
LECCION SEXTA.
DE LA FIANZA.

I

Preliminares.

En las reglas cuyo estudio hemos hecho hasta aquí, se ocupa el Código exclusivamente de fijar los principios generales que rigen á todos los contratos; pero después establece las reglas que deben servir de norma para garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

Tales garantías son la fianza, la prenda, la anticresis, la hipoteca y los privilegios.

Vamos á emprender el estudio de cada una de esas garantías, con la separación debida y con la extensión que su importancia demanda.

II

De la fianza en general.

Fianza es, según el artículo 1,813 del Código civil, la obligación que una persona contrae de pagar por otra, si ésta no lo hace.

De esta definición se infiere que la fianza es un contrato consensual, unilateral y necesariamente accesorio, y que en él intervienen forzosamente tres personas, el acreedor, el deudor principal y el fiador.

La fianza es un contrato consensual, porque se perfecciona sólo por el consentimiento.

Es unilateral, porque el acreedor estipula tal garantía del fiador sin obligarse á nada, mientras que éste, que la otorga, contrae una obligación.

Es accesorio, porque supone necesariamente la existencia de una obligación, cuyo cumplimiento garantiza.

Pero esta circunstancia no quiere decir que sea absolutamente necesario que exista ya la obligación principal para que pueda existir la fianza, porque el fiador puede obligarse desde antes para garantizar una obligación futura, que está por contraer el deudor; y esto es lo que acontece comunmente, cuando uno de los contratantes no tiene confianza en el otro y le exige la garantía del fiador para la obligación que va á contraer.

La fianza es un contrato gratuito, no respecto del acreedor y del fiador, sino con relación al deudor que obtiene una ventaja puramente gratuita, que le procura la garantía de aquél, ya por la concesión de algún plazo ó alguna otra facilidad para el cumplimiento de la obligación, ya por la seguridad que ofrece, procurándole el crédito de que carece.

Sin embargo, esta circunstancia no es esencial de la fianza, de manera que forme parte de su naturaleza intrínseca, y que nunca pueda existir á título oneroso, pues, por el contrario, el fiador puede estipular una indemnización por el servicio que presta, perfectamente válida, en virtud del principio según el cual, la voluntad de les contrayentes es la suprema ley de los contratos.

Por tal motivo declara el artículo 1,814 del Código civil, que la fianza puede ser gratuita ó á título oneroso. ¹

Finalmente: se infiere de la definición que la ley da de la fianza, que el acreedor no puede proceder contra el fiador sin que haya procedido antes contra el deudor principal; porque aquél le está obligado sólo de una manera subsidiaria, y en defecto de éste, cuando no puede cumplir la obligación, supuesto que es el que la contrajo directa y principalmente.

La fianza puede ser legal, judicial ó convencional (Artículo 1,814, Cód. civ). ²

Es legal aquella que se otorga en virtud ó por disposición de la ley.

Tales son las fianzas que están obligados á prestar los tutores y los usufructuarios; la que tiene que otorgar el actor que obtuvo sentencia de remate en juicio ejecutivo, para que se ejecute ésta no obstante la apelación interpuesta contra ella (Arts. 578, 973, fracción 2.^a, Código civil; 1,077, Código de Procedimientos de 1,872 y 1,07 del de 1,880). ³

La fianza judicial es aquella que se otorga en virtud de sentencia ó decreto judicial; por ejemplo, la llamada caución *de non offendendo*, que tiene lugar cuando el juez ordena á la persona acusada de amenazas ó amagos, que dé fianza al querellante de no ofenderle, perseguirle ó causarle mal alguno, etc.

1 Artículo 1,701, Código civil de 1884.

2 Artículo 1,701, Código civil de 1884.

3 Artículos 480 y 875, Código civil de 1884, y 656, Código de Procedimientos.

Por último: es convencional la fianza que debe su origen única y exclusivamente á la voluntad de los contrayentes.

Aunque la fianza supone la existencia necesaria de una obligación principal, esto no quiere decir que sea indispensable para que exista, para su validez, del consentimiento del deudor. Por el contrario, siendo un contrato unilateral; en el que sólo se obliga el fiador, no son necesarios ni la intervención ni el consentimiento del deudor.

Para convencernos de esta verdad, basta tener presente que la fianza puede garantizar las obligaciones de los menores, de los incapacitados y la de la mujer casada que contrata sin el consentimiento del marido, que no pueden obligarse válidamente; lo que hace suponer que el consentimiento del deudor no es necesario para la validez de la fianza, pues si fuera así, la intervención de esas personas la viciaría, como vicia la obligación principal.

Por más que la fianza sea un contrato accesorio, crea una obligación nueva en la que sólo interviene una de las partes que celebró la obligación principal, y por lo mismo, no le causa ningún perjuicio á la otra parte, sino un beneficio.

Tal es la razón por la cual se puede otorgar la fianza en favor de una persona estando presente ó ausente, con su consentimiento ó sin él, y aun contra su voluntad (Artículo 1,815, Cód. civ). ¹

La fianza puede recaer sobre toda obligación válida, y por consiguiente, puede constituirse para garantizar la obligación de otro fiador, esto es, puede constituirse no sólo en favor del deudor principal, sino en el de su fiador; pues aun cuando su obligación es accesoría, sin embargo, tiene una existencia distinta y puede considerarse como principal respecto del nuevo fiador y recibir el apoyo del crédito de éste (Art. 1815, Cód. civ). ²

1 Artículo 1,702, Código civil de 1884.

2 Troplong, Du cautionnement, n.º 132; Colmet de Santerre, tomo VIII, número 234; etc., etc.

Siendo la fianza un contrato accesorio, se infiere que su causa ú origen existe en la obligación principal, y por tanto que su existencia está subordinada á la eficacia y validez de ésta.

En consecuencia, todo vicio que afecta á la obligación principal refluye sobre la fianza y la vicia, y es, por lo mismo, nula cuando recae sobre una obligación que no es civilmente válida (Art. 1,818, Cód. civ).¹

La razón es perfectamente perceptible y está al alcance de todos, pues si se admitiera la validez de la fianza no obstante la nulidad del contrato principal, sería inútil la protección que la ley ha querido impartir al deudor concediéndole la acción de nulidad, toda vez que también se le concede al fiador que paga para obtener de él el reembolso; lo que daría por resultado el cumplimiento de la obligación nula.

De aquí proviene la facultad que tiene el fiador de oponer las excepciones que son inherentes á la obligación principal, y la excepción del principio que acabamos de establecer, según la cual, es válida la fianza en el caso de nulidad de la obligación sobre que recae procede de incapacidad personal del deudor, si el fiador ha tenido conocimiento de ella al tiempo de obligarse, y si la obligación principal es válida á lo menos naturalmente. En tal caso, la fianza subsiste aun cuando el deudor principal haga rescindir su obligación (Arts. 1,819 y 1,820, Cód. civ).²

¹ Artículo 1,705, Código civil de 1884.

Reformado en los términos siguientes:

«Es nula la fianza que recae sobre una obligación nula.»

Esta reforma se hizo, porque no se reconoce en nuestra legislación de una manera expresa la división de las obligaciones en civiles y naturales, y no definiéndose por lo mismo ni unas ni otras, se reformó el artículo refiriéndose tan sólo á «obligaciones válidas,» sin agregar que la validez sea civil ó natural, pues para la ley civil no puede haber obligaciones válidas de diversas especies, sino válidas ó inválidas. Además habría sido necesario definir la validez civil y la natural, cuya distinción es vaga y expuesta á dudas. (Notas comparativas del Lic. Macedo).

² El Código de 1884 suprimió los preceptos contenidos en los artículos 1,819 y 1,820 del de 1,870, por las razones expuestas en la nota precedente.

Las observaciones que hacemos en el texto de la lección á que esta nota se refiere demuestran la justicia de la supresión de los preceptos aludidos.

El principio aludido y la excepción que acabamos de establecer se fundan en la equidad y la justicia, pero los preceptos legales que los sancionan están concebidos en términos verdaderamente deplorables, que los hacen dignos de una crítica severa.

Ese defecto proviene en parte de falta de claridad, y en parte de falta de precedentes que justifiquen y hagan comprensibles los términos del precepto que exige para la eficacia y validez de la fianza, que recae sobre una obligación *civilmente válida*.

En efecto: al hacer el Código civil la enumeración de las diversas especies de obligaciones y la explicación de sus efectos jurídicos, no comprende entre ellas las naturales; de donde se infiere con entera justicia, que no reconoce esta especie de obligaciones, no les atribuye ningún efecto jurídico, y que ha proscrito la distinción que hacían el derecho Romano y la antigua legislación patria entre las obligaciones civiles y las naturales.

Pero no es así, pues si realmente no hace el Código la enumeración de las obligaciones naturales, no por eso desconoce su existencia, y es la razón por la cual establece por regla general que la fianza sólo puede recaer sobre una obligación civilmente válida, y que aun cuando no revista esta cualidad según las leyes, la tenga según los principios del derecho natural. Esto es, que la obligación principal debe ser válida en todo caso, según las leyes positivas ó según las naturales, ó lo que es lo mismo, según los principios de la equidad.

Pero aun cuando encontremos muy censurable la ley sobre este punto, no la juzgamos tanto como en otro que importa una contradicción notoria, que no puede conciliarse ni disculparse de ninguna manera.

En efecto: los artículos 1,819 y 1,820 del Código que sancionan la excepción aludida, se hallan en abierta contradicción con los artículos 516, 214 y 215, que declaran,

que los actos y contratos celebrados por los incapaces sin la intervención de sus tutores y por las mujeres casadas sin la del marido, ó sin licencia judicial, son nulos, y que la acción de nulidad sólo puede ejercerse por los interesados ó por sus legítimos representantes, pero no por las personas con quienes contrataron, *ni por los fiadores* y conjuntos.¹

Hay, pues, entre estos preceptos la misma contradicción que existe entre los artículos 1,789, 516, 214 y 215, que hemos hecho notar en el artículo IV de la lección precedente, y adolecen del mismo defecto que el primero de esos preceptos, que permite alegar la nulidad de la obligación á persona distinta de la obligada, si no tuvo conocimiento de la incapacidad de ésta al tiempo de celebrar el contrato; pues impone al fiador la obligación de probar un hecho negativo.²

Finalmente: es también censurable la excepción que contienen los artículos 1,819 y 1,820, porque se halla en abierta pugna con el principio que sanciona el artículo 1,840, que declara, que el fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes á la obligación principal; mas no las que sean personales del deudor.³

Esta contradicción se hace palpable, por decirlo así, teniendo presente que la nulidad que proviene de la incapacidad de uno de los contratantes no es inherente á la obligación, sino un privilegio personal concedido por la ley en favor de los incapaces. De donde se infiere, que sólo la pueden oponer ellos, y que no debe hacerse extensivo á los fiadores, en cuyo beneficio no pensó la ley, ni aun á pretexto de su ignorancia de la incapacidad del deudor; porque se ampliaría una facultad odiosa, como todo privilegio, á personas cuya conducta es sospechosa de dolo ó de negligencia, pues han debido saber la condición de aquél, con perjuicio de los

1 Artículos 423, 203 y 204, Código Civil de 1,884.

2 Página 392 de este volumen.

3 Artículo 1,724 Civil de 1,884.

intereses sociales, que viven bajo la égida de la validez y el cumplimiento de los contratos.

En apoyo de nuestra crítica invocamos las siguientes palabras, que tomamos de la Exposición de motivos, que indican claramente la existencia del error que reprochamos.

“Siendo la fianza una obligación accesoria y que sólo sirve para garantir á otra, es preciso que ésta sea válida y que aquella no se extienda á más que la que garantiza. Es conveniente, sin embargo, que la fianza subsista cuando la nulidad provenga de incapacidad, tanto para evitar el abuso que de otra suerte pudiera cometerse en fraude de los acreedores, ocultándose la menor edad del deudor, cuanto porque si la obligación principal es válida por otros principios, no debe abrirse la puerta para que el incapaz se aproveche á costa del acreedor. En estos casos, el fiador tiene contra sí la presunción de complicidad en la infracción de la ley.”

De la naturaleza esencialmente accesoria de la fianza se infiere, que no puede tener por objeto una prestación diferente de aquella sobre que recae la obligación principal, exceder su importe, ni contraerse bajo condiciones más onerosas; porque en todos estos casos carecería de causa la obligación del fiador, supuesto que es, según la define el artículo 1,813 del Código, la obligación que una persona contrae de pagar ó cumplir por otra, si ésta no lo hace; y que entregar ó hacer una cosa distinta de la prometida, no es llenar el deber que se impuso el deudor principal.

Además, sería absurdo y contrario al buen sentido que lo accesorio tuviera más extensión é importancia que lo principal por cuyo motivo dice la Instituta, *non plus in accetione potest esse quam in principali re.*¹

Por el contrario, nada impide que la fianza comprenda menos que la obligación principal y que contenga condiciones menos onerosas que ésta, porque como dice Troplong,

1 Libro 3, tít. 20, pár. 5.

la parte está comprendida en el todo, y aun cuando el fiador sólo acepta en parte la obligación, sin embargo, se adhiere á lo que debe el deudor.¹

Estos principios, sancionados por el derecho Romano y transmitidos hasta nosotros, han sido reproducidos por el artículo 1,822 del Código que declara, que la fianza puede comprender menos, pero no puede extenderse á más que la obligación principal, ya en cuanto á la sustancia de la prestación, ya en cuanto á las condiciones onerosas que contengan.²

¿Pero qué efecto jurídico se producirá en el caso de que la fianza se extendiere á más que la obligación principal?

El artículo 1,823 del Código resuelve esta cuestión, declarando que en tal caso queda la obligación del fiador reducida de pleno derecho á los mismos términos que la del deudor.³

Al establecer el Código este principio ha aceptado la misma teoría que sanciona la ley 7.^a tít. 12, Partida 5.^a en su primera parte, y se ha separado por completo de los principios del derecho Romano, que declaraban la nulidad de la obligación del fiador en el caso propuesto, fundándose en que la fianza era un contrato de extricto derecho que se contraía bajo la forma solemne de la estipulación, para cuya validez era necesario que la contestación del fiador aceptando la obligación fuera congruente con la pregunta del acreedor.⁴

La teoría aceptada por nuestro Código, que es la sancionada por las legislaciones modernas, es más justa y conforme á la razón, porque además de que está proscrita entre nosotros la distinción de contratos de buena fe y de extricto derecho, pues todos son de aquella especie, no puede inferirse del carácter esencialmente accesorio de la

1 Du Cautionement, núm. 117.

2 Artículo 1,707, Código Civil de 1,884.

3 Artículo 1,707, Código civil de 1884.

4 Ley 8, párrafo 7, tít. 1, lib. 46, D.

fianza otra cosa, sino que el fiador que se ha obligado á más que el deudor principal, no puede ser compelido por este exceso; pero no hay ningún obstáculo que impida que su obligación sea tan extensa como la de éste, porque obligándose por una cantidad mayor, es indudable que ha tenido voluntad de obligarse por lo menos por la que el deudor prometió.

El exceso de la obligación del fiador puede ser de cantidad, de tiempo, de lugar y de modo.¹

Hay exceso de cantidad cuando el fiador se obliga á pagar una suma mayor que el deudor principal; por ejemplo, si se obliga á pagar 3,000 pesos cuando el deudor debe solamente 1,000.

Hay exceso de tiempo cuando el fiador se compromete á satisfacer la obligación en un plazo más corto que el deudor principal; por ejemplo, en ocho días, cuando éste tiene seis meses para hacer el pago.

En este caso, como la obligación del fiador sería más onerosa que la principal, sería nulo el exceso de la fianza, y quedaría reducida al mismo plazo que aquella.

El exceso en el lugar existe, cuando el deudor se obliga á pagar en un lugar determinado y el fiador en otro que le es más gravoso é incómodo, que le obliga á mayor desembolso, y consiguientemente agrava su obligación. Por este motivo ordena el artículo 1,832 del Código civil, que el fiador sea requerido en el lugar en donde debe hacerse el pago, salvo convenio en contrario.²

Por último: hay exceso en el modo, cuando el fiador se obliga bajo condiciones más onerosas que el deudor principal. O como dice Rolland de Villargues, se contrae la obli-

1 Leyes 8, pár. 7, tít. 1, lib. 46 D, y 7, tít. 12, Partida 5.^a

2 Artículo 1,716, Código civil de 1884.

Reformado en los términos siguientes:

“El fiador será requerido en donde deba hacerse el pago de la obligación principal, salvo convenio en contrario.”

La reforma ha tenido por objeto dar mayor claridad al precepto aludido.

gación bajo condiciones más onerosas, siempre que por efecto de las cláusulas del contrato puede llegar el caso de que la obligación del fiador subsista aún cuando la del deudor se extinga.¹

Por ejemplo; cuando el deudor se obliga á pagar bajo condición y el fiador pura y simplemente.

El principio establecido por el Código, según el cual se debe reducir la fianza que excede de la obligación principal, es generalmente fácil en su aplicación; pues nada es más sencillo que igualar la obligación del fiador á la del deudor, si el exceso es en la cantidad, en el tiempo y en el lugar; pero no siempre hay la misma facilidad cuando consiste en el modo, muy especialmente si una de las obligaciones es pura y la otra alternativa.

Los autores suponen posible la existencia de los casos siguientes, que resuelven, fundados en los preceptos del derecho Romano, en los términos que á continuación se expresan.²

1.º Cuando el deudor debe una sola cosa y el fiador se ha obligado alternativamente á entregar esa misma cosa ú otra.

En este caso queda obligado el fiador á más que el deudor, ó á menos, según el aspecto bajo el cual se considere su obligación. Queda obligado á más porque tiene menos probabilidades de librarse de la obligación por la pérdida de la cosa debida, y á menos, toda vez que tiene facultad de entregar cualquiera de las cosas prometidas, eligiendo la de menos valor.

Fácil es comprender que en tal caso no puede convertirse en pura y simple la obligación del fiador, porque perdería la facultad de elegir; pero se puede quitar lo que tiene de oneroso sustituyendo la ventaja que resulta de aquel de-

¹ Dictionaire, ver. Cautionement, núm. 41.

² Etienne, Instituta, tít. 20, lib. 3, pár. 5; Gómez de la Serna, Instit tít. 20, lib. 3, pár. 5; Colmet de Santerre, tomo VIII, núm. 242, *bis* VIII, y siguientes.

recho, lo cual se obtiene si se convierte la obligación alternativa en una facultativa, porque entonces queda el fiador en todo caso deudor de la cosa objeto de la obligación principal, pero con la facultad de librarse entregando la otra.

2.º En el caso propuesto, pero perteneciendo al acreedor el derecho de elegir, sólo puede corregirse el exceso de la fianza en el modo, suprimiendo la alternativa y haciendo la obligación pura y simple como la del deudor principal.

3.º Cuando el deudor ha prometido dos cosas bajo alternativa, y el fiador una de ellas.

En este caso, tiene el fiador la ventaja de la posibilidad de la liberación por la pérdida de la cosa que prometió, y el deudor tiene la que le resulta de la facultad de elegir la cosa de menos valor, que tal vez no es la prometida por aquél.

Para que el fiador pueda gozar de esta ventaja es necesario, según la opinión de Colmet de Santerre, que, dejando subsistir su obligación sobre la cosa prometida por él, se le dé facultad de pagar la segunda cosa comprendida en la alternativa del deudor, ó lo que es lo mismo, es preciso hacer facultativa su obligación.¹

Pero cuando la facultad de elección corresponde al acreedor, no se puede convertir la obligación del fiador en una facultativa, pues realmente es menos onerosa que la del deudor principal.

Sin embargo, los principios de que nos hemos ocupado, no impiden que el fiador se obligue bajo condiciones más rigurosas; por ejemplo, constituyendo una hipoteca ó una prenda, sin que por esto se entienda que se agrava su condición y que la hace más onerosa que la del deudor; porque la constitución de estas garantías sólo le da al acreedor el derecho de preferencia sobre los demás acreedores, pues teniéndolas ó no, puede perseguir los bienes de aquél para pagarse con su valor.²

¹ Tomo VIII, núm. 242, *bis* X.

² Laurent, tomo XXVIII, núm. 168.