

ceptos citados no permiten hacer distinción de ninguna especie.

El fiador solidario que paga, tiene derecho de reclamar á los demás la parte que les corresponda; y el que no es solidario, sólo tiene acción contra el deudor por la parte que haya pagado (Art. 1,858, Cód. civ.)¹

Este principio no es más que la reproducción del que establece el artículo 1,523 del Código, según el cual, el deudor solidario que paga por los otros, debe ser indemnizado por ellos, cuyo estudio hicimos en el artículo VIII, lección segunda de este tratado, sosteniendo que la obligación que es solidaria respecto del acreedor y los deudores, es simplemente conjunta respecto de los deudores entre sí y los constituye sólo responsables de la parte de la deuda que á cada uno corresponde.²

Claro es que, si la fianza no es solidaria sino simplemente conjunta, el fiador sólo tiene derecho para exigir del deudor que le reembolse de la parte que con tal calidad haya pagado, supuesto que la acción que le otorga la ley únicamente tiene por objeto restituirle la cantidad que hubiere pagado é indemnizarle de los perjuicios que hubiere sufrido, pero no concederle los medios de alcanzar un lucro indebido é injusto á expensas del deudor principal.

Por lo demás la sanción de este principio es inútil; supuesto que es la repetición del precepto contenido en el artículo 1,861 del Código, que ordena, por regla general, que el fiador que paga, debe ser indemnizado por el deudor.³

Cuando son dos ó más los deudores solidarios de una misma deuda, el fiador puede pedir de cualquiera de ellos la totalidad de lo que hubiere pagado; porque según los principios, que hemos explicado ya, que rigen la solidaridad, cada

¹ Artículo 1,742, Código civil de 1,884.

² Página 155.

³ Artículo 1,745, Código civil de 1,884.

uno de los deudores solidarios está obligado por toda la deuda, como si fuera el único deudor, y, por consiguiente, el fiador de todos está obligado por cada uno de ellos como si fuera el único deudor del total de la deuda, y se subroga en el lugar del acreedor por el importe de aquél contra todos y cada uno de ellos.

Pero el fiador no goza del derecho de hacerse reembolsar por el deudor principal, sino á condición de que le dé noticia del pago que hace, porque pudiera suceder que tenga excepciones que oponer al acreedor, que le exoneren de la obligación, y no es justo que se perjudiquen sus intereses con el pago de una cantidad indebida por la negligencia de aquél.

Así, pues, si el fiador hace el pago sin ponerlo en conocimiento del deudor, puede oponerle todas las excepciones que podría alegar al tiempo de hacer el pago (Art. 1866, Código civil).¹

Tal sería, por ejemplo, el caso en que la fianza tuviera por objeto garantizar el pago del precio de una finca que hubiera sido el objeto de un juicio de evicción, y que, no obstante esta circunstancia, hubiera pagado el fiador aquel precio; pues en tal caso podía haberse libertado el deudor del pago, alegando la evicción.

Tal sería también el caso en que el deudor pudiera alegar la excepción de prescripción; pues el fiador carecía de facultad para privarle de ese derecho que le otorga la ley.

Si el deudor, ignorando el pago por falta de aviso del fiador, paga de nuevo, no puede éste repetir contra aquél sino solamente contra el acreedor, porque es justo que sufra las consecuencias de su negligencia (Art. 1867, Cód. civ.)²

Esta regla, fundada en la equidad y la justicia es, como puede comprenderse fácilmente, una derogación del derecho común, según el cual, por el pago hecho por el fiador

¹ Artículo 1,750, Código civil de 1,884.

² Artículo 1,751, Código civil de 1,884.

debería quedar libre de la obligación el deudor, y, por lo mismo, pagando á su vez hacía un pago indebido que le daba derecho para repetir del acreedor el importe de la deuda; y tal derogación tiene por objeto librarle de las molestias y gastos consiguientes del juicio y del peligro de la insolvencia de aquél, haciéndolos recaer sobre el fiador negligente, porque es justo que sufra las consecuencias de su conducta.

Fundados en los preceptos del derecho Romano, sostienen los autores que, en el caso contrario, cuando el deudor pague sin darle aviso al fiador y éste, ignorando tal hecho, hace el pago á su vez, que le compete la acción de mandato contra aquél para reembolsarse de la cantidad que indebidamente pagó, pero subrogándole en su acción contra el acreedor para que pueda repetir contra él por aquella cantidad.¹

Podría decirse que al pagar el fiador una deuda ya extinguida, no ha hecho nada en beneficio del deudor, y por tanto, que éste no le ayuda nada, y que debe ejercitar su acción por el pago indebido contra el acreedor.

Pero á esta objeción se contesta diciendo que el fiador debe ser indemnizado de todo lo que hubiere perdido con motivo de la fianza y sin su culpa, y que habiéndola en el caso propuesto de parte del deudor por no haberle dado un oportuno aviso para evitar el error en que incurrió, es justo que sufra las consecuencias exponiéndose á las molestias del juicio y al peligro de la insolvencia del acreedor.²

Sin embargo; otros autores sostienen, que en tal caso no tiene el fiador derecho alguno contra el deudor para obtener el reembolso, sino que le compete acción contra el acreedor por el pago indebido, ó por lo menos, que es muy discutible que tenga tal derecho, porque no hay una ley que establezca el principio á que nos referimos, y no puede admitirse la existencia de una obligación por razón de analogía.³

¹ Leyes 8. pár. 9, y 29, pár. 2. tít. 1, lib. 17 D.

² Leyes 15 y 20, tít. 1, lib. 17, D.

³ Duranton, tomo XVIII, núm. 357; Pout, tomo II, núm. 255; Laurent, tomo XXVIII, núm. 240.

La opinión de dichos autores, aunque relacionada con el derecho Francés, puede aplicarse al nuestro, porque, como aquél, guarda silencio acerca del caso propuesto; esto es, no contiene ningún precepto que expresa ó implícitamente se ocupe de él.

La teoría que hemos expuesto y que ha motivado las observaciones precedentes ha sido tradicional entre nosotros y de observancia práctica antes de la vigencia del Código civil, como puede verse en el Diccionario de Escriche, en la palabra "*Fianza*," párrafo III, en donde también sostiene este jurisconsulto que tal teoría no puede tener aplicación cuando el fiador se obligó por el deudor principal sin noticia de éste, pues malamente podía dar aviso del pago á un fiador á quien no conocía; y que lo mismo tiene lugar, si éste hizo el nuevo pago espontáneamente y sin ser reconvenido para ello por el acreedor.

Por nuestra parte, creemos que el silencio de nuestro Código sobre este punto importante puede ser suplido por la aplicación de dicha teoría, que se funda en los preceptos del derecho Romano, sancionados, antes de ahora, por la jurisprudencia, toda vez que no pugna con los preceptos de aquél y que facilita los medios de resolver de una manera equitativa y justa una cuestión tal vez frecuente en la práctica.

Como nadie está obligado á lo imposible, es claro que si el fiador hace el pago en virtud de un fallo judicial, y por hallarse ausente á gran distancia el deudor, por ignorarse su paradero, ó por otra causa semejante deja de darle el aviso respectivo, no pierde su derecho para exigirle el reembolso y la indemnización respectiva, á no ser que á sabiendas hubiere dejado de oponer las excepciones que tenía el deudor, que habrían destruido la acción del acreedor, pues tal omisión hace presumir que obró fraudulentamente y con el objeto de perjudicar al deudor.

Pero esta regla no tiene aplicación cuando el fiador se abstiene de oponer las excepciones que son exclusivamente

personales del deudor, por ejemplo, la menor edad de éste; y otras semejantes; pues en tales casos tiene derecho para exigir el reembolso y la indemnización.

Este principio, que debe su origen al derecho Romano y fué reproducido por la ley 15, tít. 12, Partida 5.^a ha sido sancionado por el artículo 1,868 del Código civil, que declara, que si el fiador ha pagado en virtud de fallo judicial, y por motivo fundado no pudo hacer saber el pago al deudor, éste queda obligado á indemnizar á aquél, y no puede oponerle más excepciones que las que son inherentes á la obligación y que no hubieren sido opuestas por el fiador, teniendo conocimiento de ellas. ¹

En consecuencia: podemos establecer que, según este precepto, el fiador está obligado á oponer al acreedor todas las excepciones de que tuviere conocimiento, menos las personales del deudor; y que si falta al cumplimiento de ese deber, puede rechazar éste su acción para el reembolso de la cantidad que pagó, oponiéndole las excepciones que dejó de alegar á sabiendas, siempre que sean inherentes á la obligación, esto es, que se refieran á su esencia y validez, como la de nulidad del contrato, etc.

A primera vista puede parecer absurdo que el deudor pueda oponer al fiador las mismas excepciones que habría podido alegar contra el acreedor; pero la más ligera reflexión basta para hacer patente la justicia de la determinación de la ley, porque nos hace recordar que el fiador que paga se subroga en todos los derechos del acreedor, así como en todas sus obligaciones, y por lo mismo, que el deudor puede oponerle las mismas excepciones que á aquél, en cuyo lugar se ha sustituido.

Si la deuda fuere á plazo ó bajo condición y el fiador paga antes de que ésta ó aquél se cumplan, no puede cobrarla del deudor sino cuando fuere legalmente exigible, porque

¹ Artículo 1,752, Código civil de 1,884.

haciendo el pago anticipado le priva del beneficio que le resulta de la concesión del plazo ó convierte en pura una obligación condicional, que aun se ignora si llegará á ser exigible, por estar pendiente del verificativo de un acontecimiento incierto, y no puede por el solo efecto de su voluntad privarle de un derecho y empeorar su condición con perjuicio de sus intereses.

Así pues, si el fiador paga antes del vencimiento del plazo ó antes del cumplimiento de la condición, carece de derecho para pretender el reembolso del deudor y tiene que diferir su pretensión hasta que el primero se venza ó que la segunda se cumpla.

La ley no sólo ha provisto á los intereses del fiador para resarcirle de los daños y perjuicios que hubiere sufrido, haciendo el pago de la deuda, sino que también le ha otorgado un recurso para precaverlos y evitarlos antes de que se le causen.

A este fin, y reproduciendo los principios del derecho Romano, sancionados por nuestra antigua legislación, declara el artículo 1,870 del Código civil, que el fiador puede, aun antes de haber pagado, exigir que el deudor asegure el pago ó le releve de la fianza en los casos siguientes: ¹

- 1.º Si fuere demandado judicialmente por el pago:
- 2.º Si el deudor sufre menoscabo en sus bienes, de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente:
- 3.º Si pretende ausentarse de la República:
- 4.º Si se obligó á relevarle de la fianza en tiempo determinado, y éste ha trascurrido.
- 5.º Si la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo:

En este caso puede también exigir el fiador que el acreedor proceda contra el deudor principal ó contra el mismo fiador admitiéndole el beneficio de excusión si tuviere lugar;

¹ Leyes 38 y 56, tít. 1, lib. 17, D, 10, tít. 35, lib. 4, C., y 14, tít. 12, Part. 5.^a

y si el acreedor no demanda al deudor ni al fiador, dentro de sesenta días, contados desde la fecha en que se haga el requerimiento, queda éste libre de la obligación, porque no debe depender del capricho del acreedor el ejercicio de su acción, exponiendo al fiador á que por su negligencia se haga insolvente el principal obligado y le prive de toda posibilidad de reembolso (Arts, 1,871 y 1872, Cód. civ).¹

6.º Si han trascurrido diez años, no teniendo la obligación principal termino fijo, y no siendo la fianza por título oneroso.

Varias razones dan los jurisconsultos para fundar esta determinación de la ley, las cuales vamos á exponer en compendio.

Para lograr su intento, equiparan la situación del fiador y del deudor con la del mandatario y el mandante, y sostienen, que así como el mandatario no está obligado á despojarse de sus bienes para la ejecución del mandato, y que puede exigir del mandante que le ministre los fondos necesarios, de la misma manera no está obligado el fiador á sufrir tan grave perjuicio sin tener derecho de exigir del deudor que le salve del peligro que le amenaza, satisfaciendo al acreedor por los medios que encontrare convenientes ó relevándole de la fianza.

Sostienen también, que el fiador se ha obligado á satisfacer la obligación en defecto del deudor pero que no ha autorizado á éste para que le estreche al cumplimiento de ese deber, que sólo puede exigirle el acreedor; y que equivaldría á tanto como otorgarle tal derecho, si el fiador no pudiera compelerle en los casos indicados á asegurar el pago ó á relevarle de la obligación.

Por último: dicen que el fiador no se ha obligado con el deudor á pagar por él, á erogar los gastos ni á ministrarlos que demande la excusión, sino que se ha obligado con el

¹ Artículos 1,755 y 1,756, Código civil de 1,884.

acreedor, y por lo mismo, cuando se ve en peligro de pagar la deuda y de erogar esos gastos, le causa la fianza un perjuicio actual, y como es un principio legal aquel que establece que el fiador no debe sufrir pérdida alguna, de aquí proviene la acción que le otorga la ley.¹

La mente de ésta al otorgar al fiador el derecho de exigir al deudor que asegure el pago ó le releve de la fianza es libertarle del peligro inminente de un perjuicio en sus intereses, presumible, con justicia en los casos que expresa.

Como la acción que compete al fiador en los casos señalados por el artículo 1,870 del Código se funda sólo en el favor y en consideraciones especiales de equidad respecto de aquél, se infiere que tal acción no puede extenderse por analogía á otros casos fuera de aquellos, y por tanto, que la enumeración que hace aquél precepto es limitativa.

V

De los efectos de la fianza con relación á los fiadores entre sí.

Hasta aquí hemos considerado los efectos de la fianza bajo el supuesto de que sea constituida por una sola persona, pero puede otorgarse también por varios individuos garantizando una misma obligación, por lo cual se hace preciso examinar los que le atribuye la ley en ese caso con respecto á los mismos fiadores entre sí.

Ya hemos visto que, según el artículo 1,857 del Código, cuando son varios los fiadores de un deudor por una sola

¹ Pont, tomo II, nums. 68 y 85; Ponsot, núm. 264.