éste libre de la obligación hasta la cantidad a que alcancen los bienes que hubiere designado para la excusión".

Se apoya lo dispuesto en este precepto en principios de equidad, la negligencia del acreedor no puede perjudicar al fiador.

"ART. 2,822.—Cuando el fiador haya renunciado el beneficio de orden, pero no el de excusión, el acreedor puede perseguir en un mismo juicio al deudor principal y al fiador; más éste conservará el beneficio de excusión, aun cuando se dé sentencia contra los dos".

La disposición que comentamos es de acuerdo con la lógica, renunciado el beneficio de orden por el fiador, no se le causa ningún perjuicio si el acreedor lo demanda conjuntamente con el deudor, ya que aún cuando se dicte sentencia en contra de los dos, se le reconoce el beneficio de excusión, al que no hizo renuncia. También se conjuga en este caso el principio de economía procesal.

"ART. 2,823.—Si hubiere renunciado a los beneficios de orden y excusión, el fiador, al ser demandado por el acreedor, puede denunciar el pleito al deudor principal para que éste rinda las pruebas que crea conveniente; y en caso de que no salga al juicio para el indicado objeto, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra el fiador".

Este es otro recurso a favor del fiador, no pudiendo él, por desconocerlas, oponer excepciones ni rendir pruebas, tal denuncia puede aprovecharle e inclusive liberarlo, lo cual es de toda justicia, siendo también de justicia que en caso de que el deudor no comparezca a juicio le perjudique la sentencia que se dicte.

"ART. 2,824.—El que fía al fiador goza del beneficio de excusión, tanto contra el fiador como contra el deudor principal".

La disposición de este precepto es consecuente con la naturaleza del subfiador o certificador; analizando independientemente la figura del subfiador, éste es un verdadero fiador.

“ART. 2,825.—No fian a un fiador los testigos que declaren de ciencia cierta en favor de su idoneidad, pero por analogía se les aplicará lo dispuesto en el artículo 2,809”.

Así es realmente, no fian al fiador tales personas, en el contrato de fianza, a pesar de ser unilateral, deben llenarse los requisitos de todo contrato, y en el presente caso, no hay acuerdo de voluntades en ese sentido. Por lo demás, también quedan sujetas a esa responsabilidad que ya comentamos en el artículo 2,809.

“ART. 2,826.—La transacción entre el acreedor y el deudor principal aprovecha al fiador, pero no le perjudica. La celebrada entre el fiador y el acreedor aprovecha, pero no perjudica al deudor principal”.

No nos determina la ley hasta qué grado aprovecha esta transacción al fiador, yo considero que lo libera, puesto que la transacción constituye en sus términos una nueva obligación que sustituye a la anterior. Lo mismo puedo decir de la transacción entre el acreedor y el fiador.

“ART. 2,827.—Si son varios los fiadores de un deudor por una sola deuda, responderá cada uno de ellos por la totalidad de aquélla, no habiendo convenio en contrario; pero si sólo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar a los demás para que se defiendan juntamente, y en la proporción debida estén a las resultas del juicio”.

Efectivamente, todos los fiadores de un deudor por una sola deuda serán responsables en los términos de la disposición invocada. Posteriormente, en el capítulo IV de este Título, volveré a tratar este caso.

CAPITULO III

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR

“ART. 2,828.—El fiador que paga debe ser indemnizado por el deudor, aunque éste no haya prestado su consentimiento para la constitución de la fianza. Si ésta se hubiere otorgado contra la voluntad del deudor, no tendrá derecho alguno el fiador para cobrar lo que pagó, sino en cuanto hubiere beneficiado el pago al deudor”.

Este artículo establece la base para que el fiador recupere del deudor el importe del pago verificado como resultado de su obligación previendo el caso de que ésta se haya constituido contra su voluntad, disponiendo al respecto que el fiador no tendrá más derecho de reclamar que el correspondiente al beneficio obtenido por el deudor.

“ART. 2,829.—El fiador que paga por el deudor, debe ser indemnizado por éste:

I.—De la deuda principal:

II.—De los intereses respectivos, desde que haya noticiado el pago al deudor, aun cuando éste no estuviere obligado por razón del contrato a pagarlos al acreedor;

III.—De los gastos que haya hecho desde que dió noticia al deudor de haber sido requerido de pago:

IV.—De los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor”.

Este artículo nos habla de una indemnización, mas no se trata precisamente de una indemnización, es el reembolso o reintegro de lo que haya cubierto el fiador, deuda principal, intereses sobre la misma

causados desde la notificación del pago al deudor, más gastos. La fracción IV, si constituye una indemnización, la correspondiente a los daños y perjuicios sufridos por el fiador.

"ART. 2,830.—El fiador que paga, se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor".

Este artículo está consagrando el beneficio o recurso de subrogación legal a favor del fiador, como consecuencia del cumplimiento de la obligación por su parte.

"ART. 2,831.—Si el fiador hubiese transigido con el acreedor, no podrá exigir del deudor sino lo que en realidad haya pagado".

Esta disposición condiciona a las anteriores de este capítulo; el fiador, a pesar de su obligación unilateral y desinteresada, sin provecho, no puede lucrar a costa del deudor reembolsándose más de lo que ha pagado por él.

"ART. 2,832.—Si el fiador hace el pago sin ponerlo en conocimiento del deudor, podrá éste oponerle todas las excepciones que podría oponer al acreedor al tiempo de hacer el pago".

Efectivamente, el deudor no puede sufrir perjuicios por los actos del fiador, siendo la obligación de éste accesoria de la del deudor y teniendo éste excepciones contra el acreedor, que no hizo valer por causa imputable al fiador, no puede perjudicarse; por tanto esas excepciones son operantes.

"ART. 2,833.—Si el deudor, ignorando el pago por falta de aviso del fiador, paga de nuevo, no podrá éste repetir contra aquél, sino sólo contra el acreedor".

En el caso a que se refiere este precepto, el fiador sólo podrá repetir contra el acreedor quien se ha enriquecido ilegítimamente y no contra el deudor, quien pagó por su cuenta por la omisión del fiador que no le anunció el pago.

"ART. 2,834.—Si el fiador ha pagado en virtud de fallo judicial, y por motivo fundado no pudo hacer saber el pago al deudor, éste quedará obligado a indemnizar a aquél y no podrá oponerle más excepciones que las que sean inherentes a la obligación y que no hubieren sido opuestas por el fiador, teniendo conocimiento de ellas".

Este artículo se relaciona con el 2,833, es casi la misma hipótesis, sólo que el fiador paga en virtud de fallo judicial y no voluntariamente, no pudiendo avisar al deudor por motivo fundado, dice el có-

digo, en este caso, el deudor está obligado a reembolsar (no indemnizar) al acreedor no pudiendo oponer más excepciones que las inherentes a la obligación y que no hubieran sido opuestas por el fiador teniendo conocimiento de ellas, así pues, no se le da oportunidad de oponer las personales que pudiera tener contra el acreedor.

"ART. 2,835.—Si la deuda fuera a plazo o bajo condición, y el fiador la pagare antes de que aquél o ésta se cumplan, no podrá cobrarla del deudor sino cuando fuere legalmente exigible".

Disposición clarísima que no necesita mayor explicación.

"ART. 2,836.—El fiador puede, aun antes de haber pagado exigir que el deudor asegure el pago o lo releve de la fianza:

I.—Si fué demandado judicialmente por el pago;

II.—Si el deudor sufre menoscabo en sus bienes de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente;

III.—Si pretende ausentarse de la República;

IV.—Si se obligó a relevarlo de la fianza en tiempo determinado, y éste ha transcurrido;

V.—Si la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo".

Esta disposición consagra los recursos o derechos que tiene el fiador antes del cumplimiento de su obligación, tendientes a asegurar el pago o la relevación de la fianza. El legislador, a pesar de la buena intención que lo asistió al conceder estos recursos, no consiguió lo que perseguía, pues no dispone los medios a seguir para lograr ese objeto tan laudable. La simple exigencia sin sanción no tiene ningún efecto por otra parte, el fiador no está obligado con el deudor, su obligación es con el acreedor, a quien no le importa en lo más mínimo lo que suceda entre ellos, ya que él está garantizado. Este es el único inconveniente que en mi concepto arroja este contrato, por mucha liberalidad de parte del fiador, que respalde la obligación, no hay justicia ni reciprocidad a su obligación; existen varios dichos populares nacidos con este motivo y que encuadran perfectamente en esta situación "fia y te arrepentirás", "fia y pagarás", "fiador pagador" y, otro todavía más cruel, "de la caridad nace la peste".

CAPITULO IV

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE LOS COFIADORES

"ART. 2,837.—Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer.

Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción.

Para que pueda tener lugar lo dispuesto en este artículo es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso".

Consagra este precepto el recurso de división concedido a los fiadores cuando son varios del mismo deudor y por la misma deuda. Recurso de pleno derecho para dividir la obligación entre todos ellos en la misma proporción, aún en el caso de que alguno resulte insolvente, ya que su parte recaerá en los demás. Presupone la disposición que se invoca que el pago se haya hecho en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor en estado de concurso.

"ART. 2,838.—En el caso del artículo anterior, podrán los cofiadores oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fueren puramente personales del mismo deudor o del fiador que hizo el pago".

Consagra esta disposición los recursos pertinentes al caso, son aquellas excepciones consabidas inherentes a la obligación, descartando las personales del fiador que hizo el pago o del mismo deudor.

“ART. 2,839.—El beneficio de división no tiene lugar entre los fiadores:

I.— Cuando se renuncia expresamente;

II.— Cuando cada uno se ha obligado mancomunadamente con el deudor;

III.— Cuando alguno o algunos de los fiadores son concursados o se hallen insolventes, en cuyo caso se procederá conforme a lo dispuesto en los párrafos 2º y 3º del artículo 2,837;

IV.— En el caso de la fracción IV del artículo 2,816;

V.— Cuando alguno o algunos de los fiadores se encuentren en alguno de los casos señalados para el deudor en las fracciones III y V del mencionado artículo 2,816”.

El beneficio de división no tiene lugar, nos dice este artículo, en los mismos casos a que se refiere el 2,816, al que nos remitimos, en sus fracciones I, III (con la salvedad de que la parte del fiador insolvente o concursado, recaerá en los restantes), IV y V; por lo que se refiere a la fracción II, el fiador solidario no goza de este beneficio ni puede alegar la división.

“ART. 2,840.—El fiador que pide el beneficio de división, sólo responde por la parte del fiador o fiadores insolventes, si la insolvencia es anterior a la petición; y ni aún por esa misma insolvencia, si el acreedor voluntariamente hace el cobro a prorrata sin que el fiador lo reclame”.

Esta disposición es congruente con la división concedida por la ley al fiador que paga, por otra parte, el fiador no será responsable por la parte que le correspondería si el acreedor voluntariamente hace el cobro a prorrata sin que el fiador lo reclame.

“ART. 2,841.—El que fía al fiador, en el caso de insolvencia de éste, es responsable para con los otros fiadores en los mismos términos en que lo sería el fiador fiado”.

Es el caso del subfiador que es responsable de la insolvencia del fiador a quien fío, si hay división responde de la parte que correspondía a su fiado, más la proporcional a los que resultaren insolventes.

CAPITULO V

DE LA EXTINCION DE LA FIANZA

“ART. 2,842.—La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones”.

Consagra este artículo la accesoriidad de la obligación del fiador por una parte al decirnos que la fianza quedará extinguida cuando la obligación principal quede también extinguida, extinción por vía de consecuencia, que nos consigna Planiol. También se refiere el precepto, a los casos de extinción por vía directa, que son las causas de extinción de todas las obligaciones, es decir, independientes de la extinción de la deuda principal. Ya quedaron relacionadas en los capítulos de doctrina.

“ART. 2,843.—Si la obligación del deudor y la del fiador se confunden, porque uno herede al otro, no se extingue la obligación del que fió al fiador”.

Esta disposición está de acuerdo con la naturaleza de la obligación del subfiador que queda obligado con el acreedor en vista de la confusión creada por la herencia de su fiado al deudor principal.

“ART. 2,844.—La liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores, sin el consentimiento de los otros, aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado”.

También esta disposición es consecuencia del principio de que todos los fiadores que responden por la misma deuda del mismo

deudor, responden proporcionalmente de la obligación y por lo tanto, la liberación de uno de ellos aprovecha a todos en la misma proporción.

"ART. 2,845.—Los fiadores, aún cuando sean solidarios, quedan libres de su obligación si por culpa o negligencia del acreedor no pueden subrogarse en los derechos, privilegios o hipotecas del mismo acreedor".

Esta disposición es el reconocimiento legal de la excepción de subrogación, modo de extinción propio de la fianza, que tratamos en nuestro capítulo anterior de doctrina.

"ART. 2,846.—La prórroga o espera concedida al deudor por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza".

Este es otro de los casos de extinción propio de la fianza, establecida por el Código Civil en razón de un principio de equidad.

"ART. 2,847.—La quita reduce la fianza en la misma proporción que la deuda principal, y la extingue en el caso de que, en virtud de ella, quede sujeta la obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones".

La disposición de este precepto constituye una consecuencia de la accesoriedad de la obligación del fiador, si hay quita en la obligación principal, la fianza se reducirá en la misma proporción; extinguiéndose en el caso de que en virtud de la misma quede sujeta la obligación a nuevos gravámenes o condiciones.

"ART. 2,848.—El fiador que se ha obligado por tiempo determinado, queda libre de su obligación, si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo. También quedará libre de su obligación el fiador, cuando el acreedor, sin causa justificada, deje de promover por más de tres meses, en el juicio entablado contra el deudor".

Este artículo se refiere al caso en que la fianza está garantizando el cumplimiento de una obligación a término o plazo. Estableciendo al respecto que el fiador quedará libre de su obligación, si el acreedor no requiere judicialmente al deudor dentro del mes siguiente a la expiración del plazo. En la segunda parte del artículo que comentamos, se establece legalmente la liberación del fiador en el supuesto de que el acreedor, sin causa justificada, deje de promover por más de tres meses en el juicio entablado en contra del deudor. Lo dispuesto

en el precepto anterior, está dictado reconociendo el carácter accesorio de la obligación del fiador, no necesita mayor explicación porque es clara su redacción.

“ART. 2.849.— Si la fianza se ha otorgado por tiempo indeterminado, tiene derecho el fiador, cuando la deuda principal se vuelva exigible, de pedir al acreedor que promueva judicialmente dentro del plazo de un mes, el cumplimiento de la obligación. Si el acreedor no ejercita sus derechos dentro del plazo mencionado, o si en el juicio entablado deja de promover, sin causa justificada, por más de tres meses el fiador quedará libre de su obligación”.

Este otro precepto reglamenta también la posibilidad de que el fiador se libere de su obligación por omisiones del acreedor. Supone que la fianza se haya otorgado por tiempo indeterminado y al efecto establece el derecho a favor del fiador para pedir del acreedor que promueva judicialmente del deudor el cumplimiento de la obligación, cuando ésta sea exigible, dentro del plazo de un mes. El fiador quedará libre en los casos en que el acreedor no promueva dentro del plazo mencionado y, también, como en el precepto anterior, en el caso de que el acreedor deje de promover, sin causa justificada, por más de tres meses en el juicio entablado por él en contra del deudor.

CAPITULO VI

DE LA FIANZA LEGAL O JUDICIAL

“ART. 2,850.—El fiador que haya de darse por disposición de la ley o de providencia judicial, excepto cuando el fiador sea una institución de crédito, debe tener bienes raíces inscritos en el Registro de la Propiedad y de un valor que garantice suficientemente las obligaciones que contraiga.

Cuando la fianza sea para garantizar el cumplimiento de una obligación cuya cuantía no exceda de mil pesos, no se exigirá que el fiador tenga bienes raíces.

La fianza puede substituirse con prenda o hipoteca”.

Es el caso de fianza impuesta por la ley o por providencia judicial. En mérito de la importancia de esta categoría de fianza, el legislador es más explícito en su disposición, aquí sí menciona con qué clases de bienes debe responder el fiador (excepto cuando sea una institución de crédito), deberán ser inmuebles y estar inscritos en el Registro Público de la Propiedad, y más, su valor deberá ser idóneo para constituir garantía de la obligación principal. Este párrafo constituye la regla, pues en el segundo apartado es más condescendiente el legislador, si la cuantía de la obligación no excede los mil pesos, no es necesario que el fiador sea propietario de bienes raíces. Dispone el artículo en su último párrafo que esta fianza puede substituirse con prenda o hipoteca.

“ART. 2,851.—Para otorgar una fianza legal o judicial por más de mil pesos se presentará un certificado expedido por el encargado del Registro Público, a fin de demostrar que el fiador tiene bienes

raíces suficientes para responder del cumplimiento de la obligación que garantiza”.

Esta disposición nos indica la forma de comprobar la propiedad de los bienes raíces que requiere la ley o el juez en el caso de fianza legal o judicial a que se refiere el precepto anterior.

“ART. 2,852.—La persona ante quien se otorgue la fianza, dentro del término de tres días dará aviso del otorgamiento al Registro Público, para que al margen de la inscripción de propiedad correspondiente al bien raíz que se designó para comprobar la solvencia del fiador se ponga nota relativa al otorgamiento de la fianza.

Extinguida ésta, dentro del mismo término de tres días se dará aviso al Registro Público, para que haga la cancelación de la nota marginal.

La falta de avisos hace responsable al que debe darlos de los daños y perjuicios que su omisión origine”.

Esta fianza legal o judicial nos impone ya un requisito de registro de la obligación del fiador, el cual deberá anotarse al margen de la inscripción de propiedad, según aviso de las personas a que se refiere el precepto, para quienes también dispone, si hay omisión de tales avisos, responsabilidad de daños y perjuicios para el que la comete.

“ART. 2,853.—En los certificados de gravamen que se expidan en el Registro Público, se harán figurar las notas marginales de que habla el artículo anterior”.

Implica esta disposición un mandato para el Registrador, quien deberá cumplir con lo que preceptúa.

“ART. 2,854.—Si el fiador enajena o grava los bienes raíces cuyas inscripciones de propiedad están anotadas conforme a lo dispuesto en el artículo 2,852, y de la operación resulta la insolvencia del fiador, aquélla se presumirá fraudulenta”.

Esta disposición a pesar de presumir fraudulenta la enajenación o el gravamen que se realiza sobre la finca objeto de la garantía otorgada por el fiador, puede no llenar su función, más sencillo hubiera sido que la anotación marginal de fianza impidiera la venta o hipoteca del bien, a menos de constituir garantía en efectivo, con un depósito en la Institución, que para esos casos determina la ley, por el valor correspondiente a la fianza. De la disposición, “. . . y de la ope-

ración, resulta la insolvencia. . ." está dando margen a que se hipoteque y venda, tantas cuantas veces se quiera por el fiador, a condición de que se compruebe la solvencia en cualquier momento, lo cual deja inoperante el fraude, sin respaldo o contenido la fianza y abierta la puerta a un riesgo que se puede prever.

"ART. 2,855.—El fiador legal o judicial no puede pedir la excusión de los bienes del deudor principal; ni los que fian a esos fiadores pueden pedir la excusión de éstos, así como tampoco la del deudor".

Esta es una prohibición de acuerdo con la función que debe llenar esta clase de fianzas. No requiere más comentario.

CONCLUSIONES

I.—Hemos visto que las disposiciones de la fianza en forma reglamentada, tuvieron su origen en el derecho romano, punto de partida de todos los derechos del mundo moderno. En éstos, la reglamentación del contrato de fianza es muy semejante y poco, muy poco, se ha agregado a su reglamentación original, la cual ha sido objeto, únicamente, del pulimento o acabado, de acuerdo con las modernas teorías del derecho.

II.—El cambio paulatino de la vida social y económica, el resurgimiento de otras formas de garantía, aparentemente más efectiva, la creación de la fianza mercantil y el poco interés del legislador en la garantía personal, han influido negativamente en este contrato que se fué abandonando inconscientemente por la legislación y las gentes, perjudicando su evolución.

III.—Los caracteres unilateral y gratuito del contrato, conformes con la época y costumbres existentes en su nacimiento, actualmente son anacrónicos y constituyen una pesada carga para el mismo y un obstáculo para su desenvolvimiento, tan necesario por la utilidad que presta en las múltiples y muy variadas operaciones que se realizan a diario por las personas de pocos recursos.

IV.—Sería de desear que el legislador volviera los ojos con más interés y cariño a este contrato y otorgara a su reglamentación una personalidad más de acuerdo con las necesidades de la vida moderna, dándole la significación que merece, reglamentando su función en forma tal que resalte para el fiador la magnitud del contenido de la obligación que contrae y subraye para el deudor la importancia de su

utilidad, la cual facilita la aceptación por parte del acreedor en la relación contractual que garantiza.

V.—Asimismo, sería de desear, que de no ser posible una reciprocidad a la obligación del fiador por el carácter unilateral del contrato, en los recursos a su favor, de reembolso o reintegro y de subrogación legal, en méritos del pago que realiza, se comprendiera, en forma más efectiva, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, con motivo de la reclamación judicial entablada por el acreedor, como consecuencia del incumplimiento del deudor.

BIBLIOGRAFIA

- BORJA SORIANO MANUEL.**—Teoría General de las Obligaciones. Librería de Porrúa Hnos y Cia, México, 1939.
- CASTAN TOBESAS JOSE.** Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo III. Volumen II. Cuarta Edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1939.
- COLIN AMBROSIO Y H. CAPITANT.** Curso Elemental de Derecho Civil. Traducción de la última edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Con notas sobre el Derecho Civil Español por Demófilo de Buen. Editorial Reus, S. A. Madrid, 1925.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA ESPAÑOLA.**—Por Luis Mouton y Ocampo, Lorenzo M. Alíe y Cas-I, Enrique Oliver Rodríguez y Juan Torres Ballesté. Tomo Décimo-seis. Francisco Six, Editor. Publicación Autorizada por R. O. de 1 de junio de 1910. Barcelona.
- ENNECCERUS LUDWIG.** Derecho de Obligaciones. Traducción de la 35ª Edición Alemana con estudios de comparación y Adaptación a la Legislación y Jurisprudencia Españolas por Blas Pérez González y José Alguer Bosch. Casa Editorial, Barcelona, 1935.
- GARCIA TRINIDAD.** Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho. Segunda Edición. Librería de Porrúa Hnos. y Cia, México, D. F., 1911.
- GARCIA LOPEZ AGUSTIN.** Apuntes de Contratos. Versión Tequigráfica de un alumno.
- GARCIA MAYNEZ EDUARDO.** Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, México, D. F., 1919.
- JAEN VICENTE.** Derecho Civil. Apuntes y Notas de Derecho Filosófico, Histórico y Positivo. Especialmente Español Común y Foral. Madrid, Librería Editorial de Victoriano Suárez, 1923.
- MANRESA Y NAVARRO JOSE MARIA.** Comentarios al Código Civil Español. Segunda Edición, Madrid, 1911.

- PETIT EUGENE.—Tratado Elemental de Derecho Romano, Traducido de la Novena Edición Francesa y aumentado con notas originales por José Ferrández González. Editorial Saturnino Calleja, S. A. Madrid, MCMXLI.
- PLANIOL MARCELO Y JORGE RIPERT.—Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Traducción Española de Mario Díaz Cruz. Cultural Habana, S. A., 1916.
- VALVERDE Y VALVERDE CALIXTO.—Tratado de Derecho Civil Español. Tomo III. Parte Especial. Derecho Personal o de Obligaciones. Tercera Edición. Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1926.

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

- (1) Valverde y Valverde Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo Tercero. Parte Especial. Derecho Personal o de Obligaciones. Tercera Edición. 1926. Valladolid. Págs. 611-615.
- (2) Castán Tobeñas José. Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo II. Volumen II. Cuarta Edición. Madrid. "Instituto Editorial Reus", 1939. Págs. 117-118.
- (3) Sánchez Román. Estudios de Derecho Civil. Tomo IV de la 2ª Edición. Págs. 910 y 911.

CAPITULO I

- (4) Petit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducido por José Ferrández González. 1910. Madrid. Pág. 331.
- (5) Idem. Pág. 335.

CAPITULO II

- (6) Castán Tobeñas José. Obra citada. Pág. 113.
- (7) Planiol Marcelo y Jorge Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Traducción española de Mario Díaz Cruz. Tomo XI. Cultural Habana, S. A. Pág. 871.
- (8) Enneccerus Ludwig. Derecho de Obligaciones. Trad. de Bas Pérez González y José Alguer. Vol. Segundo Bosch. Casa Editorial Barcelona. 1935. Pág. 461.

- (9) Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Tomo I. Librería de Porrúa Hnos. y Cia. México, 1939. Pág. 157.
- (10) Planiol Marcelo y Jorge Ripert, Obra citada. Tomo VI. Pág. 59.
- (11) Jaén Vicente, Derecho Civil, Apuntes y Notas de Derecho Filosófico, Histórico y Positivo, Especialmente Español Común y Foral, Madrid, 1923. Págs. 171, 176.
- (12) Colin Ambrosio y H. Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil, Trad. por Demófilo de Buen, Tomo Quinto, Garantías Personales y Reales, Madrid, Editorial Reus (S. A.) 1926, Págs. 13 y 14.
- (13) Idem, Págs. 14 y 15.
- (14) Planiol Marcelo y Jorge Ripert, Obra citada, Tomo VI, Págs. 45, 50, 51 y 52.
- (15) Planiol Marcelo y Jorge Ripert, Obra citada, Tomo XI, Págs. 885-886.
- (16) Idem, Pág. 890-891.

CAPITULO III

- (17) Castán Tobeñas José, Obra citada. Pág. 326.
- (18) Planiol Marcelo y Jorge Ripert, Obra citada, Tomo XI, Págs. 892-893-894.
- (19) Castán Tobeñas José, Obra citada, Págs. 127-128.
- (20) Planiol Marcelo y Jorge Ripert, Obra citada, Págs. 895-896.
- (21) Castán Tobeñas José, Obra citada, Págs. 129-130.
- (22) Petit Eugene, Obra citada, Págs. 312-313.
- (23) Planiol Marcelo y Jorge Ripert, Obra citada, Tomo XI, Págs. 900-901.
- (24) Petit Eugene, Obra citada, Págs. 313-314.
- (25) Planiol Marcelo y Jorge Ripert, Obra citada, Tomo XI, Págs. 901-902-903.

CAPITULO IV

- (26) Planiol Marcelo y Jorge Ripert, Obra citada, Tomo XI, Págs. 910-911.
- (27) Castán Tobeñas José, Obra citada, Pág. 136.
- (28) Colin Ambrosio y H. Capitant, Obra citada, Págs. 33-34.

INDICE

Introducción	Pág. 7
CAPITULO I	
Antecedentes en el Derecho Romano	15
CAPITULO II	
Definición del Contrato, caracteres y clases	19
CAPITULO III	
Efectos jurídicos del Contrato	33
CAPITULO IV	
Extinción de la Fianza	49
CAPITULO V	
Breves comentarios al articulado del Capítulo de Fianza del Código Civil de 1928	55
Conclusiones	83
Bibliografía	85