

República de Colombia—Universidad Republicana

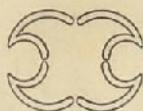
FIANZA CIVIL SOLIDARIA

TESIS PRESENTADA POR

Francisco de P. Manotas Sánchez

PARA OPTAR EL TÍTULO DE

DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



BOGOTÁ

IMPRESA ELÉCTRICA, 168, CALLE 10

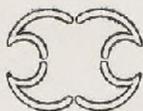
1909

República de Colombia—Universidad Republicana

FIANZA CIVIL SOLIDARIA

TESIS PRESENTADA POR
Francisco de P. Manotas Sánchez

PARA OPTAR EL TÍTULO DE
DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



IMPRESA ELÉCTRICA, 168, CALLE 10
BOGOTÁ
1909

Academia Colombiana de Historia

Dr. Antonio José Iregui

Dr. SIMÓN MARTÍNEZ

A MIS PADRES

Dr. Nicolás Esquivel

Dr. Simón Calderón

Dr. Eduardo Rodríguez Filizola

Dr. Felipe Silva

A la memoria de mis abuelos

Rector de la Universidad Republicana

Dr. Antonio José Iregui



Presidente de Tesis

DR. CLIMACO IRIARTE



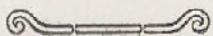
EXAMINADORES

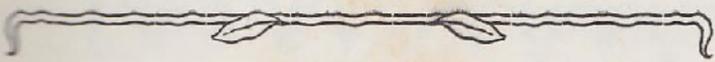
Dr. Nicolás Esguerra

Dr. Clímaco Calderón

Dr. Eduardo Rodríguez Piñeres

Dr. Felipe Silva





INFORME DEL PRESIDENTE DE TESIS

Bogotá, Agosto 29 de 1909

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

El escrito sobre FIANZA CIVIL SOLIDARIA que el señor Francisco de P. Manotas ha presentado como tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, no es una repetición de las disposiciones legales vigentes sobre fianza.

El señor Manotas, en su citado escrito, estudia por todas sus facetas el difícil problema jurídico de si quien se obliga como fiador solidario de un deudor, es por sólo esto responsable del cumplimiento de la obligación como si fuera deudor solidario y no como fiador; mejor dicho, de si quien se obliga—no como deudor solidario sino como fiador solidario—puede ó no oponer el beneficio de excusión. Y después de examinar con método y precisión el pro y el contra de la cuestión, establece que el carácter jurídico de fiador no se transforma en el de deudor solidario.

El trabajo del señor Manotas aporta un valioso contingente de luz para la solución de la delicada materia que trata, revela en su joven autor inteligencia y concienzudo conocimiento del Derecho, y por tanto debe aceptarse por reunir todos los requisitos que el reglamento exige en escritos de esta clase.

Su atento servidor,

C. Iriarte

BIBLIOGRAFIA

Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil,
par Théophile Huc.

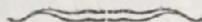
Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, par G.
Baudry-Lacantinerie, Albert Wahl.

El Código Civil ante la Universidad.

Proyectos del Código Civil, por Andrés Bello.

Estudio del Código Civil, por Robustiano Vera.

Conferencias del Dr. Clímaco Iriarte.





GENERALIDADES

“ Art. 2361. La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una ó más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor á cumplirla en todo ó parte si el deudor principal no la cumple.

“ Art. 2527. Las obligaciones son civiles ó meramente naturales.

Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento.

Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado ó pagado, en razón de ellas.

Tales son :

1.^a Las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como la mujer casada en los casos en que le es necesaria la autorización del marido, y los menores adultos no habilitados de edad ;

2.^a Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción ;

3.^a Las que proceden de actos á que faltan las solemnidades que la ley exige para que produz-

can efectos civiles ; como la de pagar un legado impuesto por testamento, que no se ha otorgado en la forma debida ;

4.ª Las que no han sido reconocidas en juicio, por falta de prueba.

Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes.²⁷

La fianza, por ser un contrato accesorio, requiere la existencia de una obligación principal, la cual puede ser civil ó natural. La idea que de esta última nos da el inciso 3º del artículo 1527 del Código Civil, nos sugiere algunas observaciones sobre la fianza que garantiza su cumplimiento. Las obligaciones naturales no son exigibles por el acreedor, y por consiguiente no le dan á éste ninguna acción contra el naturalmente obligado. El vínculo de derecho en realidad no existe en ellas, y la relación jurídica que en toda obligación se supone existir entre las partes, reposa sobre bases poco sólidas, desde luego que está al arbitrio del deudor cumplir ó no la obligación ; es decir, la conciencia más ó menos honrada de éste, es lo único que puede inclinarlo á cumplir su obligación. De más está decir que los derechos, jurídicamente hablando, no pueden ni deben estar al arbitrio de nadie, ellos tienen su razón de ser en conveniencias sociales reconocidas por el legislador, quien impone á todos el deber de respetarlos, ya sea de un modo espontáneo ó recurriendo á las autoridades constituídas para garantizarlos.

La fianza que asegura el cumplimiento de una obligación natural, viene así á dar al acreedor un derecho que la obligación misma no le da ; no es, pues, la obli-

gación accesoria que nos dice la ley, supuesto que ella no garantiza sino la efectividad de un derecho de que no deriva acción contra el obligado, y por lo mismo carece de razón de ser ante la ley.

Las legislaciones antiguas y modernas han reconocido que una obligación natural puede ser afianzada, y por ahora eso nos basta á los que no legislamos. Es de suponer que el fiador es persona prudente y que tiene conocimiento de la ley, cuya ignorancia, como dice el Código Civil, no sirve de excusa, y que antes de prestar la fianza examinará los títulos de la obligación que va á garantizar, para averiguar si es civil ó natural. Las actas del estado civil ofrecen igualmente un medio fácil de conocer el estado de las personas con quienes se contrata. Nuestro Código, pues, no admite que un fiador alegue que se obligó por error, creyendo que la obligación era civilmente válida. Además, el artículo 1529 del Código Civil establece terminantemente que “las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales constituídas por terceros para seguridad de estas obligaciones, valdrán.”

Como se ve, el sentido de la ley es general, y no distinguiendo ella, nosotros tampoco podemos distinguir.

Las obligaciones civiles pueden estar viciadas de nulidad, y entonces, ó se hace exigible la fianza, una vez declarada la nulidad de la obligación principal, ó se extingue con ella. Sucede lo primero cuando el vicio de que adolece el contrato sólo produce nulidad relativa, pues en este caso la excepción personal que permite al deudor eximirse del cumplimiento de la obligación, no aprovecha al fiador. Si la nulidad es absoluta, la fianza se extingue al mismo tiempo que

la obligación principal. La excepción que resulta de tal nulidad es real, y aprovecha al fiador; pero, además, existen razones de un orden superior para que la fianza se extinga. La ley y la moral están interesadas en que las obligaciones afectadas de esa nulidad no produzcan efectos civiles. En cuanto á los absolutamente incapaces, sus actos no admiten caución, lo cual es muy natural, una vez que no pueden prestar su consentimiento, y por consiguiente sus convenciones se reputan no haber existido jamás (artículos 1504, 1741, 1742, 1743 y 2380 del Código Civil).

La fuerza, el error y el dolo que vician el consentimiento, producen nulidad relativa; pero en lo que respecta al fiador, los efectos de la nulidad son diferentes de los que hemos anotado. Siendo estos vicios inherentes á la obligación principal, es claro que el fiador puede aprovecharse de las respectivas excepciones, y en consecuencia, librarse del cumplimiento de la obligación subsidiaria (artículo 2380 del Código Civil).

El carácter de la obligación resultante del contrato de fianza no es condicional, como parece desprenderse de la definición. La frase “si el deudor principal no la cumple,” no importa condición; sólo se refiere á la efectividad de la fianza. El fiador queda obligado como tál desde que se perfecciona el contrato de fianza, y su obligación es pura y simple siempre que no manifieste intención de obligarse condicionalmente. Los recursos que la ley concede al fiador una vez requerido para el pago, en nada se oponen á lo dicho, pues el beneficio de excusión es, como su nombre lo indica, un favor que ella le otorga al fiador y del cual debe valerse dentro de cierto tiempo.

Hemos hecho este ligero análisis de la definición consignada en el preinserto artículo 2361, con el fin de sentar las bases que han de servirnos en el estudio que nos proponemos hacer, limitado á la fianza convencional solidaria, pues el extenderlo á la fianza legal y la judicial, le daría á nuestra disquisición proporciones innecesarias, puesto que éstas y aquélla están generalmente sujetas á las mismas reglas.

I

Con frecuencia se confunde la deuda ú obligación solidaria con la fianza solidaria. Se ha creído comúnmente que las palabras deudor y fiador solidarios son sinónimas, y que el fiador ó fiadores que se obligan solidariamente quedan de hecho convertidos en deudores solidarios, para todos los efectos concernientes á la fijación de los derechos y obligaciones que les competan. Nos ocuparemos con alguna extensión en determinar las diferencias que á la luz de nuestro Código Civil, creemos necesario hacer entre las obligaciones y las fianzas que participan de los caracteres de la solidaridad.

Puede establecerse la solidaridad ya entre los acreedores, ya entre los deudores. En el primer caso, cada acreedor tiene derecho para exigir del deudor ó deudores el cumplimiento íntegro de la obligación; en el segundo, cada uno de los deudores está obligado al pago total de la deuda. El vínculo de la solidaridad no tiene lugar sino entre personas colocadas en una misma línea, de manera que sería absurdo suponer que un deudor y un acreedor estén ligados entre sí por el lazo de la solidaridad, la cual requiere que todos sean deudores ó todos acreedores (inciso 2.º del

artículo 1568 del Código Civil). Es esta la misma noción que los romanos tenían de las obligaciones correales, las cuales podían constituirse entre deudores y entre acreedores, dando así origen á dos clases de solidaridad: la pasiva y la activa. Las obligaciones que se llamaban *in solidum* no se creaban sino entre deudores. El Derecho Español refundió en una sola estas dos clases de obligaciones de los romanos, dando así á la obligación solidaria el carácter activo y pasivo que el Derecho Romano sólo concedía á las obligaciones correales. Esta última teoría ha sido aceptada por nuestro Código Civil. Hemos hecho estas ligeras observaciones con el fin de prevenir al lector contra la tendencia, muy generalizada, y á la cual hemos aludido, de considerar al fiador solidario como codeudor solidario, pues negándole, como se pretende, todos los recursos de que gozan los fiadores simples, nos parece que la fianza solidaria no es otra cosa que un juego de palabras, cuyo principal objeto es dificultar las transacciones, y engañar al que se obliga en la creencia de que siendo fiador solidario, tendrá derecho, por lo menos, á que los bienes del deudor principal sean excutidos antes de proceder contra él. ¿Cuál es el objeto de llamar fiador solidario á quien es siempre un codeudor solidario? No vemos una razón jurídica que no condene semejante error.

La fianza simple es un contrato accesorio, y la solidaridad no le quita ese carácter, antes bien tiende á confirmarlo. Los fiadores solidarios, á diferencia de los que sólo se obligan simplemente, responden cada uno por el todo de la deuda; mas esto no quiere decir que ellos sean codeudores con el principal obligado, desde luego que el provecho resultante de la deuda

contraída es todo para el deudor, y nada para los fiadores. Una garantía más ó menos sólida es lo que el acreedor exige, y no una coparticipación en la deuda, como sucede en las obligaciones solidarias. El principio consignado en la Ley 1ª, Título 1º, Libro 10º de la Novísima Recopilación, en virtud del cual “el hombre queda obligado á todo aquello que se había querido obligar,” y las disposiciones de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, son en un todo conformes con lo que hemos expuesto.

La solidaridad en la fianza convencional depende de los términos en que esté concebido el contrato. Es en éste donde debe buscarse la verdadera intención de los contratantes, con el fin de saber si existe una fianza solidaria ó una obligación solidaria.

El contrato de fianza en que no se diga que los fiadores se obligan solidariamente, puede, sin embargo, dar origen á una fianza solidaria cuando los fiadores renuncian expresamente al beneficio de no responder de la deuda sino á prorrata de la parte que les corresponda en ella. Es ésta, en nuestro sentir, una declaración que hacen los fiadores de obligarse por el todo de la deuda, y no una simple presunción de solidaridad, la cual no la consiente el inciso 3º del artículo 1568 del Código Civil.

Obligarse una sola persona como fiador solidario de una deuda ajena es, en nuestro concepto, erróneo. Suponer que un fiador sea solidario con un deudor, es contrario á los principios de la fianza y de la solidaridad. Es preciso, en este caso, examinar con atención los términos del contrato y cerciorarse de la clase de obligación contraída. El obligado no puede responder de la deuda sino como codeudor solidario ó como sim-

ple fiador : si lo primero, no es fiador ; si lo segundo, la solidaridad desaparece. Existe mucha diferencia entre fiador y deudor ; este último es el verdadero responsable, al paso que el primero es un garante de la obligación. No estando colocados en una misma línea el fiador y el deudor, se forzaría indebidamente la noción de solidaridad si se la aplicara á la relación en que ellos se encuentran.

Presentaremos dos ejemplos para demostrar, en cuanto sea posible, la expresada teoría : Un individuo (*A*) se obliga como fiador solidario de Pedro y Juan, quienes han contraído la obligación de una cosa divisible, en virtud de la cual cada uno de ellos sólo responde por su parte ó cuota en la deuda. Admitamos que *A*, por ser fiador solidario, se convierta, como se pretende, en un deudor solidario. No se negará que la solidaridad requiere, indispensablemente, dos personas por lo menos, las cuales, sostenemos nosotros, deben estar en una misma línea y pueden llamarse deudores, fiadores ó acreedores. En el caso propuesto, preguntamos : ¿ con quién es solidario *A*? ¿ O es que por el hecho de dar un fiador que se dice solidario, se convierte la obligación principal en solidaria? Claro es, pues, que *A* es un simple fiador y no un fiador solidario, pues el vínculo de la solidaridad no lo liga con nadie. Supongamos ahora que son tres los fiadores solidarios de la obligación divisible de Pedro y Juan. Los garantes de la obligación principal responden cada uno por el total de la deuda ; pero los principalmente obligados sólo responden á prorrata de sus cuotas, es decir, no hay solidaridad entre ellos. Para que los tres fiadores solidarios fueran codeudores solidarios con respecto al acreedor, sería necesario que

existiera la solidaridad entre ellos y los deudores principales; pero no siendo así, es claro que los garantes son fiadores solidarios y que no pueden responder al acreedor sino como tales, desde luego que así consta en el contrato (artículos 1602 y 1603 del Código Civil). La conversión de la fianza solidaria en obligación solidaria es inadmisibile en el caso que analizamos, como también en todos los demás en que no se exprese terminantemente que lo creado es una obligación solidaria. Los sostenedores de la teoría contraria á la nuestra no pueden sostenerla sin desvirtuar en un todo el carácter esencial de la fianza (artículos 1568 y 2361 del Código Civil).

Resumiendo, diremos que un solo fiador no gana ni pierde ningún beneficio porque se estipule que es solidario; pero que, jurídicamente hablando, se le debe colocar en la categoría de los fiadores simples. Por razón de las circunstancias, la división de la deuda es imposible en el caso que analizamos, y cuanto al beneficio de discusión, nuestra ley lo concede á todos los fiadores, siempre que bajo el nombre de fianza no exista disfrazada una verdadera obligación solidaria.

La expresión “mancomunada y solidariamente con el deudor,” es en nuestro sentir una manifestación clara de que el fiador ó fiadores no han querido celebrar el contrato de fianza solidaria, sino más bien obligarse como codeudores solidarios. La mancomunidad con el deudor en la fianza solidaria hace presumir que el fiador ó fiadores se obligan á pagar una deuda que es propia de ellos y del deudor; es decir, que se obligan como codeudores solidarios. Por el contrario, la fianza solidaria supone dos obligaciones: la del deudor y la de los fiadores. Estos garantizan

que el primero cumplirá la obligación contraída, y para hacer más eficaz el derecho del acreedor, se comprometen á responder cada uno por el total de la deuda si el deudor no paga, lo cual no quiere decir que los fiadores solidarios sean codeudores solidarios, y que, en consecuencia, sean responsables en los mismos términos que éstos.

*
* *

Si se constituye una fianza solidaria para asegurar una obligación natural, la parte fiadora quedará obligada á pagar el total de la deuda, siempre que el deudor principal no la pague voluntariamente. Como el acreedor no tiene ningún recurso contra el deudor, la fianza solidaria, dado el caso de hacerla efectiva, presenta los caracteres de una obligación solidaria, pues los bienes del deudor no pueden ser discutidos, una vez que esto sería conceder al acreedor una acción contra el naturalmente obligado, lo cual no lo permite, por otra parte, el inciso 3.º del artículo 2384 del Código Civil. Mas no debe creerse por lo que hemos dicho que el fiador, solidario ó no, de una obligación natural deje de ser un garante de ella, para convertirse en un principal obligado. El deudor siempre tiene sobre sí una obligación reconocida por la ley, la cual en cierto modo le obliga, y por lo mismo es principal con respecto á la fianza solidaria.

*
* *

Los fiadores solidarios no pueden ser considerados como deudores solidarios de la obligación principal. El pago hecho por uno de ellos no es, en cierto modo, el cumplimiento de la obligación del deudor, sino de la accesoria contraída por aquél, la cual está

sujeta á las disposiciones generales sobre fianza, en todo aquello en que no sean contrarias á la naturaleza de la fianza solidaria. Los codeudores solidarios deben tener participación en la deuda, y prueba de ello es que el Código Civil establece terminantemente que “si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente á alguno ó algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí, según las partes ó cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores (artículo 1579).” La fianza solidaria no supone participación en la deuda, de tal manera que el fiador que paga puede repetir contra el deudor por el todo, sin necesidad de probar que no ha reportado ningún provecho de la deuda. Es un contrato de beneficencia generalmente, más marcada que la fianza simple, pues cada uno de los fiadores responde por el todo, lo cual no sucede con los fiadores simples.

Se nos ocurre averiguar si los fiadores á que se refiere el legislador en la disposición que dejamos transcrita, son ó nó solidarios. Ciertó es que al obligarse como codeudores estipularon la solidaridad; pero también lo es que ella no fue declarada sino en atención á la clase de obligación que se contraía. La solidaridad no puede presumirse, como tampoco la fianza; y si esa disposición declara terminantemente que los codeudores á quienes no concierne el negocio para el cual contraen la obligación solidaria, sean considerados como fiadores, en cambio nada dice sobre el lazo de solidaridad que á éstos pudiera ligar. De lo dicho concluimos que no estableciéndose la responsabilidad solidaria de los fiadores ni por la ley, ni por

la convención, debe tratárseles como á fiadores simples para los efectos de la subrogación, lo cual se deduce, además, de los términos en que está concebida la prescripción legal á que nos referimos (artículos 1568 y 2373 del Código Civil).

*
* *

Acostumbran los establecimientos bancarios hacer figurar en el respectivo documento á los garantes de una obligación, como mancomunada y solidariamente obligados con el deudor. Atrás hemos dicho que quien contrae el vínculo de la solidaridad en esos términos, es un verdadero codeudor solidario, de manera que los Bancos, por lo menos entre nosotros, no piden fiadores, sino codeudores solidarios. Es por este motivo por lo que pueden proceder indistintamente contra cualquiera de los obligados ó contra todos conjuntamente (artículo 1571 del Código Civil). No sucedería lo mismo si se tratase de fiadores solidarios, pues entonces podrían exigir á su arbitrio el cumplimiento de la obligación de dos personas: del deudor principal ó de los fiadores solidarios; pero nunca á todos juntos, una vez que la situación jurídica de ellos es diferente, pues no son una sola parte.

En virtud de la ejecución que el acreedor entable contra uno de los fiadores solidarios, no puede éste denunciar bienes de sus cofiadores, sino los que les sean propios. Cubierta sólo en parte la deuda, el acreedor ejercitará su acción por el resto contra cualquiera de los otros fiadores (artículo 1572 del Código Civil).

De igual manera el fiador ejecutado está imposibilitado para denunciar bienes del deudor principal; pero puede, por medio del beneficio de excusión,

suplir esta prohibición, siempre que á él se acoja en tiempo. No habiendo en los juicios ejecutivos contestación de demanda, la excepción, que no es otra cosa, resultante del beneficio de excusión, puede proponerse desde la intimación del mandamiento ejecutivo como incidente que se resuelve de llano en plano, por no tener cabida en dichos juicios otras articulaciones que las de pago ó cumplimiento de la obligación que motiva el litigio ó la de reivindicación sumaria de bienes embargados como del ejecutado, y cualesquiera otras especialmente autorizadas por leyes posteriores á la vigencia del Código Judicial (artículos 203 y 204 Ley 105 de 1890, y 741 del Código Judicial).

Beneficios

Introducidos en la Jurisprudencia romana por los Emperadores Adriano y Justiniano, fue su objeto principal dulcificar las rigurosas consecuencias de la *adpromissio* con respecto á los fiadores. La solidaridad en la fianza, tal como la entienden muchos en nuestros días, existía de pleno derecho en el contrato de *adpromissio*, y el calificativo de accesorio que se le daba á este contrato no tenía, en verdad, razón de ser. La obligación accesoría es cierto que no podía existir sin la obligación principal; pero á esto se reducía todo: el fiador no gozaba de ningún beneficio, era en realidad un deudor de condición inferior á la del principal obligado, pues éste recibía algo, aquél nada. A corregir tamañas injusticias cooperaron aquellos Emperadores, por medio de los beneficios á que aludimos: el de división, el de discusión y el de subrogación.

El primero no podía invocarse sino entre cofiadores obligados por una misma deuda, con un mismo deudor, y que fueran solventes el día de la *litis contestatio*; el segundo se invocaba contra el deudor principal, con el fin de suspender el ejercicio de la acción del acreedor contra el fiador, mientras no constase la insolvencia del deudor principal por la discusión ó venta previa de sus bienes. Y finalmente la cesión de acciones que tenía por objeto dar al fiador que había pagado la deuda un recurso contra sus cofiadores al mismo tiempo que contra el deudor. Hecha esta ligera reseña histórica, pasaremos á estudiar por separado, y de acuerdo con nuestro Código Civil, cada uno de estos beneficios.

I

Completamente opuesto á la naturaleza de la fianza solidaria es el beneficio de división. El Código Civil, interpretando fielmente los principios de la solidaridad entre fiadores, lo excluye en su artículo 2392. La división de la obligación entre los cofiadores, limitaría la responsabilidad de cada uno de ellos á la parte ó cuota que por no pagar el deudor principal les cupiere en la deuda, y es esto, precisamente, lo que quiere evitarse con la fianza solidaria.

En el Derecho francés los fiadores responden siempre por el total de la deuda; pero una vez requeridos para el pago, pueden oponer el beneficio de división. Existe, pues, de pleno derecho la solidaridad en la fianza. De acuerdo con nuestro Código Civil la división se produce de pleno derecho entre fiadores; la solidaridad debe ser declarada expresamente cuando no la establezca la ley (artículos 1568 y 2392 del Código Civil).

La disposición del Código Civil tiene como fuente la Ley 10, Título 1.º, Libro 10 de la Novísima Recopilación, en virtud de la cual el beneficio de división sólo tiene lugar entre fiadores simples. Mas, sin embargo, ha habido entre los comentadores españoles quienes sostengan que los fiadores solidarios gozan de este beneficio, en tanto que no lo renuncien expresamente en el contrato. El Conde de la Cañada, por ejemplo, en su *Juicio Civil* se expresa á este respecto así: "Para quitar toda duda se explicaron las citadas dos leyes (la Ley 8ª, Título 12, Partida 5ª, y la Ley 10, Título 1º, Libro 10 de la Novísima Recopilación) con la restricción de que solamente se entendiese cada uno obligado por el todo, cuando lo expresasen en sus convenciones; pero si éstos, obligados *in solidum*, renunciasen en el mismo contrato el beneficio, queriendo que el acreedor pueda exigir de cada uno el todo de la deuda, entonces no podrán usar de este auxilio, porque resultaría y cedería en daño del acreedor, y se caería en el inconveniente de abrigar el dolo y mala fe de los que vienen contra su propio hecho." D. Juan Sala, en su *Ilustración del Derecho Real*, se manifiesta en desacuerdo con el Conde de la Cañada, y dice que los fiadores, al obligarse *in solidum*, renuncian á la división de la deuda entre ellos, sin ser necesaria la renuncia expresa. Muy clara nos parece esta opinión, que es generalmente admitida en todas las legislaciones modernas que han tomado como fuente al Derecho Romano.

Concluiremos por decir que la fianza solidaria no admite el beneficio de división, y que su admisión traería como consecuencia indispensable, la eliminación de la solidaridad en la fianza.

II

La ley faculta al fiador para que exija del acreedor que, antes que contra él, proceda contra los bienes del principal obligado para hacer efectiva la satisfacción de la deuda; pero varios comentadores han sostenido que sólo los fiadores simples gozan de ese beneficio. El fundamento de esta opinión es la creencia, ya redargüida, de que los fiadores solidarios son codeudores solidarios con el contrayente de la obligación. Como punto de legislación aceptamos que haya quienes sostengan tal teoría, mas en lo que se refiere á la sana interpretación del artículo 2384 del Código Civil, la rechazamos terminantemente. La legislación civil francesa y los muchos comentarios que sobre ella se han escrito no son, creemos nosotros, fuente de la citada disposición de nuestro Código. Basta estudiar con detenimiento esa legislación y las obras de sus comentadores, para convencerse de que el espíritu que predomina en ellas es distinto del que en esta materia informa el Derecho Civil colombiano.

Para gozar del beneficio de discusión, dice el inciso 2º del artículo 2384, es necesario “que el fiador no se haya obligado como deudor solidario.” A primera vista es fácil comprender que quien se obliga de ese modo no es fiador, luego no debe llamársele por otro nombre que el reconocido por la ley misma; es decir, deudor solidario. No intentamos siquiera sostener que éste goce del beneficio de discusión; el mismo inciso dice claramente que no lo tiene. El Título IX del Libro IV del Código Civil da reglas especiales para regular las relaciones jurídicas que se

crean entre acreedores ó deudores ligados por la solidaridad.

Siendo los fiadores solidarios personas distintas de los codeudores solidarios, no alcanzamos á comprender por qué de estar éstos exceptuados del goce del beneficio de discusión, haya de inferirse que deben estarlo también los primeros. La intención precisa del legislador ha sido no comprender á los fiadores solidarios en la prohibición, y por eso ha dicho con toda la claridad posible que los deudores solidarios no tienen el beneficio de excusión (artículo 27 del Código Civil). La palabra *fiador* en el inciso transcrito comprende tanto á los que se obligan simplemente como á los que estipulan la solidaridad entre ellos. La fianza solidaria se diferencia de la fianza simple en que los fiadores responden cada uno por el total de la deuda; no hay, pues, lugar en ella al beneficio de división. En cuanto á la obligación solidaria la diferencia es mayor, pues no sólo no hay en ella beneficios que pueda invocar el *deudor*, sino que éste responde al acreedor como principal obligado y no accesoriamente, como sucede en la fianza. Los sostenedores de la teoría contraria no admiten la solidaridad sino entre acreedores ó entre deudores, pero es innegable que dentro de nuestro derecho civil pueden existir personas que, obligadas como fiadores, se ligan entre sí por el vínculo de la solidaridad, y tomen el nombre de fiadores solidarios (artículo 2392 del Código Civil). Y si incurrimos en error, si estamos equivocados porque fiador solidario equivale á codeudor solidario, ¿por qué los adversarios, para no caer en contradicción, no usan siempre de la expresión *deudor solidario*, en vez de *fiador solidario*,

de que tan frecuentemente se sirven? ¿O es que existen dos clases de deudores solidarios? Nó, la ley, por lo menos, no los distingue. La palabra *fiador* tiene un significado especial en todas las legislaciones, y el calificativo *solidario* debe armonizarse con ella, y no con el vocablo *deudor*, que expresa algo muy diferente, de acuerdo con el Código Civil.

El artículo 2358 del Código Civil de Chile, idéntico al artículo 2384 del colombiano, dice que no gozará del beneficio de excusión el fiador que se haya obligado como codeudor solidario. Sin embargo, D. Robustiano Vera, distinguido comentador de ese Código, afirma lisa y llanamente, como muy natural y correcto, que la fianza solidaria excluye el beneficio de excusión. Es oportuno hacer notar que este jurisperito, en el séptimo volumen de su *Estudio del Código Civil*, copia textualmente el citado artículo, y al comentarlo transcribe el inciso 2.º con estas palabras: “no haberse el fiador obligado *in solidum* con el deudor,” lo cual equivale al artículo 2021 del Código Francés (“*Quand la caution s’oblige solidairement avec le débiteur, l’effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires.*”) El Sr. Vera es, pues, tan partidario de tomar el Código Civil francés como la mejor fuente del chileno, que cree más acertado expresar el inciso 2.º del artículo 2358 en los términos usados por aquel Código que en los que realmente está concebido. Haberse obligado el fiador *in solidum* con el deudor quiere decir que un fiador, sin dejar de serlo, puede contraer el vínculo de la solidaridad con un deudor; pero con perdón del Sr. Vera, no es eso lo que dice el Código Civil chileno: obligarse como codeudor so-

lidario es no obligarse como fiador : lo uno excluye lo otro.

Algunos comentadores opinan que el fiador obligado como deudor solidario renuncia tácitamente al beneficio de discusión. No hemos dado en el título 9.º del Código Civil colombiano, ni en el correspondiente de otros códigos extranjeros, con disposición alguna que conceda á los deudores solidarios el beneficio de discusión. Nos explicamos que un fiador, ya sea simple ó solidario, no haga uso del beneficio ; pero lo que no alcanzamos á concebir es que se pueda renunciar lo que no se tiene. De otro modo llegaríamos á la conclusión de que las personas, jurídicamente hablando, tienen todos los derechos consagrados en los códigos, y que, en consecuencia, pueden, cuando no quieren renunciarlos, hacerlos efectivos. Con semejante teoría volveríamos á la vida nómada, sería la introducción del socialismo en la Jurisprudencia, y los tribunales serían pocos para conocer de las causas.

Si el fiador solidario es requerido para el pago de la deuda y niega la existencia ó validez de ella, y opone la excepción correspondiente, no hay razón para que no goce del beneficio que consideramos, si se declara no probada la excepción. El Código Civil no prevé este caso como causal necesaria para privar al fiador del derecho de acogerse á ese beneficio, y claro es que no existiendo prohibición expresa, el fiador puede valerse de él. El derecho de proponer excepciones perentorias lo tiene todo demandado, y lo único que el Código Judicial dispone á este respecto es que si se declaran no probadas, se condene en costas á la parte que las propuso, si á ello hubiere lugar. Igual cosa sucedería si el fiador alegase que el crédi-

to es por menos de lo que el acreedor le exige; pero como en este caso el reo reconoce que sí existe una obligación á cuyo pago íntegro está obligado, debe oponer al mismo tiempo el beneficio, á fin de que no transcurra el plazo dentro del cual le es permitido aprovecharse de él (inciso 5º, artículo 2384 del Código Civil).

III

El fiador que satisface la obligación principal se subroga en las acciones del acreedor con todos los privilegios, prendas é hipotecas que las garantizan (artículos 1668 y 1670 del Código Civil). Es ésta una consecuencia natural del contrato de fianza, pues el fiador cubre una deuda contraída sin provecho directo suyo, y justo es que aquél por quien pagó, le restituya cuanto por él ha erogado legalmente. Pero como cuando la fianza es solidaria, los efectos de la solidaridad terminan una vez hecho el pago total al acreedor, el fiador que pagó tiene también derecho á que cada uno de los cofiadores le reembolse la parte que le cupiere en la deuda. La cesión de acciones al fiador solidario es necesaria en este caso, para proceder contra los cofiadores, aun no siendo insolvente el principal obligado, pues ni la acción de mandato, ni la de gestión de negocios serían pertinentes.

Mourlon formula la pregunta de si el fiador que paga tiene acción contra terceros adquirentes de inmuebles del deudor gravados con hipoteca para seguridad de la deuda. La subrogación, en Derecho francés como en el nuestro, transmite al fiador las garantías de la acción del acreedor. Como la hipoteca es un derecho en la cosa, puede ser perseguida por

el acreedor la finca respectiva, sea cual fuere el título con que se haya adquirido por un tercero, salvo el caso de venta en pública subasta con los requisitos legales (artículo 2452 del Código Civil). Claro es que ocupando el fiador solidario el lugar del acreedor, puede perseguir la hipoteca en cualesquiera manos que se halle la finca hipotecada, pues si bien es cierto que la deuda se extingue por el pago hecho al acreedor (artículo 1625 del Código Civil), también lo es que los efectos de la fianza continúan mientras no obtenga el fiador el reembolso de lo pagado.

*
* *

Hay quienes sostengan que la insolvencia de uno de los fiadores simples, grava á los otros. Inadmisible es desde luego semejante interpretación, pues la división de la deuda entre esta clase de fiadores se produce de pleno derecho (artículo 2392 del Código Civil). Si cada uno de éstos no es obligado desde un principio sino por la parte ó cuota que le cupiere en la deuda, es imposible concebir cómo la cuota del insolvente pueda gravar á los demás fiadores. Nos explicamos perfectamente que en Derecho francés ocurra este caso, pues, como hemos dicho en otra parte de este estudio, la solidaridad en la fianza existe en aquel Código de pleno derecho (artículo 2025 del Código Civil francés), de manera que la división de la deuda entre los cofiadores es la excepción, lo otro, la regla general. D. Robustiano Vera, á quien en otra ocasión también citámos, observa que la legislación chilena, á diferencia de otras, sanciona que la insolvencia de un fiador grava á los demás. Los términos generales en que se expresa este comentador,

claramente dicen que tal cosa sucede en la fianza simple. Una contradicción, sin duda, es lo que el Sr. Vera encuentra entre los dos primeros incisos del artículo 2397 del Código de Chile, el cual es en un todo idéntico al 2392 de nuestro Código. A pesar nuestro estamos una vez más en desacuerdo con dicho señor. El Título XXXVI del Código Civil de Chile, lo mismo que el XXXV del nuestro, se refieren tanto á la fianza simple como á la solidaria; hay, pues, necesidad de interpretar las disposiciones de esos títulos, de modo que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía (artículo 22 del Código Civil de Chile y 30 del Código Civil). Si el beneficio de división se surte *ipso jure* conforme al primer inciso del artículo 2392, ¿cómo puede suceder que el inciso 2º del mismo artículo disponga lo contrario? ¿Es aventurado decir que se refiere á la fianza solidaria? No lo es, porque de lo contrario el inciso primero carecería de objeto. En consecuencia, la insolvencia de uno de los fiadores la soporta el acreedor, si la fianza es simple; ó el subfiador, cuando lo hay. No sucede lo propio cuando los fiadores son solidarios, pues obligándose cada uno por el todo, es claro que el fiador que paga, cumple, precisamente, la obligación que contrajo.

*
* *

Lo mismo que en las obligaciones solidarias, el acreedor puede renunciar á la solidaridad respecto de todos los fiadores solidarios (artículo 1573 del Código Civil), y en este caso hay que hacer una distinción en lo que se refiere al gravamen de la cuota del insolvente. Las insolvencias anteriores á la división de la deuda consentida por el acreedor, es natural que

sean de cargo de los fiadores solidarios ; pero las que hayan ocurrido con posterioridad á la división, debe sufrirlas el acreedor. Igual cosa sucede cuando el acreedor renuncia á la solidaridad solamente respecto á uno de los fiadores. La opinión del Sr. Vera sería igualmente infundada en el caso que proponemos, pues si la cuota del insolvente grava en este caso á los cofiadores solventes, es porque antes de renunciar el acreedor la solidaridad, los fiadores estaban obligados todos y cada uno de ellos al pago íntegro de la deuda. Esto que señalamos como una excepción á la regla general de que en la fianza simple la cuota del insolvente no grava á los cofiadores, es lo que ocurre siempre en la fianza según el Código Civil francés.

*
* *

La naturaleza de las obligaciones requiere modos adecuados de extinguirlas. Los hay generales y especiales ; pero nos limitaremos solamente á señalar algunos que son peculiares de la fianza solidaria.

El fiador solidario requerido por el acreedor puede usar de todas las excepciones que le favorezcan, pero no de las personales de sus cofiadores. La solidaridad entre fiadores no produce confusión de intereses hasta ese punto, pues si bien ellos son una sola persona con respecto al acreedor para el cobro del crédito, conservan su personalidad en sus relaciones mutuas. Esto no quiere decir, sin embargo, que la extinción de la deuda, obtenida por medio de una excepción personal, que no sea de las que nacen de obligaciones naturales, no liberte á los cofiadores solidarios con respecto al acreedor.

La interrupción de la prescripción que se haga á uno de los fiadores solidarios, se entiende hacerse á sus cofiadores. Los que sostienen que los fiadores solidarios son codeudores solidarios, hacen extensiva esta interrupción al deudor principal; pero nosotros, que no participamos de esas teorías, no aceptamos tal solución. El fiador solidario que ha sido requerido puede, por medio del beneficio de excusión, hacer que el acreedor interrumpa también la prescripción con respecto al deudor principal. No procediendo el acreedor en tiempo á la excusión, el fiador solidario sólo responderá por la cuota parte del crédito que no quedare cubierta con el valor de los bienes señalados para la excusión (artículos 2390 y 2383 del Código Civil). Una vez cumplida la prescripción sin que el acreedor haya hecho uso de su derecho, el fiador solidario queda libre, y aun suponiendo que el deudor principal renuncie expresa ó tácitamente á ella, puede aquél alegarla, pues siendo una excepción real aprovecha tanto al deudor como á los fiadores solidarios (artículos 2380 y 2516 del Código Civil).

El fiador solidario de una deuda hipotecaria puede exigir del acreedor que lo liberte total ó parcialmente cuando éste, por pura liberalidad, ha hecho remisión de la hipoteca. Esta clase de deudas, al ser afianzadas, ofrecen al fiador un medio eficaz de reembolsarse, caso de tener éste que cumplir la obligación del deudor. Remitiéndose la hipoteca por el acreedor, se priva al fiador de la acción hipotecaria; luego es muy justo que se rebaje de la demanda del acreedor lo que por la subrogación hubiera podido obtener fácilmente el fiador. Claro es que las hipotecas constituidas después de prestada la fianza, pueden ser re-

mitidas por el acreedor, sin que haya lugar á la rebaja de que hemos hablado, pues la fianza no se presta en este caso en consideración á la acción hipotecaria (artículos 2381 y 2406 del Código Civil).

La dación en pago que se hace al acreedor de cosa distinta de la debida, produce la extinción de la fianza, aunque sobrevenga la evicción de la cosa. El deudor no queda libertado sino á condición de que el pago sea efectivo; pero el fiador sí queda perfectamente libre, pues no sería justo que un contrato de beneficencia como la fianza, estuviera sujeto á las consecuencias más ó menos inciertas de la dación en pago (artículo 2407 del Código Civil).

Puede suceder que los fiadores solidarios se declaren en estado de quiebra, y que por esto se dificulte la efectividad de la acción del acreedor contra ellos. Debemos examinar, pues, los efectos de la solidaridad en lo referente á la introducción del crédito en los concursos á que hubiere lugar. Si el acreedor divide voluntariamente su acción en tantas partes como concursos haya, lo probable es que no obtenga un pago completo, porque en cada uno de los juicios no se le reconozca sino un tanto por ciento sobre la parte de su crédito, lo cual lo perjudicaría. Reclamando en cada concurso el crédito íntegro, habría lugar á temer que reciba más de lo que realmente le es debido; pues el tanto por ciento que se le mande pagar puede sumar en los distintos concursos una cantidad mayor que la acreencia, y esto sería en perjuicio de los demás acreedores y de los mismos concursados. Esto último, sin embargo, no es cierto si se toma en consideración que la acción solidaria del acreedor se extingue en la parte que en cada concurso sea cu-

bierta. La introducción por la totalidad de la deuda permitida al acreedor, sólo tiene por objeto darle suficientes garantías de pago, pues el tanto por ciento calculado sobre el total es mayor que si sólo se calculase sobre las partes en que se dividiese el crédito (artículo 1572 del Código Civil).

La muerte del fiador solidario no extingue la fianza; sus herederos responden de la obligación principal en los mismos casos en que el fiador solidario respondería. Pero en lo que respecta á la solidaridad, ella no pasa á los herederos. El acreedor podrá demandar á la sucesión, representada por los herederos, para el pago íntegro de la deuda; pero no haciéndolo, sólo tendrá acción contra cada uno de los herederos por la parte ó cuota que le cupiere en la deuda, máxime si aceptaron la herencia á beneficio de inventario, pues las acciones hereditarias se dividen *ipso jure* entre los herederos (artículos 1304, 1411 y 2378 del Código Civil). Si uno de los herederos se vuelve insolvente, su cuota no grava á sus coherederos, pues ellos no están obligados solidariamente.

Hemos concluido este ligero estudio sobre fianza solidaria. Conceptuando errónea la noción que comúnmente se tiene entre nosotros sobre esta materia, acometimos con nuestros escasos conocimientos una tarea muy superior á nuestras fuerzas. Nuestro principal objeto, al escribir esta Tesis, si es que tal nombre merece, ha sido señalar un punto jurídico de actual importancia, para que otros, más competentes que nosotros, emprendan la labor de diferenciación que la justicia y la equidad demandan.