

1.234. Creemos haber aclarado lo que antes dijimos, esto es, que el contrato de anticresis, en lo concerniente á su eficacia y á las acciones inmobiliarias que de él pueden derivarse sobre la finca dada en anticresis, debe estar sometido á la *lex rei sitae*. Para todas las cuestiones acerca de la autoridad de la ley reguladora remitimos al lector al lugar citado.

CAPÍTULO XII

Del contrato de fianza.

1.235. Del contrato de fianza y de las relaciones que de él se derivan.—**1.236.** De la ley que debe regir la fianza legal y la judicial.—**1.237.** Cómo se distinguen las relaciones que se derivan de la fianza para determinar la ley reguladora.—**1.238.** Cómo puede aplicarse la regla *locus regit actum*.—**1.239.** Ley que debe regir la naturaleza y el carácter del acto y de los efectos que se derivan de la fianza.—**1.240.** Ley que debe regir el contenido de la relación contractual.—**1.241.** De la obligación del fiador y de la ley que debe regir las acciones y las excepciones correspondientes.—**1.242.** Efectos de la fianza en sus relaciones con el deudor garantido.—**1.243.** Efectos de la misma en las relaciones entre varios fiadores.

1.235. El contrato de fianza es una convención mediante la cual asume uno, respecto del acreedor, la obligación de satisfacer el compromiso del deudor de aquél si el mismo no lo cumple.

Las relaciones que se derivan de este contrato no son las mismas que las procedentes de aquél por el que uno se obliga para con otro prometiendo el hecho de una tercera persona. El que promete la intervención de otro es un deudor principal, el cual asume la obligación para con aquél á quien ha hecho la promesa; pero la relación contractual queda limitada al que promete el hecho ó intervención de otro, y el acreedor á quien haya hecho la promesa. En virtud de esta relación, el que promete queda obligado; y cuando no consiga que el tercero se decida á intervenir, podrá ser obligado á pagar una indemnización á aquél con quien se obligó; pero siendo el tercero completamente extraño al asunto, no queda obligado, ni respecto del que prometió,

ni del acreedor. Tal sería el caso prescrito en los arts. 1.119 y 1.120 del Código civil francés (1), los cuales disponen que nadie puede estipular ni obligarse sino en su nombre propio y por sí mismo; sin embargo, puede obligarse uno para con otro prometiéndolo el acto de un tercero; pero tal promesa sólo da derecho á una indemnización en favor de aquél á quien se ha prometido, si el tercero se niega á ratificar la promesa ó á cumplir la obligación de que se trate.

El contrato de fianza, por el contrario, lleva consigo relaciones contractuales entre el acreedor y el fiador y entre éste y el deudor principal por parte del cual puede suponerse, ó que intervenga un mandato expreso ó un mandato tácito, según que la fianza se haya prestado á petición del deudor ó á sabiendas de éste por serle cosa grata, y cuando falten ambas cosas, debe admitirse por lo menos entre el deudor y el fiador la relación que se deriva del *negotiorum gestio*.

1.236. La fianza puede derivarse también de la ley y puede en ciertos casos ser impuesta por el Magistrado. La primera tiene lugar cuando el legislador impone como condición para el ejercicio de ciertos derechos que se dé una seguridad. Esto sucede, por ejemplo, respecto de aquel que pide que se le admita en la posesión temporal de los bienes de un ausente, y al cual impone el legislador como condición para obtener la posesión que preste caución para la seguridad de la administración (artículo 120 del Código civil francés y 26 del italiano). Lo mismo sucederá respecto del extranjero que quiera hacer valer judicialmente sus derechos en Francia, y al que se le exige la caución *judicatum solvi*. También el usufructuario tiene obligación de dar fianza de que gozará la cosa como un buen padre de familia, si quiere ejercitar en Francia del derecho de usufructo, á no habersele dispensado de ello expresamente por el título (art. 601 del Código civil francés y 497 del italiano).

Esta especie de caución es necesaria en el sentido de ser impuesta por la ley, y no entra de lleno en el presente tratado, que sólo se ocupa de la fianza convencional ó consensual. Por lo de-

(1) Véanse arts. 1.128 y 1.129 del Código civil italiano.

más, claro es que aquélla debe depender exclusivamente de la ley bajo el imperio de la cual se haya realizado el acto jurídico ó se quiera comenzar la empresa para que la ley allí vigente exige la caución.

Tampoco debemos ocuparnos de la fianza judicial, la cual puede imponerse por el Juez, y debe regirse por las reglas relativas al orden del juicio, *ordinatoria litis*.

1.237. Vamos á ocuparnos exclusivamente de la fianza convencional, esto es, de aquella que tiene su fundamento en el contrato, según antes la hemos definido, proponiéndonos determinar la ley que debe regular las relaciones que de ella se derivan.

Comenzaremos por observar que la fianza convencional, ya sea anterior ó posterior al contrato celebrado entre el deudor y el acreedor, puede considerarse siempre como un asunto distinto en el sentido de que no existe ni viene á ser efectiva, sino por virtud del contrato celebrado entre el fiador y el acreedor; y bajo este punto de vista decimos que debe considerarse como un contrato distinto del estipulado entre el acreedor y el fiador. Aun en el caso de que éste hubiese asumido en el contrato principal la obligación de prestar seguridad mediante la constitución de un fiador, la fianza prestada posteriormente deberá considerarse como un asunto distinto que en tanto podrá subsistir en cuanto lo haya realizado voluntariamente el que haya dado la fianza.

En efecto, el que haya prestado la fianza, deberá reputarse como tercero respecto de la pactada constitución de caución, y no será responsable sino cuando efectiva y actualmente se haya obligado él mismo como fiador. Mas como el objeto de la fianza consiste en asegurar el cumplimiento de la obligación del deudor, comprometiéndose á satisfacerla cuando éste no lo haga, por esto, teniendo en cuenta el contenido del contrato, es evidente que la obligación del fiador es accesoria de la del deudor principal, y, por tanto, atendiendo únicamente á su objeto, sólo puede aquélla subsistir mientras subsista la obligación principal, que no puede exceder de lo debido por el deudor, el cual ha de seguir la suerte de la obligación principal y quedar extinguida cuando aquélla se extinga. En una palabra, como el objeto de la fianza

se resume en el deber de satisfacer la obligación del deudor si éste no la cumple, faltaría la causa de la misma si pudiera subsistir á pesar de que ya no exista la obligación principal.

Teniendo en cuenta la distinción hecha, es fácil determinar la ley que debe regir este contrato y los efectos que de él se derivan. La fianza considerada como asunto independiente y distinto debe estar sometida á las reglas que rigen los demás contratos realizados bajo el imperio de una ley determinada. Teniendo, pues, en cuenta que la obligación del fiador es accesoria á la del deudor principal, y que el objeto de esta obligación consiste en satisfacer aquélla si el deudor no la satisface, toda cuestión respecto del contenido de la obligación de que se trata dependerá de la ley misma que debe regir la obligación principal y sus efectos.

1.238. Prescindiendo de la capacidad de las personas que pueden prestar válidamente caución, y la cual ha de depender del estatuto personal (1), deberá también aplicarse á la fianza la regla *locus regit actum* para todo lo concerniente á la forma del contrato, á su validez y á su eficacia.

Por consiguiente, tratándose, por ejemplo, de un contrato de fianza celebrado en Italia, no puede admitirse resolución contractual si no se ha hecho expresa manifestación de voluntad de prestar caución con arreglo á lo dispuesto en el art. 1.902 de nuestro Código, la cual significa que no puede aceptarse relación de fianza sin voluntad manifiesta; pero como las obligaciones personales pueden probarse por documento escrito y por los demás medios permitidos en derecho, deben admitirse las reglas generales en cuanto á la prueba de los contratos para decidir respecto del de fianza hecho en Italia, todo lo referente á garantir una obligación principal asumida mediante contrato hecho en otro país.

(1) Todos aquellos que son incapaces de contratar con arreglo á su ley personal, ni los interdictos ni las mujeres casadas, no pueden comprometerse válidamente como fiadores. El valor, pues, de la obligación personal asumida por la mujer que ha garantizado la obligación contraída por su marido, deberá decidirse con arreglo á la ley que deba regir las relaciones de familia.

Por la misma razón deberá decidirse, con arreglo á la ley italiana, toda cuestión acerca del valor jurídico de ciertos actos si se pretende hallar en ellos el carácter de fianza. En el supuesto, por ejemplo, de que un representante de casas extranjeras que haya venido á Italia celebre contratos en nombre de sus representados, y que un tercero dé informes ó seguridades de la solvencia del deudor, y se quiera discutir si tales recomendaciones ó seguridades constituyen ó no una fianza, esta cuestión, acerca del valor jurídico del acto, deberá decidirse con arreglo á la ley italiana por virtud del principio *locus regit actum*, á la vez que por el precepto sancionado por el art. 1.902 del Código civil italiano.

La regla *locus regit actum* será también aplicable en el caso de fianza consentida en Italia para determinar el valor de la caución indefinida ó de la que excediese de la deuda, la cual sería válida únicamente en la medida de la obligación principal con arreglo á lo dispuesto en el art. 1.900.

1.239. Con la misma regla deberá decidirse en el caso propuesto, si pactándose una retribución por la fianza perdería ésta su carácter y su naturaleza. Según Pothier, la caución implica siempre un beneficio para el deudor, por lo que han querido algunos establecer que la fianza es un contrato de beneficencia. En efecto, considerando aquélla desde el punto de vista de sus efectos respecto del acreedor, puede incluirse el contrato entre los de beneficencia, en el sentido de que el acreedor obtiene mayor seguridad para su crédito sin ningún beneficio para el fiador.

Es cierto, además, que, sin la fianza, no habría contratado con el deudor principal. De cualquier modo hay que admitir que el fiador presta á éste un servicio gratuito, y que perdería su carácter la fianza si el acreedor prometiese, para obtenerla, una compensación al fiador en compensación del riesgo y la responsabilidad que asume, en la posible insolvencia del deudor, porque aquélla cambiaría la fianza en una especie de seguro estipulado por el acreedor que sería el asegurado. En las relaciones entre el fiador y el deudor garantido nada obsta á que éste estipule una retribución como compensación del servicio que presta,

y según la ley italiana no perdería su naturaleza ni su carácter de fianza por la estipulación de un beneficio por el fiador que fuera pagado por el deudor garantido.

En todo caso habrá que referirse siempre á la ley del lugar *quo negotium gestum est* para decidir si el acto es ó no una fianza, y si por las circunstancias de hecho debe admitirse ó no que ha perdido su carácter y su naturaleza.

También la cuestión que puede surgir acerca de si la obligación que se deriva de la fianza pasa ó no al heredero del fiador, deberá decidirse con arreglo á las leyes que rigen la transmisión de derechos y de obligaciones al sucesor á título universal de dicho fiador.

Así también si los acreedores del fiador quisiesen impugnar el contrato aduciendo como razón que la obligación por él asumida puede ocasionarles un daño, y que debe considerarse hecha en fraude de sus derechos, esta cuestión debería decidirse teniendo presente la ley que debe regir las acciones entre los acreedores y su deudor, cuando éste haya querido prestar una fianza. Suponiendo esta acción sometida á la ley italiana y dado el caso de que los títulos de crédito deban depender de nuestra ley, sostenemos que así como el contrato entre el fiador y el acreedor no pudiera considerarse, por las razones anteriormente expuestas, como hecho á título oneroso, sería suficiente probar el fraude por parte del fiador para promover y obtener la revocación de la fianza con arreglo á lo prescrito en el art. 1.235 de nuestro Código civil (1).

De aquí concluimos que la fianza convencional, en cuanto puede considerarse como un asunto subsistente por sí y distinto, debe estar sometida á las mismas reglas que toda relación contractual, y que, aparte de la capacidad del garante, en lo concerniente á la forma, naturaleza, esencia y eficacia de la misma, debe aplicarse la regla *locus regit actum*.

1.240. Pasemos ahora á examinar lo concerniente al contenido de la relación contractual y á determinar la ley á que debe estar sometida.

(1) Véase el art. 1.167 del Código civil francés.

Ya hemos dicho que la del fiador es una obligación realmente accesoria á la del deudor principal y que debe, por consecuencia, seguir la suerte de ésta, de donde resulta con toda claridad, que el contenido de la obligación del fiador deberá determinarse con arreglo á la ley que deba regir la obligación del deudor principal.

Por consiguiente, en la hipótesis de que la fianza se haya prestado en país distinto, deberá decidirse con arreglo á la ley que rija la obligación principal si la deuda existe, la posibilidad de ser garantida y la extensión y el valor de la obligación misma, teniendo siempre en cuenta el principio de que la obligación accesoria se funda en la del deudor principal cuando no se haya declarado expresamente querer limitarla á parte de la misma; y teniendo siempre presente que aquélla debe seguir la suerte de la obligación principal, se deduce que debe permanecer sometida á la ley que rija la misma según la conocida regla de derecho *«cum causa principalis non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habet»* (1). Deberá, pues, decidirse con arreglo á dicha ley si la fuerza debe ó no reputarse subordinada á cualquier condición.

Aun cuando el fiador se haya obligado pura y simplemente, en el supuesto de que la ley bajo la cual se obligue el deudor principal deba reputarse condicionada su obligación, habrá de considerarse lo mismo la del fiador. Deberá, pues, decidirse según la *lex loci contractus principalis*, cuándo puede considerarse cumplida la condición, y el valor de la obligación durante el término para la comprobación de la condición, y si la obligación del fiador subsiste ó debe considerarse extinguida á consecuencia de la extinción de la obligación principal por confusión, novación ó de cualquier otro modo, ó cuándo debe reputarse inexistente ó nula por inexistencia ó nulidad de la acción principal. De aquí que, según la ley bajo cuyo imperio se haya contraído esta obligación, deberá admitirse una acción de nulidad sólo en interés del incapacitado; pero no podrá subsistir la fianza (como sucede, por ejemplo, bajo el imperio de la ley italiana

(1) L. 178 Dig., *De regulis juris*.

que permite prestar la fianza para una obligación contraída por un menor), deberá reputarse eficaz dicha fianza, debiendo decidirse siempre según la ley reguladora de la acción principal, cuándo ésta deberá reputarse válida ó inexistente, y cuáles sean las obligaciones que puedan garantizarse mediante la fianza (1).

1.241. Vamos ahora á ocuparnos de los efectos de la fianza.

La obligación del fiador es una obligación personal; pero así como los derechos y las acciones que el acreedor adquiere respecto de aquél deben determinarse según la ley que rija el contrato principal, asimismo no puede llegar el caso de aplicar la ley del lugar en donde se preste la fianza (si ésta se hubiese estipulado mediante contrato celebrado en país distinto), ni la del domicilio del fiador, sino la que deba regir el contenido de la obligación. Lo mismo debe suceder con el beneficio de excusión ó del orden, admitido según las diversas leyes.

Con arreglo al derecho vigente anteriormente en la Novela IV de Justiniano, podía el acreedor exigir del fiador el pago de cuanto le era debido sin obligación de dirigir la acción contra el deudor principal.

Jure nostro, dice Antonino Caracalla, *est potestas creditoris, relicto reo, eligendi fidejutores, nisi inter contrahentes alliud placitum doceatur* (2). Lo mismo establecieron los emperadores Diocleciano y Maximiano. Justiniano, por el contrario, concedió á los fiadores la excepción por virtud de la cual podían rechazar la acción del acreedor y pedir que se dirigiera primero contra el deudor principal (3). Las legislaciones modernas han sancionado reglas uniformes relativas á esta materia. El Código austriaco dispone lo siguiente en su artículo 1.355: «Por

(1) El art. 1.899 del Código civil italiano dispone que «la fianza no puede existir sino fundándose en una obligación válida»; pero puede prestarse aunque pueda ser anulada por virtud de una excepción meramente personal al obligado, como en el caso de minoridad, por ejemplo.

(2) L. 5, VIII, 49.

(3) Nov. IV, cap. I.

regla general, el fiador sólo puede ser demandado cuando el deudor principal, después de un llamamiento judicial ó de una reclamación extrajudicial del acreedor, no haya cumplido su obligación».

El legislador italiano admite también el beneficio de excusión ó de orden para el pago de las deudas garantidas mediante caución, pero en el sentido de que el fiador no esté obligado á pagar al acreedor sino á falta del deudor principal, en el que debe hacerse previamente la excusión, mas no impone al acreedor la obligación de citar primero al deudor dirigiendo su acción contra él para volverla después contra el fiador, sino que permite á éste instar en las primeras actuaciones del pleito contra él promovido, para que el acreedor haga primeramente la excusión del deudor principal (1).

Boullenois considera el beneficio de excusión como una excepción personal contra la acción, y opina que debe regirse por la ley del domicilio de la persona. Añade, sin embargo, que si la *lex loci contractus* admite tal beneficio, el que debe pagar puede gozar de él aun cuando no sea reconocido por la ley de su domicilio, por la razón de que debe ser preferida la ley más favorable al deudor (2).

Nosotros, por el contrario, opinamos que todo debe depender de la ley que haya de regir el contenido de la obligación, porque sabido es que el beneficio de excusión forma parte del valor y extensión de la obligación asumida por el fiador, y así como el derecho del acreedor respecto de la obligación vale tanto como la acción que aquél pueda ejercitar contra éste, así también parece evidente que la misma ley que rija el contenido de la obligación deberá regir también las acciones y las excepciones que de ella se deriven, y de conformidad con la misma ley deben determinarse las excepciones que el fiador pueda proponer, sin que creamos necesario entrar en más amplios detalles sobre este punto.

(1) Arts. 1.907 y 1.909 del Código civil.

(2) Boullenois, *De la personnalité et de la réalité*, t. II, págs. 463, 475 y 476.

1.242. Los mismos principios deberán aplicarse al caso del fiador.

En lo concerniente á los efectos de la fianza respecto de las relaciones que de ella se derivan entre el deudor garantido y el fiador, debe aplicarse también la regla *locus regit actum* para determinar los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador, en cuanto el acto pueda considerarse como un asunto distinto. Ya se preste la fianza por consentimiento tácito ó por pacto expreso del deudor, ya sobrevenga sin que éste lo sepa, las relaciones deberán continuar sometidas á la regla *locus regit actum*, tratándose, en sustancia, de un mandato ó de una *negotiorum gestio*.

Así debe determinarse la extensión de todo derecho correspondiente al fiador contra el deudor por virtud del contrato de fianza, y, por consiguiente, la cuestión acerca del derecho á ser reembolsado de los intereses además de las sumas por él pagadas en sustitución del deudor y desde qué momento le sean debidas, los gastos que puedan repetirse y el resarcimiento de los daños, las circunstancias en las cuales puede el fiador proceder contra el deudor para que éste le releve de su obligación, etcétera, todo ello debe ajustarse á lo que determine la ley del lugar en donde las relaciones entre el deudor y el fiador tuvieron su origen mediante la fianza prestada. Lo mismo debe decirse respecto de las causas que pueden traer consigo la cesación de todo derecho. Conviene, en una palabra, aplicar las reglas relativas al mandato y á la *actio mandati vel contra* ó á la *negotiorum gestio*.

Así como el fiador puede fundar el derecho de subrogación legal en todas las razones pertenecientes al acreedor contra el deudor en el momento en que efectuó en lugar de éste el pago, este derecho debe estar sometido por completo á la ley misma que deba regir el contenido de la obligación principal y de la accesoria, sin que pueda llegar el caso de aplicar al ejercicio de este derecho la regla *locus regit actum*; y esto puede afirmarse, ya se trate de decidir si debe ó no admitirse la subrogación legal, ya de determinar los derechos y las pretensiones en las cuales el fiador puede ser subrogado y las limitaciones que á tales dere-

chos y pretensiones deban admitirse para poner á salvo el derecho de tercero.

Es evidente que así como la subrogación legal tiene lugar con arreglo á la ley llamada á regular el acto jurídico en virtud de la cual se concede, así también sólo puede derivarse de la ley que deba regir dicho acto; y ya hemos dicho que la fianza, como obligación accesoria con todos los compromisos y derechos correspondientes al fiador, debe estar sometida á la *lex loci contractus principalis* y no á la del país donde se prestó la fianza ni á la del domicilio del fiador.

1.243. Finalmente, para el efecto de la fianza entre varios fiadores, conviene tener presentes las mismas reglas, pero haciendo la misma distinción, esto es, que los efectos que pueden derivarse del acto jurídico efectuado por varias personas que hayan prestado la seguridad por el mismo débito, en lo que pueda considerarse como asunto independiente ó distinto, deben estar sometidos á la regla *locus regit actum*; para lo demás á la *lex loci contractus principalis*.