

33

4-1-11



DERECHO

LOS NUEVOS PRECEPTOS RELATIVOS A LA FIANZA JUDICIAL

Tesis que presenta Felipe Carrasco
Zanini, para su examen profesional
de Licenciado en Derecho en la
Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales de la Universidad Autónoma
de México. — — — — —



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.

LOS NUEVOS PRECEPTOS
RELATIVOS A LA FIANZA
JUDICIAL

(ENSAYO DE INTERPRETACION DE
LOS ARTICULOS 2852 Y 2854 DEL
CODIGO CIVIL VIGENTE)

Seguramente, las personas interesadas en cuestiones jurídicas, habrán podido notar, que en el ordenamiento que rige las relaciones de derecho común de los particulares, de 30 de agosto de 1928 y vigente desde el 1º de octubre de 1932, en el Distrito y Territorios Federales, se han hecho importantes reformas a la fianza legal o judicial. Además de la importancia capital que por sí mismas presentan esas innovaciones, son de una trascendencia mayor que la que tienen las que se hacen ordinariamente en nuestro país, porque han sido hechas atendiendo a necesidades de nuestro medio, observadas cuidadosamente y que representan un esfuerzo de legislar para México, de acuerdo con la realidad de su vida social, que tan penosamente va desarrollándose, por la falta de una organización jurídica propia y adecuada. Es pues de gran mérito este esfuerzo en procurar para México una legislación propia y es pertinente hacerlo patente antes de pasar adelante.

Como todo lo que implica cambio, la aplicación de estas reformas ha planteado problemas en la práctica, cuya resolución depende del alcance que se les dé a los preceptos que contienen esas innovaciones. Es decir, existe una necesidad jurídica de interpretarlas conforme con las finalidades que persiguen, satisfaciendo de esta manera las exigencias de la vida práctica. Entre las modificaciones aludidas, resalta y es de gran interés la relativa a la anotación que debe hacerse del otorgamiento de la fianza en el Registro de la Propiedad al margen de las inscripciones de los inmuebles con los que el fiador acreditó su solvencia, debiendo aparecer esas anota-

ciones, en los certificados de gravámenes que expida esa Oficina. Aplicada esta disposición en la práctica, al tratar de celebrar alguna operación en relación con ese inmueble, en cuyo certificado de gravámenes aparece la anotación de una fianza, el futuro adquirente, el abogado, el notario, se encuentran con la dificultad de precisar la trascendencia de la anotación, cosa que no pueden hacer sin determinar el alcance de los preceptos que ordenan esa anotación. Sólo en esta forma podrán preverse las consecuencias que acarrearía celebrar la operación en esas condiciones, y se podrá saber qué circunstancias son necesarias para que no corra riesgo el futuro adquirente. Es indispensable por tanto, determinar qué valor y qué alcance tienen esas innovaciones, que a simple vista parecen ir contra el orden acostumbrado de las cosas. Y esta interpretación y precisión son las finalidades que persigue el presente trabajo cuyo tema si se quiere no es extenso, pero sí de interés, por la utilidad que presenta la interpretación de las mismas para la resolución de los problemas prácticos.

Teniendo como objeto el indicado en el párrafo que precede, es necesario antes de entrar en materia, relacionar los antecedentes de la cuestión, a fin de allegarse los elementos necesarios para resolver el problema, y que forman también el ambiente necesario para la debida comprensión de la explicación que se propone.

A este efecto, se hará un examen somero y general de la fianza, el que requiere algunos comentarios previos y concisos de los contratos de garantía en general, para que concretando más la clase de garantía que da la fianza, pueda hacerse un resumen de los caracteres principales que individualizan dicho contrato y de las relaciones que surgen con motivo de su celebración entre las partes que intervienen en él, así como también de las causas que lo extinguen y finalmente, se hará una exposición de la reglamentación de la fianza judicial en el Código Civil de 1884, para ver con claridad cuáles son las innovaciones que se hicieron en el Código Civil vigente, precisando así los inconvenientes y abusos a que daba lugar

la reglamentación anterior, que seguramente son los que inspiraron las antedichas reformas.

En consecuencia este trabajo se dividirá en la siguiente forma:

I.—Garantía de las obligaciones y contratos de garantía.

II.—La fianza.—Sus caracteres y relaciones de derecho que produce.

III.—La fianza legal o judicial.—Códigos de 1884 y de 1928.

I.—GARANTIA DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE GARANTIA.

Las relaciones jurídicas que se establecen entre los hombres toman formas muy variadas, unas veces son intercambios de valores que se realizan simultáneamente en un momento dado, otras veces, y esto es muy frecuente en asuntos mercantiles, se efectúan operaciones a crédito, es decir, operaciones en que interviene la idea de plazo. En las primeras no existe riesgo de ninguna clase puesto que las partes contratantes cumplen su obligación en el momento mismo de ejecutar el acto jurídico que les dá origen. No sucede lo mismo en las otras, porque como su nombre lo indica son actos en los que se concede un plazo para hacer efectivas las prestaciones que forman su contenido, y muy bien puede acontecer que al vencerse ese plazo, la parte obligada no cumpla con las obligaciones contraídas. Esto se traduce en el riesgo que corre el acreedor de que el deudor no cumpla la obligación, riesgo que se contrarresta con las seguridades que éste pueda ofrecerle. El acreedor en esta clase de operaciones tiene que hacer frente a diversas situaciones: Cuando el obligado al cumplimiento de alguna prestación cualquiera, se encuentra en condiciones tanto materiales como de ánimo para satisfacerla, el acreedor no tiene dificultad alguna para obtener las prestaciones a que tiene derecho conforme al contrato. Esta situación representa el caso normal del funcionamiento del crédito, pero puede suceder que el deudor, aunque se encuentre en posibilidad de cumplir con las obligaciones que contrajo, se rehuse a hacerlo. Para este caso, la Ley dá diferentes medios al acreedor

a fin de forzar al deudor moroso al cumplimiento de sus obligaciones y en caso de que ni en esa forma se logre el fin perseguido, la Ley en su rebeldía satisface los derechos del acreedor, por medio de la ejecución forzosa. Aun puede presentarse otra situación peor para el acreedor, representada por el peligro constante de la insolvencia del deudor, peligro que se tiene que conjurar anticipadamente, pues llegado el caso, serían inútiles todas las medidas que se tomaran porque no habría bienes con los cuales se pudiera hacer el pago de las prestaciones a que tiene derecho el acreedor. A efecto de evitar tales consecuencias, se han establecido varias clases de seguridades, llamadas comúnmente garantías, algunas de las cuales toman la forma de contratos.

Estas diversas seguridades, están en consonancia con las probables causas de la insolvencia del deudor, ya sea que dependan de su voluntad, como son por ejemplo, su negligencia, incuria o mala fe, o que provengan de caso fortuito como puede acontecer en un tal negocio, en las enajenaciones de buena fe, etc.

Para el caso señalado del abandono del deudor de sus propios intereses y derechos, la Ley provee al acreedor de una acción para que pueda evitar los resultados de ese abandono, porque sería injusto dejar sin medio de acción al acreedor que está mirando que el patrimonio de su deudor, que es el que le sirve de prenda general, disminuya ostensiblemente.

Por medio de esta acción, que recibe en la práctica el nombre de obliqua, el acreedor está capacitado en términos generales, para intervenir en un juicio instaurado contra su deudor, oponiendo excepciones que éste no hubiera intentado; intervenir igualmente para interrumpir la prescripción que esté corriendo contra su deudor o aceptar una herencia o donación repudiada por el mismo. (Artículo 1673 del Código Civil y 969 del Código de Comercio.) En nuestro derecho, está consagrada y reglamentada en los artículos 21 y 29 del Código de Procedimientos Civiles, estableciendo claramen-

te el último de los preceptos citados, que se trata de una acción que compete al deudor y que excepcionalmente puede ejercitar el acreedor, siempre que no se trate de acciones derivadas de derechos inherentes a la persona del deudor, en los casos en que habiendo excitado previamente a éste a deducirla, descuide o rehuse hacerlo, debiendo en todo caso constar el crédito del acreedor en título ejecutivo. Acción semejante es la que concede el artículo 21 mencionado, a un tercero, para intervenir en el juicio seguido contra su codeudor solidario, y en general al tercero cuyo derecho dependa de la subsistencia del derecho del demandado o del actor.

Contra las enajenaciones fraudulentas, también la Ley ha querido proteger al acreedor por medio del establecimiento de otra acción que recibe el nombre de revocatoria o acción pauliana, por la cual el acreedor tiene derecho a pedir la revocación de los actos ejecutados por su deudor en fraude de sus derechos.

En los dos casos anteriores, más bien que de garantías, debe hablarse de protección de la Ley, porque son casos en los que habiendo un acto que constituye un fraude como sucede en la acción pauliana, o un abandono de derechos que redunde en perjuicio del acreedor, como acontece en el caso indicado de la acción oblicua, la Ley no puede pasar por alto esas situaciones y tiene que intervenir dando los medios para que actúe el acreedor directamente, lo cual no sucede con la clase de garantía que se trata de explicar en este capítulo, constituida propiamente por las seguridades de que se provee al acreedor para obtener el cumplimiento de las prestaciones a que tiene derecho.

Los otros casos mencionados de insolvencia del deudor por causas ajenas a su voluntad, sí constituyen situaciones típicas en las que el acreedor necesita protegerse previamente contra esas posibles causas de insolvencia, y a este efecto se han establecido las garantías de que se habla. El acreedor puede obtener esa seguridad que persigue con los mismos bienes del deudor, es decir, afectando

anticipada y especialmente dichos bienes, todo o en parte, al pago de las prestaciones a que tiene derecho, (v. gr. hipoteca). Asimismo puede obtener la garantía con el compromiso de una tercera persona de cumplir con las obligaciones del deudor en caso de que éste no lo hiciera por sí mismo. Así pues, se presentan dos casos de garantía, según que consista ésta en la afectación especial y determinada de algún bien o de todos los del deudor, o de un tercero, en cuyo caso existe una garantía real, o bien cuando sólo se trata de la obligación personal de un tercero de cumplir la obligación en defecto del deudor sin que se haga afectación especial de los bienes del patrimonio, en cuyo caso existe una garantía personal. Esta clasificación de las garantías, en dos clases irreductibles una a la otra, es fundamental en este trabajo, y constituirá una guía cuyas indicaciones se seguirán en el curso del mismo.

Los contratos en los que se impone un derecho real sobre los bienes del deudor, son los más extendidos en la actualidad, porque la garantía real tiene muchas ventajas sobre la personal, siendo la principal la de que confiere mayor seguridad al acreedor, puesto que afecta exclusiva y especialmente un bien determinado del deudor o de un tercero al pago de la obligación que garantiza. De esta manera el acreedor así protegido, no sufre las consecuencias de las enajenaciones de buena o mala fe del deudor, pues o retiene la cosa impidiendo así que salga de su patrimonio, o en virtud de ese derecho tiene acción persecutoria para recuperarla de cualquier tercer detentador, gozando de esta manera de una situación muy superior a la de un acreedor ordinario. Actualmente, estos contratos de garantía real han quedado reducidos a dos, o sea, la prenda y la hipoteca, toda vez que la anticresis ha desaparecido en el nuevo Código.

Las garantías personales eran las más usadas en la antigüedad, habiendo decrecido su importancia en los tiempos modernos por la preferencia que se tuvo por las garantías reales debido a las ventajas que se acaban de exponer. Algunos autores, y entre ellos Collin

y Capitant, consideran que ese uso casi exclusivo que tenían las garantías personales en las sociedades antiguas, se debe a la condición especial de los bienes en aquellas épocas, pues estaban afectados más bien a formar el patrimonio de la familia, que a la propiedad de su tenedor, lo que los hacía en cierta forma intocables, haciendo imposible comprometerlos en forma alguna. Además, dicen los mismos autores, la solidaridad que existía en los grupos más reducidos de entonces, facilitaba encontrar una persona que saliera garante por el deudor. Estas razones, agregan, unidas a las imperfecciones del régimen hipotecario romano, explican la gran importancia que tuvieron las garantías personales en el Derecho Romano.

Dada esta importancia, y teniendo en consideración la trascendencia que tuvo al Derecho Romano en las legislaciones modernas, conviene dar una somera vista sobre la forma en que reglamentaba esas garantías dicho derecho, toda vez que en el curso de este estudio, se les va a hacer resaltar para los fines que se han propuesto.

La idea primitiva de los romanos, en relación con las seguridades personales, según algunos autores, y entre ellos Gastón May, era en el fondo distinta de la que tuvieron más tarde, porque consideraban que la intervención de un nuevo deudor, tenía por efecto necesario liberar al antiguo, es decir, que el uno eliminaba al otro, pues no concebían que se admitiera una deuda nueva adjuntándose a la primera. En el derecho romano posterior ya se admitió la idea de que otras personas se obligaran al mismo tiempo que el deudor por la misma obligación, empleando en la práctica varias formas, de las que se pueden distinguir dos grupos principales: Las seguridades personales de estricto derecho y las de buena fe. Entre las primeras hubo diversas variedades conocidas con los nombres de Sponsio, Fidepromissio y Fidejussio, las cuales tenían como carácter común el de que la persona que prestaba la garantía, llamada según el caso, sponsor, fidepromissor o fidejussor, se obligaba verbal y solemnemente a pagar al acreedor la misma prestación a que

estaba obligado el deudor principal. Las dos primeras variedades o sean la Sponsio y la Fidepromissio estaban regidas por reglas semejantes que se pueden concretar en las siguientes: a).—No podían garantizar sino obligaciones formadas *verbis*; b).—La obligación de la persona que prestaba la garantía no pasaba a sus herederos; c).—Los obligados subsidiariamente quedaban liberados por el solo transcurso de dos años. Como estas reglas y algunas otras leyes favorecían demasiado a las personas que daban la garantía, los acreedores no estaban suficientemente resguardados, por lo cual se introdujo una nueva forma de garantía ya mencionada, y que se llamó la Fidejussio y cuyas reglas, que eran completamente distintas a las que regían las dos formas anteriores de garantía, se pueden concretar de la siguiente manera: a).—Servía para garantizar cualquiera obligación, no sólo las que se formaban solemnemente; b).—Podía preceder a la obligación principal; c).—El compromiso contraído por el Fidejussor no se extinguía por ningún lapso de tiempo, ni con su muerte; (d).—Para el caso de que hubiera varios Fidejussor no se operaba la división de la deuda, sino que cada uno era considerado obligado *in solidum*. La otra forma de garantía personal que usaban los romanos era la que se ha llamado de buena fe, porque la persona que respondía de las obligaciones del deudor se obligaba por un contrato de buena fe, es decir, un contrato en el que bastaba solamente el consentimiento, (solo *consensu*), sin ninguna solemnidad. Se practicaba en la siguiente forma: la persona que asumía la responsabilidad de la operación daba al acreedor en cierta forma la orden de tratar con el deudor comprometiéndose a responder de todas las consecuencias de la obligación de este último. Su compromiso era en cierto modo un mandato por lo cual esa forma de garantía tomó el nombre de *mandatum pecuniae credendae*.

Todas estas formas de garantía personal que existieron en la antigüedad, dice Planiol, han desaparecido en el derecho moderno, quedando únicamente como contrato tipo de esta clase de garan-

tía la fianza, aunque sin embargo, como dice el mismo autor, no es la única forma de seguridad personal, pues la solidaridad en primer término y después la indivisibilidad, también se pueden clasificar dentro de esa forma de garantía toda vez que por medio de ellas se obtiene el mismo resultado; que con la fianza, es decir, la seguridad del acreedor con dos deudores o más.

II.—LA FIANZA.—Sus caracteres y relaciones de derecho que produce.

Entre los contratos de garantía personal a que se ha venido haciendo referencia, se destaca el de fianza, y previo un corto relato histórico del mismo, se hará una breve reseña de él, siguiendo al efecto a los autores que le han dedicado su atención y particularmente a Collin y Capitant y a Planiol, cuyos textos han servido de guía tanto en el contenido mismo de la explicación cuanto en el método de exposición, intercalando las observaciones que se ha creído pertinente hacer.

Sus antecedentes históricos, completando lo expuesto anteriormente acerca de la garantía personal, se pueden resumir diciendo que la fianza tal como se le conoce en la actualidad, es el resultado de la evolución progresiva de la garantía juratoria. Efectivamente, en las sociedades primitivas, formadas de un número reducido de gentes, los acreedores se contentaban con la palabra o juramento del deudor, pues dada la pobreza del medio y el conocimiento mutuo que se tenían sus miembros, era garantía más que suficiente el juramento que hacía el deudor de pagar la deuda. Poco a poco, a medida que se fué complicando la vida social, se hizo insuficiente esa forma de garantía, por lo que se recurrió entonces a darle mayor fuerza y solemnidad al juramento, lo que se logró mediante la intervención de la religión, cuyo ascendiente entonces era bastante para alcanzar el efecto que se perseguía. Pero perdido este ascen-

diente por el movimiento desenvolviente de la humanidad y llegadas las relaciones de los hombres a una complejidad mayor, con el correlativo adelanto de la ciencia del derecho, se tuvo necesidad de recurrir a otra persona que respondiera de las obligaciones del deudor principal, idea que ya formaba parte, como se ha visto, de las disposiciones legislativas de los romanos, y que ha pasado a nuestros días con las consiguientes modificaciones exigidas por el constante cambio del medio social.

El uso de este contrato según se dijo ya, ha disminuído en las épocas actuales en que se ha dado preferencia a las garantías reales. Sin embargo, ahora existe cierto tipo de obligaciones que se prestan a ser garantizadas por medio de la fianza, debido a lo cual no se la ha relegado completamente, desempeñando todavía importante función sobre todo en nuestro medio. Ha contribuído también a su resurgimiento actual cierta dificultad que existe para muchas personas de dar garantía real y que de no ser por medio de fianzas no podrán obtener el crédito que necesitan, así como al establecimiento de compañías fidoras, (Instituciones de Crédito), cuyo uso se ha extendido mucho en nuestro medio, gracias a las disposiciones legales que las rigen, que si bien son muy rigurosas en cuanto se refiere a organización, funcionamiento y demás condiciones de existencia y legalidad, infunden confianza y seguridad a las personas o instituciones cuyos intereses se trata de proteger, además de las ventajas prácticas que resultan de ellas, como es por ejemplo, la de que su garantía sea aceptada sin necesidad de que en cada caso particular sea examinada su solvencia y otras varias que se pasan por alto por salir del objetivo de este trabajo.

Entrando de lleno al estudio del contrato de fianza, debe hacerse notar desde luego que el Código de 1884 la definía deficiente-mente, pues expresaba sólo que la fianza es la obligación que una persona contrae de pagar o cumplir por otra si ésta no lo hace, en tanto que el Código vigente es más preciso, pues en su artículo

2794 expresa: "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." Esta definición es más correcta porque precisa que la fianza es un contrato y como expresa Borja Soriano: "Si la fianza se considera como un contrato, claro es que como tal se debe definir."

En relación con los caracteres de este contrato, es conveniente e interesante además, fijarse desde luego en la situación jurídica que guarda el deudor cuyos compromisos se van a afianzar, pues según se desprende de la definición transcrita, los únicos que intervienen en dicho contrato son por una parte el obligado directo o sea el fiador y por otra el acreedor de la obligación principal; es decir, que únicamente intervienen esos dos sujetos no quedando a simple vista ningún papel para el deudor, que tiene sin embargo derechos y obligaciones resultantes de ese mismo contrato, y así se ve del título especial que consagra el Código a los efectos de la fianza entre el fiador y el deudor. Ahora bien, es principio general que los contratos nada más producen efectos entre las partes que lo celebran (*res inter alios acta*) en vista de lo cual, si el deudor no es parte, en nada puede afectarle dicho contrato, y tan no es parte que éste pueda otorgarse sin el consentimiento de aquél y aun contra su voluntad. Pero como efectivamente, con motivo de la celebración de un contrato de fianza surgen relaciones que ligan al deudor y que no pueden tener como se ha visto, su origen en el mismo contrato, se plantea la cuestión de saber cuál es la fuente de tales relaciones. Observando la formación del contrato en la práctica, salta a la vista que el deudor es el que debe presentar a su fiador, y que por lo mismo hay que suponer que entre ellos dos debe haber un acuerdo previo al contrato mismo, consistente en el consentimiento del fiador a la proposición del deudor de garantizar sus obligaciones. Este sería el origen de las relaciones de los sujetos de que se trata; pero como se ha dicho antes que la fianza puede otorgarse aun contra el consentimiento del deudor, resulta que

esa explicación no es suficiente puesto que aunque serviría de fundamento para muchos casos, no comprendería a todos.

Examinando en el Capítulo mencionado del Código Civil, el contenido de esas relaciones, se nota inmediatamente que resultan de un hecho positivo como es el pago efectuado por el fiador. Esta circunstancia tiene dos consecuencias fundamentales: la primera de ellas es que dá derecho al fiador a ser indemnizado en los términos de los artículos 2828 y 2829; y la segunda es la subrogación que se opera en su favor de los derechos que tenía el acreedor contra el deudor, según precepto expreso del Código citado. Estas dos consecuencias constituyen la base de las relaciones que con motivo del contrato de fianza surgen entre el fiador y el deudor de la obligación principal. Efectivamente, analizando más detalladamente cada una de ellas, se ve con relación a la primera, o sea a la indemnización a que tiene derecho el fiador que paga, que en el fondo no es otra cosa que el principio del enriquecimiento ilegítimo funcionando en beneficio de quien lo necesita, o sea del fiador, que en muchas ocasiones se obliga únicamente por prestar un servicio sin ninguna retribución económica y aun en el caso de que la reciba necesita de esa protección, pues esa retribución nunca es igual al monto de la obligación garantizada que tendría que pagar en caso de que el deudor no lo hiciera. La segunda causa mencionada, o sea la subrogación que se opera en favor del fiador, es una consecuencia natural del hecho de haber pagado por otro, y que aplicada al caso de la fianza, constituye como se ha dicho ya, una de las fuentes de las relaciones de que se trata.

Continuando el examen de los caracteres distintivos del contrato de fianza hay que decir por lo que toca a la existencia misma del contrato que es esencialmente accesorio, es decir, que no puede existir sin una obligación a la que sirva de garantía. Varias consecuencias se derivan de este carácter accesorio, entre las que salta a la vista la de que la obligación del fiador no puede exceder de

los límites de la obligación principal, reduciéndose por tanto a los límites de ésta en caso de pactarse en condiciones más onerosas. El fiador puede obligarse a menos pero no a más que el deudor principal, dice el artículo 2799 en su parte primera, o también puede obligarse en la misma medida que aquél, comprendiendo en este caso los accesorios de la obligación principal. En términos generales y a reserva de examinarlas después con más detenimiento, son consecuencias también de este carácter: que la obligación del fiador no puede tener un objeto distinto que el de la que garantiza; que se extingue por las mismas causas que la obligación principal, y que en principio el fiador puede oponer todos los medios de defensa de que dispone el deudor.

Las obligaciones que resultan de la celebración de este contrato, son a cargo exclusivo del fiador, por lo que se dice que es unilateral, siendo también por consecuencia gratuito. Estos dos caracteres dan a la fianza un aspecto especial que se podría expresar diciendo que la fianza es un contrato que se celebra por prestar un servicio, sin perseguir fines económicos. Sin embargo, la fianza puede ser onerosa en el caso de que el fiador exija una remuneración del acreedor, tomando entonces un aspecto parecido al contrato de seguros, puesto que el acreedor paga propiamente una prima para obtener seguridad, perdiendo en este supuesto su carácter unilateral. En el caso frecuente de que el deudor remunere al fiador por el servicio que le presta, aun cuando el contrato de fianza persigue ya un fin lucrativo para el fiador, el pago de la prima no modifica la naturaleza de la fianza, es decir, sigue conservando su calidad de gratuita, pues según se vió ya, todos los convenios que puedan existir entre fiador y deudor, están propiamente desligados del contrato mismo, porque se celebran entre distintas partes, y en general son previos, por virtud de los cuales el fiador se obliga a otorgar la fianza a cambio de otras prestaciones que recibe del deudor.

Además, la fianza es un contrato consensual, porque se perfecciona por el consentimiento de las partes sin necesidad de ningún

Es interesante también conocer la suerte de este contrato de garantía, cuando la obligación principal es nula. Atendiendo a las consecuencias del carácter accesorio de la fianza, fácilmente se resuelve esta cuestión, pues si ella es accesoria no puede existir sin una obligación válida, es decir, la fianza no tendría ningún efecto cuando la obligación principal estuviera atacada de nulidad, ya sea absoluta o relativa. Sin embargo, existe una excepción, que es cuando la nulidad proviene de la incapacidad del deudor principal, en cuyo caso la fianza es válida porque se presume que el fiador ha tenido conocimiento de la incapacidad, y que la fianza se ha otorgado precisamente para proteger al acreedor contra el peligro de una restitución del incapaz. Nuestra Ley admite expresamente esta excepción en el artículo 2797 del Código Civil en relación con los artículos 2230 y 2812 del mismo Ordenamiento. El error del fiador en este caso haría nacer, como dice Planiol, una acción de nulidad en su favor, acción que le sería personal.

Relaciones que existen entre las partes contratantes. Sobre este particular debe decirse que siendo la fianza un contrato unilateral, solamente existen obligaciones por parte del fiador y que correlativamente se convierten en derechos para el acreedor; pero como se ha dicho antes que la ley, desde el Derecho Romano, ha dado cierta protección a los fiadores, también habrá que estudiar los derechos que aquélla les consagra. Por lo que respecta al acreedor, consisten principalmente en obtener el pago de su crédito, la prestación a que está obligado el deudor cuando éste no cumple por sí mismo o en su defecto la indemnización de daños y perjuicios. En el caso de excepción, a que ya se hizo referencia, de que la fianza sea bilateral, el acreedor también contrae obligaciones que se resumirían en el pago de la remuneración concertada.

La obligación fundamental del fiador es la de pagar la deuda si el deudor no lo hace, y sólo en caso de incumplimiento de éste, el acreedor puede requerir de pago al fiador, debido al carácter

accesorio de la fianza. Esto no quiere decir, sin embargo, que necesariamente el acreedor tenga que recurrir en primer término al deudor y sólo en caso de incumplimiento al fiador, sino que como se verá más adelante, en realidad una vez que la deuda es líquida y el deudor no la ha satisfecho, puede dirigirse directamente hacia el fiador exigiéndole el cumplimiento de la prestación. Dicha obligación es exactamente igual a la del deudor, si es que no se ha limitado expresamente en determinado sentido, comprendiendo por tanto los accesorios de la obligación principal.

En esta obligación se resumen todos los efectos que produce este contrato en la persona del fiador, en cuanto a las cargas que le impone, y cuyos límites según se ha visto, son determinados por la voluntad de las partes. La ley y la doctrina están de acuerdo en considerar que en caso de silencio, esa obligación no puede sobrepasar los límites de la principal, y que llegado ese caso automáticamente se reduciría a los límites de ella. También supone la ley que cuando exista duda de si el fiador se obligó por menos o por otra tanto del deudor, se presumirá que fué por este último.

En cuanto a los derechos que se derivan para el fiador, hay que considerar que en un principio el rigor de la ley era muy grande respecto a ellos, pues los equiparaba a los codendores solidarios, pudiendo el acreedor de esta manera exigirles directamente el pago de la totalidad de la deuda. Después de este rigor que favorecía a los acreedores, se atemperaron estas ideas durante la época del Derecho Romano Clásico, dulcificando un tanto la situación de los fiadores mediante ciertos privilegios o beneficios, que desde entonces se llamaron como actualmente se les nombra, beneficios de orden y excusión y de división. Esta reacción en favor de los fiadores perjudicaba grandemente como se comprenderá los intereses de los acreedores, que necesitaban garantías serias. En estas condiciones, los autores hacen notar, que no obstante que las leyes modernas conservaron los favores otorgados por la legislación romana, a los

fiadores, actualmente se ha vuelto al rigor de la época primitiva porque en la práctica el fiador mediante una simple cláusula renuncia todos esos beneficios y se obliga solidariamente con el deudor. "En este hecho se produce, dicen Collin y Capitant, un notable fenómeno de movimiento en círculo, ya que, en resumen, la práctica moderna ha venido a resucitar ante nuestros ojos los rigurosos caracteres de la más antigua caución romana."

Los beneficios de orden y excusión, están tan íntimamente ligados, que en algunas legislaciones como en la francesa, forman propiamente uno solo, por lo que autores como los acabados de nombrar en el párrafo anterior y Planiol, únicamente hablan del beneficio de excusión involucrando en él el de orden. Nuestro Código Civil sí los distingue en dos ocasiones al decir en el artículo 2814 "que el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin que previamente sea reconvenido el deudor..." y también cuando supone el caso de que el fiador renuncie al beneficio de orden y no al de excusión, por lo que se estudiarán a continuación por separado.

De acuerdo con el maestro Borja Soriano, el beneficio de orden consiste en que "no puede ser demandado al fiador el cumplimiento de la obligación, sino después de habérsele exigido en primer término al deudor principal." El de excusión es aquel por el cual el fiador no puede ser compelido a pagar mientras no, se hayan aplicado todos los bienes del deudor al pago de la obligación."

Como se ve de estas definiciones, en realidad son diferentes beneficios, porque tienen un objeto distinto. El primero que se demande previamente al deudor; el segundo que se pague la deuda aplicando todos los bienes del deudor.

Es decir, uno requiere que sólo exista, la comprobación fehaciente del incumplimiento y el otro exige el agotamiento previo de la ejecución forzosa en los bienes del deudor.

Sin embargo, cuando existen los dos beneficios, por no haber sido renunciados, el de excusión puede implicar el de orden, porque

si el acreedor se dirige primero al fiador exigiéndole el cumplimiento de la obligación, éste con sólo oponer la excusión, tácitamente opone el beneficio de orden, ya que obliga a aquél a dirigirse hacia el deudor, que es el objeto de este beneficio. No obstante esto, hay que observar que también tiene su importancia el beneficio de orden, puesto que si existe sólo el beneficio de excusión, conforme al artículo 2822 del Código Civil, el acreedor puede demandarlo al mismo tiempo que al deudor principal y hacer efectiva la excusión sólo en la ejecución de sentencia.

Respecto al beneficio de excusión, la ley requiere determinados requisitos para su ejercicio, cuya enumeración no es preciso hacer en este lugar, debiendo indicarse nada más que su razón de ser obedece a consideraciones de orden y de justicia, impidiendo con la exigencia de tales requisitos, que cuando no proceda realmente ese beneficio, porque no tenga bienes el deudor o por cualquier otro motivo semejante, no se entorpezca el procedimiento y el acreedor pueda obtener rápidamente las prestaciones a que tenga derecho sin ningún tropiezo.

El otro beneficio de que gozan los fiadores o sea el de división, supone la existencia de pluralidad de obligados. Sobre el particular debe decirse que en relación con la fianza, no se observa en presencia de varios deudores, la norma general en materia de obligaciones que es la mancomunidad conforme a la cual la obligación sólo es exigible a cada deudor en la parte proporcional que le corresponde, sino que cuando hay varios fiadores, cada uno está obligado por el total, (salvo pacto en contrario), es decir, se aplica la regla general de la solidaridad pasiva, y por disposición de la ley, los fiadores son considerados como deudores solidarios. Este rigor de la ley lo explican los autores diciendo que dicha práctica se debe al mantenimiento de las antiguas formas de caución romana y de las tradiciones, así como a la necesidad de hacer más efectiva la garantía. Sin embargo, el beneficio de división viene a atemperar

esta situación, porque permite que el cofiador al ser demandado haga venir al pleito a los demás cofiadores, para que la sentencia no les perjudique sino por partes proporcionales. Para que los cofiadores puedan hacer uso de este beneficio es indispensable que todos garanticen las obligaciones de un mismo deudor y que sea una sola la deuda. Como con este beneficio no se ha querido perjudicar los intereses de los acreedores, convirtiendo la solidaridad en mancomunada, únicamente se entiende dividida la deuda entre los fiadores solventes, repartiéndose entre esos la parte que les correspondía a los insolventes.

Como se dijo antes, la práctica moderna, al hacer renunciar casi siempre sus beneficios a los fiadores, ha equiparado éstos a los codeudores solidarios, porque renunciando dichos beneficios quedan obligados solidariamente con el deudor. Dada esta semejanza, es conveniente examinar los efectos de la solidaridad en la fianza. Según lo expuesto en el párrafo precedente, el principio establecido por la ley para el caso de pluralidad de fiadores, es la solidaridad, pero esta solidaridad dice planiol no es verdadera, porque la ley concede los beneficios de que se ha hablado, que son la negación de ella y que son rehusados además a los verdaderos codeudores solidarios. Sigue diciendo el mismo autor, que aun cuando en la intención de las partes está el lograr esta asimilación, existen algunas diferencias que la impiden. Collin y Capitant, también parecen ser de esta opinión al decir que "la solidaridad no priva al fiador de su calidad de codeudor accesorio, en la medida en que ésta es compatible con el compromiso solidario por él contraído."

Por último, falta hacer mención de otro derecho del fiador, que se encuentra consagrado en el artículo 2812 del Código Civil y que consiste en que puede oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal. De acuerdo con la regla general de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, es fácil suponer que es una consecuencia de ese carácter de la fianza.

Por tanto todas las excepciones originadas por vicios de nulidad, de rescisión de la obligación principal, ya sea por violencia, dolo o error, las puede oponer el fiador, porque son inherentes al contrato mismo. Las excepciones personales del deudor, no influyen para nada en la obligación del fiador, estando por tanto fuera de su alcance la menor edad del fiador, su incapacidad o su estado de interdicción.

Para completar este examen que se ha venido haciendo de los efectos de la fianza, corresponde ahora ver cuáles son las relaciones entre el fiador y el deudor, aunque como ya se dijo dichas relaciones tienen su origen fuera de la fianza misma, sólo que su existencia está supeditada a la del mismo contrato. Lo más interesante sobre este punto, es la doble acción que tiene el fiador que ha pagado, para reembolsarse de las cantidades erogadas. Una de ellas es personal del fiador y nace de la fianza misma, y la otra, es la acción que pertenece al acreedor en la que se subroga por virtud del pago efectuado. La primera, dicen los autores, está basada en el supuesto mandato que existe entre deudor y fiador, en el caso de que este último obre de acuerdo con el primero, y en la gestión de negocios que se supone también que existe entre ellos dos, en el remoto caso de que el fiador obre por su propia cuenta. Mediante ella el fiador puede reclamar todo lo que él haya desembolsado y que comprende la deuda principal y sus intereses, los gastos que haya podido hacer, así como la indemnización de los daños y perjuicios que haya sufrido en su patrimonio. El criterio que se ha seguido a este respecto se ha derivado de la clase de servicio que presta el fiador, que es gratuito, por lo cual no debe sufrir ninguna pérdida, aunque tampoco debe convertirse para él en negocio lucrativo, no debiendo por tanto ni perder ni ganar.

La otra acción, o sea la de subrogación, es la que corresponde en derecho a todo el que ha pagado por otro. Por ella el fiador puede exigir todo lo que el acreedor hubiera podido reclamar de su

deudor, porque ese es el efecto de la subrogación, es decir, substituirse en todos los derechos de una persona. Por esto mismo, mediante esa acción el fiador no puede reclamar los intereses a que tiene derecho, sino que para este fin, necesita recurrir a su acción personal. Esta acción subrogatoria tiene sobre la personal la ventaja de que mediante ella el fiador puede hacer valer todas las garantías accesorias del crédito, como hipotecas por ejemplo, aunque generalmente en la mayoría de los casos esta ventaja no existe, porque cuando un crédito tiene garantía real, la personal (o sea la fianza), casi siempre sale sobrando. Por el contrario hay tres casos, dice Planiol, en los cuales conviene más al fiador, ejercer su acción personal que la subrogatoria, de los cuales sólo dos tienen aplicación en nuestro derecho y son los siguientes: a).—Cuando el crédito garantizado por él no produce intereses, porque le corresponden de pleno derecho; y b).—En caso de que esté a punto de consumarse la prescripción de la acción del acreedor, pues en todo caso, la suya es más reciente, puesto que empieza a contarse desde que ha hecho el pago.

También el fiador dispone de ciertos recursos cuando todavía no ha efectuado el pago, recursos que están basados en consideraciones de equidad, porque si es factible evitarle un perjuicio en sus bienes, sería injusto no hacerlo. Comprenden algunos casos en los que el fiador puede exigir al deudor que asegure el pago de sus obligaciones, cuando por ejemplo hay peligro de que este sufra un menoscabo en su patrimonio, o que tenga que ausentarse y en otros en los que puede exigir del deudor que lo releve de su obligación cuando se otorgó la fianza por determinado tiempo y está por vencerse ese plazo. Es conveniente hacer observar que en los casos en que el fiador tiene derecho a exigir que se le releve de su obligación, se necesita forzosamente el consentimiento del acreedor, puesto que es el que ha contratado con el fiador, no pudiendo intervenir aisladamente al deudor.

Finalizando el examen de los efectos producidos por el contrato de fianza, hay que agregar que en el caso de que intervengan varios fiadores garantizando la misma obligación, es natural que también surjan relaciones entre ellos mismos. Recordando lo que se dijo a propósito del beneficio de división, se debe repetir que la Ley establece la solidaridad entre los cofiadores, por lo cual cada uno está obligado a pagar la totalidad de la deuda, pero como sería injusto que uno solo pagara por todos, se ha establecido un recurso que da derecho al fiador que pagó de exigir de sus cofiadores la parte proporcional que les corresponde. El ejercicio de este beneficio está sujeto a determinadas condiciones entre las que desde luego salta a la vista la utilidad del pago hecho por el fiador que alega ese beneficio, porque si este pago fué hecho indebidamente no hay razón para que los demás fiadores sufran las consecuencias del error de aquél, es decir, está sujeta a la circunstancia de que efectivamente liberó a los demás fiadores de una obligación que les era perfectamente exigible. Por esto el artículo 2837 en su última parte limita ese derecho del cofiador al caso de que el crédito haya sido exigido judicialmente o que el deudor esté en quiebra. Acerca de la naturaleza de este recurso, no están muy de acuerdo los autores, pues mientras unos lo califican de una acción de gestión de negocios, porque el fiador ha ejercido la acción de los demás liberándolos de una deuda, otros más modernos ven más bien una extensión de la subrogación legal. Planiol dice: "Yo creo que es necesario hacer reaparecer el sistema de la Ley Apulea: pues existe entre los fiadores de una misma persona una especie de sociedad tácita, que los expone a los mismos riesgos, lo que implica la idea de una repartición en las pérdidas sufridas."

Para concluir esta parte expositiva, conviene dar una idea somera de las causas de extinción de la fianza, y de las diversas clases de la misma.

Siendo la fianza una obligación accesoria, se comprende desde luego que las mismas causas que extinguen la obligación principal

las puede hacer valer el fiador en su defensa. Sin embargo, hay un caso que es de mencionarse y que consiste en que cuando el acreedor es pagado no siempre se libera el fiador de su obligación, pues el pago puede haber sido hecho por un tercero que se subroga en los derechos del acreedor. También la obligación del fiador se extingue por los medios ordinarios de extinción de las obligaciones, compensación, remisión, confusión, prescripción, etcétera.

Además, existe otro medio de extinción de la fianza, peculiar de esta obligación, que es el relativo al caso previsto por el artículo 2845 del Código Civil conforme al cual los fiadores quedan libres de su obligación, si por culpa o negligencia del acreedor no pueden subrogarse en los derechos, privilegios o hipotecas del mismo acreedor. Los autores se remontan para la explicación de esta causa de extinción al Derecho Romano, examinando una de las variedades de garantía personal, que se llamaba *mandatum pecuniae credenda* de la que se habló al principio de este trabajo, en la que el acreedor que era considerado como mandatario, estaba obligado a velar por los intereses de su mandante que era el fiador. Este beneficio para el fiador ha subsistido recibiendo también el nombre de cesión de acciones. Collin y Capitant consideran que puede darse otra explicación de esa disposición, que expresan de la siguiente manera: "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 sinalagmático, 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." Esta explicación de los autores mencionados desde luego estará sujeta a un caso de excepción o sea cuando la obligación principal tiene además de la fianza otras garantías, caso poco frecuente, pudiéndose agregar también que no es una obligación que nazca del contrato mismo sino que como acontece en el

depósito y en otros contratos unilaterales, nace después de celebrado el contrato y a virtud de determinadas circunstancias posteriores a dicha celebración no cambiando la naturaleza del contrato. Por último, dos requisitos son necesarios para que el fiador pueda oponer esta excepción: a).—Debe haber un hecho o una omisión imputable al acreedor, que tenga como consecuencia la pérdida de una garantía; y b).—Que la pérdida de esa garantía implique un perjuicio para el fiador.

Debe agregarse que la fianza no siempre tiene como origen la convención libre de las partes, sino que hay casos, como se verá más adelante, en los que la ley o el Juez, estimando necesario proteger determinados intereses, exigen el otorgamiento de fianzas que según el caso, toman el nombre de legales o judiciales y de la que se tratará en la parte siguiente de este trabajo.

III.—LA FIANZA LEGAL O JUDICIAL

El cumplimiento de determinadas obligaciones o responsabilidades; la efectividad de la acción de la justicia, así como el aseguramiento de los derechos eventuales de una de las partes contendientes, necesitan garantizarse por medio de fianzas que la ley o un mandato judicial exige.

Como casos típicos de esta clase de fianzas, se pueden citar: la que el albacea debe otorgar para garantizar el cumplimiento de su encargo, así como las responsabilidades que provengan de la guarda y administración de los bienes del *de eujus*; la que debe otorgarse para garantizar el pago de las responsabilidades en que pueda incurrir el tutor en relación con los bienes de su tutelado; en materia procesal, la que debe otorgarse a favor del que obtuvo sentencia favorable, apelada en el efecto devolutivo para garantizar al apelante el pago de los daños y perjuicios que puedan ocasionársele con la ejecución de la sentencia si es revocada por el tribunal de alzada; y en materia constitucional la que debe otorgarse en el juicio de garantías para asegurar al tercero interesado el pago de los daños y perjuicios que se le ocasionen con la suspensión del acto reclamado si se sobresee o niega el amparo solicitado, así como la que debe otorgarse conforme al artículo diecinueve Constitucional para que el procesado obtenga su libertad caucional, garantizándose así no una obligación patrimonial por daños y perjuicios que puedan resentir la sociedad o el Estado, sino la sujeción

de la persona sometida a proceso al Juez que instruye la causa, quien podrá requerir al fiador para que presente cuantas veces fuera necesario al procesado, y de no hacerlo, le hará efectiva la fianza, como consecuencia del incumplimiento de la obligación contraída de presentarlo. A esta clase de fianzas se les denomina fianza legal o judicial según la especie y tiene dedicado capítulo especial en el Código Civil vigente, así como lo tenía en el anterior.

El Código Civil de 1884 conforme a los artículos 1769 y 1722 exigía que siendo la fianza legal o judicial mayor de trescientos pesos, el fiador tuviese capacidad para obligarse y bienes raíces libres y no embargados ni hipotecados que bastasen para la seguridad de la obligación, situados en el lugar en que debería hacerse el pago. El primer requisito, o sea la capacidad para obligarse, no requiere mayor examen ni análisis ni aún era necesario que se mencionase en el capítulo de la fianza, puesto que es requisito indispensable para la existencia del acto jurídico. Los demás requisitos que eran: tener bienes raíces libres de todo gravamen situados en el lugar del cumplimiento de la obligación con valor suficiente para la seguridad de la misma, perseguían como finalidad, la de obtener garantía efectiva en la fianza, respetando en lo absoluto su naturaleza de obligación personal, pero procurando que el fiador acreditase en forma fehaciente su solvencia y que hubiese facilidades de exigirle el cumplimiento de la obligación. Para el primer fin se exigía que tuviera bienes raíces suficientes, en relación con la obligación, que no tuvieren gravamen, hipoteca o embargo; y para el segundo, que los bienes estuviesen situados en el lugar en que debería hacerse el pago.

No obstante esas garantías estatuidas por el legislador en beneficio de los particulares y de la sociedad en general, se burlaba la ley recurriendo a diversos artificios a fin de poder lucrarse sin perjuicio de los bienes o sin responsabilidad patrimonial. Como primer medio se utilizó el hacer operaciones simuladas de compraventa con

el bien raíz que habría de servir para acreditar la solvencia, dándole valor muy superior al real, a fin de obtener títulos que acreditaran una solvencia mayor en mucho de la que existía, otorgándose fianzas que en realidad burlaban las disposiciones del legislador, por las que se cobraba primas pingües, sobre todo en los casos de fianza penal en los que se hacía víctima al procesado, que ante la ingente necesidad de obtener su libertad caucional, era explotado por los coyotes de fianza.

El segundo medio de lucro inmoral, fué el de utilizar a la misma persona como fiador en distintos juicios y negocios, ante diversos tribunales, quien acreditaba su solvencia con el mismo título de propiedad; solvencia que en realidad no existía porque el obligado al cumplimiento de diez o quince fianzas, en realidad no tenía sino un solo bien, probablemente con valor inflado, lo que hacía imposible que se le hiciera efectiva su obligación en todos y cada uno de los juicios en que había otorgado la fianza.

Finalmente, como la fianza no es sino una obligación personal y el legislador, so pena de desnaturalizar esta institución jurídica no podía exigir una garantía real del cumplimiento de la misma, sino que tuvo que concretarse a exigir que el fiador fuese solvente, fué frecuente el caso de que el obligado por la fianza, otorgada muchas veces con sorpresa a las autoridades judiciales, después del otorgamiento de la obligación y antes de que fuese exigida, enajenara o gravara fuertemente los bienes cuya propiedad había servido de base para admitirlo como fiador, quedando en condiciones de insolvencia absoluta o relativa, según el caso.

Al amparo del Código de 1884, los tribunales, a fin de no ser instrumento de la burla de la justicia con tan inmorales actos, tuvieron que recurrir a algunos medios que hicieran desaparecer los vicios expuestos, que desde luego pusieron coto en cierto modo a tales abusos; pero que no eran de la eficiencia indispensable. Así fué cómo en muchos juzgados se adoptó la práctica de poner notas a

los testimonios de las escrituras de propiedad, indicando que habían sido exhibidos para el otorgamiento de una fianza, a fin de que al ser presentados a otro tribunal se pudiera examinar la solvencia teniendo en cuenta la obligación ya otorgada.

También fué adoptada la práctica de enviarse circulares entre los Jueces, especialmente los de Distrito, poniendo en conocimiento de los demás el otorgamiento de fianzas, especificándose el nombre del fiador y el bien con cuyo título de propiedad acreditaron su solvencia. Pero estos medios, así como el de examinar más escrupulosamente el valor real de los bienes de la persona propuesta como fiador, eran de por sí ineficaces, si no en lo absoluto, sí en parte pues se recurría a triquiñuelas a fin de burlarlas y sobre todo no podían proteger contra la enajenación o gravamen del bien antes de que se hiciera efectiva la obligación, la que de ser fraudulenta sólo daría derecho a una acción de nulidad con las dificultades inherentes al ejercicio de la misma, especialmente por lo que toca a la comprobación del dolo, elemento intencional y por ende subjetivo.

Teniendo en consideración esta situación de hecho, los autores del Código Civil vigente, tuvieron que estudiar concienzudamente y reglamentar el Capítulo VI del Título Décimotercero del Libro Cuarto de esa Ordenamiento que se ocupa de la fianza legal o judicial.

En este capítulo se observa desde luego que siendo estricto el legislador en cuanto a que el fiador acreditase su solvencia, dió también mayor arbitrio al juzgador para el examen de la solvencia del mismo, al exigir que la persona propuesta como tal tenga bienes raíces inscritos en el Registro Público de la Propiedad, suprimiendo la exigencia del Código de 1884 en el sentido de que esos bienes no tuviesen gravamen o reportaran embargo o hipoteca, pues muchas veces personas completamente solventes con fuerte capital, tienen sus bienes con algún gravamen o hipoteca, que por ser en proporción al valor de los mismos, de reducida cuantía, no men-

guan tal solvencia y aun pueden ser indicio del que los bienes tienen asignado su valor real y no uno ficticio, puesto que garantizan derechos de tercero que debe haber tenido buen cuidado de asegurar sus intereses.

También se suprimió el requisito relativo a que los bienes se encontraran en el lugar del cumplimiento de la obligación, es decir, en el lugar del juicio, supresión que no es del todo plausible, pues si bien es cierto que el fiador, para todo lo relativo al cumplimiento de la obligación contraída, queda sujeto a la jurisdicción del tribunal ante quien otorgó la fianza y por consecuencia la ejecución forzada de los bienes del fiador puede y debe hacerse ante el mismo juez que conoce del asunto principal y que la persona cuyos intereses han sido garantizados con la fianza no resiente mayor perjuicio en cuanto a la ejecución, por incumplimiento de la obligación contraída, pues no necesitará ejercitar su derecho en otro tribunal o lugar distinto, también es cierto que aun cuando se limiten y pongan ciertas trabas en cuanto al otorgamiento de fianzas con el requisito que exigía el Código de 1884, tiene la grandísima ventaja de que se eviten sorpresas judiciales, al admitirse como fiador a una persona que no tenga en realidad la solvencia que se le atribuye, pues es muy difícil que encontrándose los bienes fuera del lugar del juicio, el juez pueda formarse criterio respecto a la solvencia del fiador con los datos o conocimientos personales que tenga de los valores de la propiedad, lo que sí puede hacer cuando los bienes están en el lugar del juicio, lo que le haría exigir mayor comprobación respecto al valor de los mismos si es que lo considera irreal, o bien por valores catastrales, boletas de contribuciones, avalúos o algún otro medio indirecto que sólo puede avalorar cuando se trata de bienes ubicados en el lugar del juicio, formándose entonces criterio exacto respecto a la solvencia necesaria para el otorgamiento de la fianza.

Como paréntesis, debe agregarse, que estos requisitos no tienen lugar cuando la fianza es menor de mil pesos, pues entonces es más

fácil demostrar la solvencia en relación con la cuantía para asegurar el cumplimiento de la obligación y no requiere su comprobación con la propiedad de bienes raíces; y tampoco rigen esos requisitos cuando la fianza debe ser otorgada por una institución de crédito que tiene solvencia reconocida por disposición de la ley (Artículo 102 de la Ley de Instituciones de Crédito) ya que conforme a los ordenamientos que la rigen, para su funcionamiento, deben satisfacer previamente los requisitos legales necesarios que determinan una solvencia suficiente para hacer operaciones con el público, independientemente de que por virtud de las restricciones constitucionales que tienen dichas instituciones para la adquisición de bienes raíces, no podrían satisfacer este requisito del Código Civil.

Este mismo cuerpo de leyes ordena también en sus artículos 2851 y 2852 que para el otorgamiento de fianzas de la índole que examinamos, se presente certificado expedido por el Registro Público de la propiedad en el que consten las inscripciones de los bienes raíces de la persona propuesta como fiador; que de aceptarse y otorgarse la fianza, la persona ante quien se otorgue la misma, dentro de tres días, dé aviso al encargado del Registro del otorgamiento de la fianza así como del bien con cuya propiedad se acreditó la solvencia a efecto de que se haga al margen de la inscripción de propiedad una anotación relativa al otorgamiento de la fianza. Esta obligación impuesta al tribunal, en caso de incumplimiento la hace responsable por los daños y perjuicios que puedan ocasionarse con la omisión. Dispone también el artículo 2853 del Código Civil que los certificados de gravámenes que se expidan en el Registro Público contengan esas notas marginales. Desde luego la finalidad esencial que se persigue con esa anotación que se manda hacer bajo la estricta responsabilidad de los tribunales, es la de que al proponerse nuevamente como fiador a la persona que ya otorgó obligación, pueda examinarse y considerarse con exactitud su solvencia en atención a las obliga-

ciones ya contraídas en función del valor patrimonial que representa el bien con que se acredita la solvencia.

Pero además, estos preceptos no son sino antecedentes del artículo 2854, estatuido especialmente para el inconveniente apuntado respecto a la enajenación o gravamen de los bienes con los que se acreditó la solvencia para otorgar la fianza, el que textualmente dice:

"SI EL FIADOR ENAJENA O GRAVA LOS BIENES RAICES CUYAS INSCRIPCIONES DE PROPIEDAD ESTAN ANOTADAS CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 2852 Y DE LA OPERACION RESULTA LA INSOLVENCIA DEL FIADOR, AQUELLA SE PRESUMIRA FRAUDULENTA."

A fin de hacer un examen detenido de las innovaciones hechas a la fianza legal o judicial en el nuevo Código Civil, conviene hacer un resumen de los caracteres que este Ordenamiento atribuye a esa institución, a los que se ha hecho referencia en los párrafos que preceden y que concretamente son los siguientes:

Primero.—El fiador judicial debe tener bienes raíces inscritos en el Registro Público suficientes para responder del cumplimiento de la obligación que garantiza, lo que debe comprobar mediante un certificado de dicha oficina,

Segundo.—El otorgamiento de la fianza debe anotarse al margen de la inscripción de propiedad correspondiente al bien raíz que designó el fiador para comprobar su solvencia. En los certificados de gravámenes que expida el registrador deben aparecer esas anotaciones.

Tercero.—Establecimiento de una presunción de fraude respecto de las operaciones de enajenación o gravamen de los bienes raíces con los que acreditó el fiador su solvencia, cuyas inscripciones de propiedad hayan sido anotadas en la forma dispuesta en el inciso anterior y de las cuales operaciones resulte la insolvencia del fiador.

Estos caracteres hacen suponer a simple vista que se trata de dar efectos reales a esa institución, lo que vendría a desnaturalizarla por completo, ya que cambiaría su esencia de garantía netamente personal en garantía real, por lo que conviene examinar este aspecto que presentan esas reformas para desvanecer toda clase de dudas.

Puede argumentarse en ese sentido, diciendo que la simple inscripción de la fianza en el Registro Público, la reviste de uno de los caracteres propios de los derechos reales, toda vez que el Registro Público es una institución que desde sus orígenes tiene por objeto dar a conocer el estado de la propiedad inmueble y de los demás derechos reales sobre ella, a fin de asegurar el crédito territorial y dar seguridad a la sociedad sobre la efectividad de los derechos de esa naturaleza. La existencia del Registro, obedece pues, a la necesidad social de asegurar el dominio de los bienes inmuebles y de los demás derechos reales sobre ellos. Por su naturaleza y situación fija, los bienes raíces son los únicos que han podido ser objeto de registros, porque generalmente a los muebles por su carácter de movilidad no se les puede llevar un estado de todas las operaciones que se hacen sobre ellos, aunque actualmente sí se permite el registro sobre determinados muebles que se puedan identificar. Pero no obstante esto, se puede afirmar que el Registro Público es de uso exclusivo de los derechos reales, porque como éstos son los únicos que afectan a un bien determinado siguiéndole aunque pasen a manos de tercero, son los únicos que necesitan publicidad para dar a conocer el estado jurídico de los bienes sobre que recaen. Por lo tanto, se podría concluir que si sólo los derechos reales se inscriben en el Registro Público, el hecho de que la fianza se inscriba también, significa que se le quiere dar igualmente efectos reales. Además, parece ser que al anotar el otorgamiento de la fianza en la inscripción de propiedad del inmueble con el que el fiador acreditó su solvencia, se quiere concretar la obligación del fiador sobre un bien determinado como sucede con los derechos reales que

serven de garantía a alguna obligación, por ejemplo, el de hipoteca, que se refiere a un bien especialmente determinado y lo sigue aun cuando pase a manos de un tercero. Esta semejanza se hace mayor aún, con la disposición legal de que en los certificados de gravamen que expida el Director del Registro aparezcan las fianzas que se han otorgado como si fuera un verdadero gravamen que persigue a la cosa aunque ésta cambie de dueño. Por todas estas consideraciones se dice que de este modo se limita el derecho de disponer del inmueble con el que se acreditó la solvencia, pues prácticamente no se puede celebrar ninguna operación con un inmueble cuya partida de propiedad está anotada en la forma indicada.

Estos razonamientos son más aparentes que verdaderos, pues examinando con mayor precisión este aspecto de la cuestión que se analiza, se ve, que por el solo dato del Registro no se puede llegar a concluir que se trata de asimilar la fianza a un derecho real, porque le faltan los caracteres esenciales de éstos. La mayor parte de los autores modernos están de acuerdo en considerar que el derecho real se caracteriza por la ausencia de un sujeto pasivo individualmente determinado, pues como dicen Collin y Capitant, "el beneficiario de un derecho real no quita nada a otro, su derecho no empobrece a nadie." Tratándose de la fianza legal o judicial, aunque se inscriba en el registro, no tiene ese carácter, toda vez que sí existe el sujeto pasivo especialmente determinado, que es el fiador, cuyo patrimonio sufre las consecuencias de la obligación que se impuso. El derecho real se caracteriza además por su contenido, Planiol dice que representa un poder jurídico directo e inmediato sobre la cosa que permite a su titular ejercitarlo no solamente contra una persona determinada, sino contra cualquiera que lo perturbe en su posesión. Cuando el derecho real es accesorio de un derecho de crédito, este poder se traduce en un derecho de preferencia de su titular frente a los demás acreedores ordinarios, en virtud del cual, es pagado de su crédito antes que cualquier otro acreedor. También comprende el derecho de seguir la cosa aunque ésta haya

pasado a manos de un tercero. La fianza legal o judicial, no confiere por el hecho del registro en favor de quien se constituyó, ese poder jurídico sobre la cosa, supuesto que tratándose de los derechos reales ese poder no se lo deben al registro, sino que es propio de ellos, correspondiendo a su naturaleza intrínseca; por el contrario, la existencia del registro como se ha visto, es una consecuencia del derecho real, necesaria para la buena marcha de los negocios de la vida social. Otro de los rasgos que identifican a los derechos reales es el de tener siempre por objeto las cosas del mundo exterior, cosas materiales muebles o inmuebles. En esta circunstancia hace consistir Bonnecaze, fundado en los estudios del jurista y economista Cauwés, la diferencia fundamental que hace irreductibles los derechos reales y los derechos de crédito. Este autor basándose en las íntimas relaciones de la Economía, y el Derecho, toma los datos económicos sociales y los liga con las instituciones jurídicas. Considera que la teoría económica de la noción de la riqueza y de la noción de servicio justifica la distinción entre derecho real y derecho de crédito. En términos generales y sin entrar en detalles, esta tesis puede resumirse de la manera siguiente: las dos manifestaciones generales de la actividad económica son la riqueza y los servicios. La riqueza es una cosa material que el hombre se apropia para la satisfacción de sus necesidades por medio de los trabajos de la producción que tienen por base la industria; pero esa apropiación debe ser respetada en el presente y en el porvenir por exigirlo así las condiciones de la vida social lo cual se logra con la intervención del poder público que garantiza por medio de los diferentes derechos las situaciones que en un principio eran meramente de hecho. Por tanto la riqueza y la propiedad son dos elementos inseparables, pudiendo decirse que la propiedad no es sino el aspecto jurídico de la riqueza. Por otra parte, los servicios están constituidos por el conjunto de actos que los miembros de una sociedad hacen los unos por los otros. Entre ellos hay una clase especial que no se incorpora a ninguna cosa material, sino que consis-

ten en la acción misma, y suponen la existencia de dos personas, de las cuales una presta el servicio y la otra lo recibe, situación que en derecho constituye la obligación. Por tanto, el derecho real traduce jurídicamente la apropiación de la riqueza ya que tiene siempre por objeto una cosa material y la obligación o derecho de crédito es la expresión jurídica de la noción económica de la utilización de los servicios, puesto que tiene siempre por objeto un acto o una abstención. En el caso de la fianza judicial que se examina, una vez más se constata que no reúne este otro carácter propio de los derechos reales, aunque se inscriba en el Registro Público, sino que por el contrario, se encuentra muy claro ese servicio prestado por el fiador en beneficio del acreedor que consiste en la acción misma y no en una cosa material. El dato del registro no puede ser lo suficientemente fuerte para destruir la obligación inmaterial que consiste en el acto de prestar el servicio de fiar y por lo mismo para cambiar el carácter de garantía personal propia de la fianza.

Hechas las aclaraciones que preceden, se puede afirmar con certeza que las modificaciones que se hicieron a esta institución en el nuevo Código Civil no tienen por objeto dar efectos reales a la fianza, porque no son suficientes para atribuirle siquiera uno solo de los caracteres de estos derechos, en vista de lo cual es prudente examinar los antecedentes de ellas para encontrar el criterio con que fueron hechas y hacer una correcta interpretación.

A este efecto, hay que señalar desde luego con precisión que una de las aludidas reformas se refiere a la anotación del otorgamiento de la fianza en el Registro, es decir, que se trata de una anotación y no de una inscripción, lo que debe hacerse notar con insistencia toda vez que una y otra en los diferentes sistemas de registro, tiene una significación y empleo diferentes. Conviene por tanto investigar en primer término el uso de las anotaciones de registro en legislaciones de otros países para encontrar los antecedentes de la citada reforma. Habiéndose inspirado originariamente nuestra le-

gislación en la española, es lógico buscar desde luego en ella el carácter de la anotación. La Ley Hipotecaria española de 1870 que reformó la de 8 de febrero de 1861, suprimió las hipotecas judiciales introduciendo en cambio las anotaciones preventivas. La hipoteca judicial en España ha tenido en algunos de sus aspectos diferente naturaleza de la que tiene en otros países, por ejemplo, Francia, en donde invariablemente constituye un verdadero derecho real sobre los bienes del deudor. Según la exposición de motivos de la citada ley Hipotecaria de 1870, la hipoteca judicial que se constituía para hacer respetar la administración de justicia evitando que se eludieran las sentencias, tuvo un carácter muy especial. Con objeto de reflejar más fielmente ese carácter es conveniente transcribir algunos párrafos de la exposición citada: Hablando de los efectos de la hipoteca judicial dice textualmente: "No debió buscarse el ejemplo de los pueblos en que, prevaleciendo el principio de que las sentencias constituyen de derecho una hipoteca sobre todos los bienes del condenado en ellas, cambian el crédito personal en un crédito real. Este principio ni ha estado nunca inscrito en nuestras leyes ni ha sido introducido por la práctica. Constituidas en nuestro estado actual las hipotecas judiciales, que en adelante según el proyecto llevarán el nombre de anotaciones preventivas solamente para asegurar las consecuencias de un juicio, no declaran ningún derecho, ni menos convierten en real el que no tenía antes semejante carácter; no modifican el carácter de las obligaciones, cambiando las simples en hipotecarias, ni hacen al juez agente de los litigantes compeliéndole a que supla la negligencia del acreedor y le otorgue garantías que tal vez el deudor mismo al tiempo de obligarse no habría constituido. La hipoteca judicial, que sólo tiene por objeto asegurar las consecuencias del juicio, nunca ha tenido este carácter en España; no ha creado desde luego una acción hipotecaria a favor de aquel que había obtenido la retención, el embargo o la providencia de que no pudiera enajenarse la cosa mientras estaba pendiente el litigio; el derecho del acreedor por la hipoteca

judicial, no se ha modificado, no ha cambiado de carácter, sólo ha adquirido mayor seguridad bajo el punto de vista de quitar al deudor los medios de destruir la cosa, de enajenarla y de constituirse él mismo en insolvencia. Por esto, en un concurso de acreedores o en una quiebra, los que han obtenido a su favor hipotecas judiciales de la clase de las a que aquí nos referimos, no han tenido nunca ni tienen ahora por esta consideración un título de preferencia sobre los demás acreedores de su especie ni son calificados entre los hipotecarios."

La misma comisión encargada de hacer el proyecto de la referida ley, hablando sobre los efectos de las anotaciones preventivas que como ya se dijo sustituyeron a las hipotecas judiciales, dice lo siguiente: "Expuestos quedan ya los efectos de las anotaciones preventivas cuando siendo el resultado de una providencia judicial tengan el carácter de transitorias para asegurar las consecuencias de un juicio. Fuera de estos casos, las anotaciones preventivas son precursoras de la inscripción y hacen que ésta surta sus efectos desde la fecha que llevan. La razón de la diferencia salta a la vista: en los casos en que sólo se trata de asegurar para su día el cumplimiento de la cosa juzgada, no puede decirse con justicia que por la providencia judicial, que sólo tiene el carácter de preventiva, se cambie la índole de la obligación, ni que de simple se convierta en hipotecaria, ni que hace peor la condición de los acreedores que están en idénticas circunstancias, ni que destruye el orden de prelación de los créditos hipotecarios que se haya establecido por las leyes; pero las demás anotaciones preventivas son un verdadero derecho hipotecario constituido en virtud de la ley y ejercitado por el acreedor, si bien por las dudas a que dan lugar los títulos presentados o por circunstancias transitorias no han llegado aun a la inscripción."

De esta exposición se desprende claramente que en la ley española hay dos eluses fundamentales de anotaciones, sin perjuicio de otras clasificaciones que se pueden hacer: unas que exige el curso

de los procedimientos judiciales para impedir que el deudor burle la ley haciendo imposible la ejecución de las sentencias; y otras que tienen por objeto ciertos derechos reales existentes, pero que no pueden ser inscritos inmediatamente por alguna circunstancia. Las primeras tienen los caracteres que se le han dado en los párrafos transcritos, siendo el principal el de no cambiar la naturaleza de las obligaciones de que derivan. Las segundas constituyen un verdadero derecho real.

En el mismo sentido de la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria que se comenta, se producen varios autores españoles, entre los que se puede contar a Felipe Sánchez Román en su libro titulado "Estudios sobre Derecho Civil;" a Demófilo Buen en la traducción española del "Curso Elemental de Derecho Civil" por Collin y Capitant, en la que, en las notas sobre Derecho Civil Español se puede leer lo siguiente: "... También se clasifican en anotaciones de carácter personal y anotaciones de carácter real, según la clase de derechos cuya efectividad se garantiza."

En nuestra legislación, por lo que respecta al sistema de Registro, también se hace la distinción entre inscripción y anotación, dándoseles empleo y efectos diferentes, y aunque nuestro Código Civil no trata en particular de las anotaciones preventivas, así se desprende de algunos preceptos del mismo Ordenamiento, como es por ejemplo, el artículo 2018 que establece una anotación preventiva de la inscripción definitiva de títulos sobre derechos reales para evitar los perjuicios que se causaban, por la dilación en la inscripción, ocasionada muchas veces por los mismos trámites legales. En las inscripciones de posesión, cuando hay alguna inconformidad durante el procedimiento, la ley ordena también que se anote la inscripción de la demanda. Igualmente se refiere nuestra ley a anotación preventiva en el artículo 46 del Reglamento del Registro en el que ordena que cuando se pide la nulidad o cancelación de una inscripción, el Juez está obligado a comunicárselo al encarga-

do del Registro para que éste ponga nota marginal haciendo constar esa circunstancia.—Otro ejemplo de anotación preventiva nos lo dá el artículo 50 del mismo Reglamento, sirviendo en este caso la anotación para perfeccionar la inscripción de un derecho real cuyo dominio esté pendiente por alguna condición suspensiva o resolutoria.

Existiendo en nuestro derecho las anotaciones preventivas y no oponiéndose a los principios del mismo, es indudable que el artículo 2852 del Código Civil al establecer la anotación del otorgamiento de la fianza en la inscripción de propiedad del inmueble que sirvió para apreciar la solvencia del fiador, creó una especie de anotación análoga a las anotaciones preventivas de la Ley Hipotecaria Española que tienen por objeto asegurar para su día el cumplimiento de la cosa juzgada o sea las consecuencias de un juicio y cuyo efecto como se ha visto, no es cambiar la naturaleza de la obligación de que derivan, convirtiendo en real la que es simplemente personal, sino únicamente servirse de la publicidad del Registro para otros fines. Siguiendo estos principios la anotación de la fianza no cambia la naturaleza personal de ella; no dá garantía real al acreedor que la tiene solamente personal; tampoco cambia la prelación de los créditos. Es únicamente una medida de seguridad que contribuye a evitar que el fiador se haga insolvente a sí mismo, impidiendo intencionalmente la ejecución en sus bienes; pero como quiera que el precepto que establece esta anotación no es sino antecedente del artículo 2854 estatuido especialmente para ese inconveniente, preciso es hablar de él en este lugar, ya que es como el objetivo principal de las reformas que se estudian.

Conviene recordar la situación creada por los fiadores que pretendían luegar sin ninguna responsabilidad patrimonial recurriendo a actos ilegales, como eran las operaciones simuladas de compra-venta, la utilización de un mismo fiador para garantizar varias obligaciones de cuantía superior a su solvencia, las fianzas otorgadas con sorpresa de las autoridades judiciales así como las enajenacio-

nes intencionadas, etc., etc., expuesta al principio de este capítulo. Este estado de cosas anormal, era muy semejante, si no es que un aspecto íntimo, a la situación que resulta de los actos ejecutados en fraude de acreedores, porque el fiador que garantiza obligaciones por cuantía mayor que sus bienes o que los vende para aparecer insolvente, en realidad está defraudando a aquel en cuyo favor se otorgó la fianza. Es el mismo caso del deudor que oculta sus bienes para no pagar a sus acreedores, y que la ley ha sancionado anulando los actos de ocultación o enajenación por medio de la acción pauliana o revocatoria que viene desde el Derecho Romano. Por lo que respecta a la fianza judicial la sanción debía ser igualmente enérgica. Se desprende del mismo artículo 2854 que establece una presunción de fraude. Los actos que la ley considera fraudulentos no pueden tener existencia jurídica, porque la ley no puede dar vida a actos que vayan contra la buena fe y las buenas costumbres, así que la presunción de fraude, equivale a una sanción de nulidad, que tiene que ser declarada, es decir, objeto de una sentencia que implica todo un procedimiento ante los tribunales mediante el ejercicio de una acción. De este modo, el artículo 2854 no hace sino establecer de una manera especial para el caso aludido de la fianza judicial una acción de nulidad, una acción de revocación de los actos de enajenación o gravamen que el fiador haga sobre los bienes con los que acreditó la solvencia, a fin de que se pueda hacer efectiva en su caso la garantía que había otorgado. En otros términos el artículo 2854 establece de una manera expresa la acción pauliana para el caso concreto de la fianza judicial; pero al mismo tiempo la facilita y la mejora como se verá a continuación.

La acción pauliana como la define Planiol es aquella que se concede a los acreedores para obtener la revocación de los actos ejecutados por sus deudores en fraude de sus derechos. Como implica una derogación a los principios que protegen el derecho de contratación, se han restringido cuidadosamente sus efectos. Se puede intentar únicamente durante un corto plazo, pues prescribe con re-

lativa prontitud; nada más se aplica a los actos de enajenación que provengan de un título gratuito y solamente cuando el torcer adquirente obra de mala fe, a los que provengan de títulos onerosos; y se reduce al caso en que realmente se haya causado un perjuicio. Todas estas condiciones hacían muy problemático el que se intentara revocar por medio de esta acción los actos del fiador tendientes a quedar insolvente, por lo que se pensó abreviarla y facilitarla, dispensando la pesada carga de la prueba, para lo cual se estableció una presunción, que consiste, como se ha visto ya, en suponer que existe el fraude siempre que concorra el requisito de insolvencia provocada por los actos de enajenación o gravamen sobre los inmuebles que sirvieron para apreciar la solvencia del fiador.

Esta presunción contenida en el artículo 2854 tantas veces citado, que tiene como efecto que se pronuncie la nulidad del acto que queda comprendido en los términos de la misma, es absoluta, no admite prueba en contrario y debe catalogarse dentro de las presunciones *juris et de jure*. Está basada en la consideración de que generalmente, cuando un fiador judicial vendía o gravaba de algún modo el inmueble con el que acreditó su solvencia, lo hacía precisamente para evitar que se le hiciera efectiva en sus bienes la obligación que contrajo, consideración que llevó al legislador a presumir el dolo en estos casos. Pero no sería suficiente dicha presunción para corregir los vicios que se trataba de hacer desaparecer si comprendiera únicamente al fiador, porque el acreedor perjudicado no podría hacerla valer sino en una acción revocatoria en la que necesitaría probar judicialmente que el co-contratante de aquél había obrado de mala fe, si es que no se trataba de un acto gratuito y la comprobación de dicha mala fe, sería un obstáculo muy serio para el ejercicio de la acción y haría casi ineficaz el objeto que perseguía la presunción, puesto que en la generalidad de los casos no se trataría de anular un acto gratuito desde el momento en que si el fiador de lo que trataba era de burlar los derechos del

acreedor, buen cuidado tendría de celebrar contratos onerosos para dificultar su anulación.

Por esta razón tuvo que ampliar el alcance de la presunción para que en ella quedara comprendido el co-contratante del fiador: y para evitar que se lesionaran derechos de terceros que obraran de buena fe, se estableció el precepto relativo a la anotación en el Registro Público de la Propiedad, que implica la publicidad de la obligación que pesa sobre el patrimonio general del fiador, tanto más que esas anotaciones deben incluirse en los certificados de gravámenes, ya que existiendo tal publicidad no podrá alegarse ignorancia respecto a las obligaciones del fiador.

Por lo tanto, el legislador amplió la presunción de mala fe al co-contratante del fiador, para el caso de que de la operación resultara la insolvencia y esa mala fe no consiste en el caso sino en el conocimiento de que se puede causar un perjuicio con la celebración de un acto en sí lícito.

Estas circunstancias hacen que la fianza judicial necesite de publicidad. No como los derechos reales porque afecten a un bien determinado y sea necesario conocer el estado de la propiedad sobre que recaen para el bien general de la sociedad, sino para prevenir a los terceros que se puede cometer un acto en fraude de acreedores o en su caso para presumir su mala fe.

Así pues, los caracteres que se vienen estudiando, están íntimamente relacionados entre sí, convergiendo a una idea final. Es decir, la anotación de la fianza en el Registro y la presunción de fraude contenido del artículo 2854, tienden a allanar el camino para el ejercicio de la acción pauliana, facilitándola y mejorándola.

Siendo ésta la consecuencia de las reformas que trajo el nuevo Código Civil respecto de la fianza judicial, en estricto rigor, si pueden celebrarse operaciones sobre inmuebles cuyas partidas de propiedad están anotadas en la forma dispuesta en el artículo 2852 siempre que no se cumpla la condición de la insolvencia estableci-

da en el 2854, aunque en la práctica se presentan ciertos casos rodeados de determinadas circunstancias, que no favorecen el cerrar operaciones en esas condiciones. Sin embargo, el abogado o notario, podrán aconsejar que se efectúe un negocio en la forma indicada, cerciorándose de que el fiador conserva bienes bastantes para el caso de que se le haga efectiva su obligación y rodeando al acto de los medios de prueba para el caso de que llegare a impugnarse la operación, por ejemplo, con certificados del Registro que demuestren las propiedades que conservare el fiador en el momento de verificar la operación, o cualquier otro medio que tienda a comprobar ampliamente que no se realizó la condición de la insolvencia, todo desde luego dentro de una reserva prudente y con un sano criterio.

Teniendo en consideración los datos anteriores, es fácil concluir que los preceptos nuevos del vigente Código Civil respecto a la fianza judicial, tienen como finalidad los siguientes:

I.—FACILITAR EL EJERCICIO DE LA ACCION PAULIANA POR MEDIO DE LA PRESUNCION DE FRAUDE ESTABLECIDA POR EL ARTICULO 2854.

II.—FUNDAMENTAR LA PRESUNCION DE FRAUDE CON RELACION A LOS TERCEROS, EN LA PUBLICIDAD DEL REGISTRO POR MEDIO DE LA ANOTACION DE LA FIANZA. QUE TIENE COMO EFECTO UNICO PREVENIR A LOS TERCEROS ADQUIRENTES O EN SU CASO HACER PRESUMIR SU MALA FE.

III.—DAR NORMATIVIDAD PARA RECIBIR NUEVAS FIANZAS, y

VI.—DAR CRITERIO PARA DETERMINAR SI EL FIADOR PUEDE ENAJENAR EL BIEN CON EL QUE ACREDITO SU SOLVENCIA.