

EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR.

Capítulo VI de la tesis de grado. "Algunos aspectos sobre la fianza en Derecho Civil", con la cual la Doctora Fabiola Quintero de Delgado obtuvo su grado en el presente año.

Relaciones de mucha importancia surgen entre las partes en el contrato de fianza. Hablamos de acreedor y fiador por cuanto el deudor de la obligación no es parte. No lo es pero de sí depende el que tenga que cumplir el fiador. Esa es la finalidad del contrato. El fiador garantiza el cumplimiento de la obligación.

Cuando hicimos el estudio de la naturaleza del contrato de fianza lo calificamos de unilateral por cuanto sólo surgen obligaciones para una de las partes. En dicho contrato el cumplimiento queda asegurado por el fiador.

Dicen los autores que en el estudio de estas relaciones es preciso considerar dos momentos para que ellas surjan. Es necesario que esos dos momentos se tomen con referencia al tiempo de la exigibilidad de la obligación, si bien es cierto que el fiador **puede** pagar antes que ésta sea exigible.

Plantead_a así la cuestión nos queda por considerar estas situaciones:

Primera situación: El fiador puede pagar antes en todos los casos en que pudiera hacerlo el deudor principal. Veamos.

Dice el artículo 2379:

"El fiador podrá hacer el pago de la deuda aun antes de ser reconvenido por el acreedor, en todos los casos en que pudiera hacerlo el deudor principal".

Cuando ésta situación se da, lo primero que tenemos que pensar es que se ha renunciado al plazo y en verdad el deudor principal también puede hacer esta renuncia. Mas como esto es algo personal, si el fiador ha renunciado no podremos entender que así lo ha querido el deudor. De ahí se deriva una consecuencia lógica. La de que

antes de ser exigible la obligación no podrá el fiador proceder contra el deudor. Dispone el artículo 2398: "El fiador que pagó antes de expirar el plazo de la obligación principal, no podrá reconvenir al deudor, sino después de expirado el plazo".

Lo anterior es claro y lógico.

Aunque el fiador no sea reconvenido, podrá requerir al acreedor, desde que sea exigible la deuda, para que proceda contra el deudor principal, con la consecuencia de que si el acreedor después de este requerimiento lo retardare, no será responsable el fiador por la insolvencia del deudor principal, sobrevenida durante el retardo.

Segunda situación. El acreedor demanda al fiador. Puede hacerlo para que cumpla, ya que a ello se comprometió, pero la oportunidad será cuando la obligación se hizo exigible y éste se halle en mora. Creo que esto hay que entenderlo así, aunque tratadistas tan connotados como Alessandri y Somarriva se expresen en esta forma: "Los autores están de acuerdo en que para que el acreedor pueda demandar al fiador, basta con que la obligación principal sea exigible, pero no se requiere que el deudor principal esté colocado en mora".

No vamos a ver el procedimiento ni la vía o acción que escogerá el acreedor para ejercer su derecho.

Hemos visto ya las facultades del acreedor en lo que hemos llamado relaciones del acreedor y el fiador. Ahora enunciemos, por el momento, los medios que le concede la ley al fiador para responder a las exigencias del acreedor.

Dicen Alessandri y Somarriva lo siguiente:

"Demandado el fiador tiene para defenderse cuatro derechos:

1º El beneficio de excusión.

2º El beneficio de división.

3º La excepción de subrogación y,

4º Las excepciones reales inherentes a la obligación".

Esto es cierto pero hemos de mirar un poco más y encontramos que se dá como otra especie de beneficio, un beneficio anticipado, como han dicho algunos: el de **requerimiento**. Los autores citados también lo habían insinuado antes pero no le dan la categoría de los cuatro ya mencionados y sólo se limitan a decir que es una especie de beneficio de excusión pero sin la alcurnia y linaje de los cuatro indicados.

Vamos a empezar por este beneficio.

Beneficio de requerimiento:

Una especie de alerta y una demostración de interés por el cumplimiento y la efectividad de la obligación principal está dando el fiador con esta posibilidad que le ofrece la ley. Pero a más de esto, es una garantía que le brinda para que salve su responsabilidad ante la inactividad del acreedor. Veamos una vez más la norma legal.

Dice el artículo 2382:

“Aunque el fiador no sea reconvenido, podrá requerir al acreedor, desde que sea exigible la deuda, para que proceda contra el deudor principal; y si el acreedor, después de este requerimiento lo retardare, no será responsable el fiador por la insolvencia del deudor principal, sobrevinida durante el retardo”.

Es la mejor oportunidad con dos finalidades: la primera, para que el fiador esté atento al cumplimiento de lo que aceptó, y la segunda, con el fin de salvar toda su responsabilidad para el caso de pasividad o inacción del acreedor.

Beneficio de excusión:

Parece que este beneficio no se da sino en la institución de la fianza. También se le ha conocido con el nombre de beneficio de orden. Pero antes, veamos en qué consiste y para ello nos basamos en la disposición del código civil que claramente lo estatuye.

Dice el artículo 2383: “El fiador reconvenido goza del **beneficio de excusión**, en virtud del cual podrá exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda”.

La palabra **excusión** en su más amplia acepción nos da a entender que significa algo así como hacer salir, explorar, o, como dice Moreno Jaramillo, la excusión nos da la idea de esculcar.

El término “exigir” da la base para que algunos tratadistas digan que la excusión es un beneficio de orden ya que autoriza un modo ordenado de perseguimiento.

En realidad se trata de un beneficio para el fiador. Quien ha afianzado podrá exigir que después que se le haya hecho la reconvenición se llame en primer lugar al deudor de la obligación principal, se le persiga en sus bienes, se le explore, se le **esculque**, para ver qué bienes tiene y con ellos hacer el pago de la obligación.

Este beneficio lo encontramos lógico porque el fiador no es el principal deudor. Su posición es la de subsidiario en el cumplimiento y por tanto es al deudor principal a quien hay que exigirselo en primer lugar.

Este razonamiento nos lo confirma muy claro la norma francesa sobre la excusión. Veámosla:

Dice el artículo 2021 del código civil francés: “El fiador no está obligado con el acreedor a pagarle sino en defecto del deudor, en cuyos bienes debe hacerse previa excusión a menos que el fiador haya renunciado a este beneficio o a menos que se haya obligado solidariamente con el deudor; caso en el cual el efecto de su compromiso se regula por los principios que se han establecido para las deudas solidarias”.

Requisitos del beneficio de excusión:

Antes de mencionar los requisitos o condiciones que señala el código para gozar de dicho beneficio es bueno que nos detengamos, así sea por un momento, en el “podrá” de nuestro artículo 2383, que consagra una facultad. Pero el mismo código señala algunos fiadores a quienes no se les concede este beneficio.

Como vamos a señalar los requisitos necesarios para que se pueda hacer uso de ese beneficio, procede manifestar que si en principio es facultativo, hay algunas excepciones, y, más ampliamente, que no podrán gozar de él quienes no se encuadren dentro de las condiciones exigidas.

Veamos ahora la disposición que nos señala las condiciones para el ejercicio y goce de este beneficio.

Dice el artículo 2384:

“Para gozar del beneficio de excusión son necesarias las condiciones siguientes:

- 1ª — Que no se haya renunciado expresamente.
- 2ª — Que el fiador no se haya obligado como deudor solidario.
- 3ª — Que la obligación principal produzca acción.
- 4ª — Que la fianza no haya sido ordenada por el juez.
- 5ª — Que se oponga el beneficio luego que sea requerido el fiador, salvo que el deudor, al tiempo del requerimiento, no tenga bienes y después los adquiera.
- 6ª — Que se señalen al acreedor los bienes del deudor principal”.

Hasta aquí el código.

Hagamos un comentario rápido sobre cada requisito.

Numeral primero:

Como claramente lo dispone este numeral, la renuncia ha de ser expresa, no tácita, ha de ser clara. Ya habíamos insinuado que salvo en los casos en que el fiador esté privado del beneficio de excusión, tendrá la facultad de usarlo.

Para que el fiador pueda renunciar al beneficio de excusión debe no estar privado de él. Esto es obvio.

Cuanto al carácter de la renuncia, autores hay que admiten casos de tácita. Cito a Somarriva: "El código se refiere únicamente a la renuncia expresa; pero se acepta por los autores la posibilidad de una renuncia tácita. La que existiría por ejemplo, cuando el beneficio no se opusiere en tiempo oportuno".

Lo anterior es claro. El artículo 2384, en su condición 5ª, establece una renuncia tácita.

Los autores traen la anotación de que si se dá subfiador, por la renuncia del fiador no se podrá entender que ha renunciado aquél.

Por último diremos que la renuncia es posible dentro de las normas generales sobre renuncia de derechos. Son renunciables cuando sólo miran al interés individual del renunciante, y no esté prohibida la renuncia. Aquí se permite y mira sólo al interés individual del fiador.

Numeral segundo:

Aquí al darse la circunstancia de que el fiador se obligó como deudor solidario, se subentiende la renuncia a ese beneficio.

La razón de esta disposición es clara. En la solidaridad todos los codeudores deben una misma cosa. En la fianza no ocurre siempre lo mismo pues no necesariamente la obligación del fiador deberá tener el mismo objeto que la del fiado, pues su obligación será siempre la de pagar dinero.

Entre otras consideraciones tenemos la de que en la solidaridad se toma el papel de deudor principal.

De manera que si se ha contraído en circunstancias de quedar como deudor solidario, se ha pasado de esa condición de ser subsidiario, reemplazante, para asumir la calidad de un verdadero y principal deudor que como tal no goza del beneficio de excusión.

Numeral tercero:

Procede recordar, ya lo habíamos dicho, que la obligación natural puede ser afianzada. Lo mismo se deduce de este numeral.

Si la obligación afianzada no produce acción es imposible ejercer la excusión porque ésta supone un orden de cosas, un sucederse o seguirse, y la obligación natural no confiere derecho para exigir su cumplimiento.

Dicen Alessandri y Somarriva: "Cuando la obligación no produce acción; esto es, cuando la obligación afianzada sea una obligación natural. Razón: el beneficio de excusión tiene por objeto que el acreedor persiga primero al deudor principal; y si la obligación afianzada es natural, y como la obligación natural no produce acción sino excepción, sería absurdo que el fiador pudiera oponer el beneficio, ya que jurídicamente, no podría dirigirse primero en contra del deudor principal".

Numeral cuarto:

No podemos afirmar que esta condición obedezca a una razón muy clara, si bien autores renombrados le dan una explicación que no nos parece muy convincente.

Alessandri y Somarriva dicen lo siguiente:

"Cuando la fianza se ha constituido por orden judicial. Es ésta una diferencia entre la fianza judicial y las otras. Razón: la fianza judicial se exige en casos extremos, de suma urgencia; si tuviera derecho el fiador al beneficio, pasaría el hecho a ser ilusorio".

Barros Errazuriz dice, sobre el particular lo siguiente: "Que la fianza no haya sido ordenada por el juez, porque en este caso la garantía debe ser más fácil para hacerla cumplir".

Transcritos estos conceptos, volvemos a repetir, no vemos una razón suficiente para excluir este beneficio cuando se trata de fianzas ordenadas por el juez. Pero así lo dispone la ley y a ella hay que atender.

Numeral quinto:

A este numeral lo han reducido al concepto de la oportunidad.

Y esa circunstancia se determina con lo expresado por el código al decir: "Luego que sea requerido el fiador...". Deberá entenderse que dicho beneficio se ejerce dentro del juicio o sea, que su procedimiento es judicial. No encontramos aquí problema.

Alvaro Pérez Vives saca de la obra de Somarriva la consideración de que esto es un poco vago.

Somarriva dice: el artículo 2358 establece en su número quinto, que el beneficio de excusión debe oponerse luego que sea requerido al fiador. Esta regla, un tanto vaga, vino a ser precisada...

Y Pérez Vives afirma: "En efecto, el numeral quinto del artículo 2384 exige en su primera parte que el fiador oponga el beneficio luego que sea requerido. Esta expresión es vaga, pues no ha indicado la ley a qué requerimiento se refiere".

En cambio, y creemos que así sea, Barros Errazuriz nos dice: "Que se oponga el beneficio luego que sea requerido el fiador, salvo que el deudor al tiempo del requerimiento no tenga bienes y después los adquiriera. En otros términos, este beneficio debe ser alegado judicialmente como excepción dilatoria, tan pronto como se inicie el juicio. Si el fiador reconvenido no lo opone luego, se entiende que tácitamente lo renuncia. La ley manda que lo oponga a tiempo, para que el acreedor haga inmediatamente todas sus gestiones contra el deudor principal, y si no las hace, le resulta perjuicio, como después veremos".

Numeral sexto:

Si el deudor no tiene con qué responder, nada se tendrá, al menos por el momento. De qué valdrá el ejercicio de este beneficio si el deudor no tiene bienes en ese momento? Todo sería vano e ilusorio.

Este numeral es razonable. La finalidad de la excusión es el poder esculcar y encontrar. Creo que antes de pensar en este beneficio debe el acreedor estar seguro de la existencia de bienes en manos del deudor principal, y para estarlo es natural que se le señalen.

La ley no distingue en la clase de bienes que puedan ser excutidos.

Tampoco es necesario que los bienes señalados sean suficientes para el pago o satisfacción total. Aquí se puede pagar parcialmente y creo que es uno de los pocos casos en que el acreedor está obligado a recibir el pago parcial, pues en principio está en el derecho de exigir el pago total. No está obligado a recibir pagos parciales.

Exclusiones de la excusión:

Esta consideración la podremos dividir así:

Quiénes están excluidos del beneficio de excusión y qué bienes no podrán ser excutidos.

Ya dijimos que en términos generales todos los fiadores gozan del beneficio de excusión.

Salvo excepciones, asiste a todos los fiadores este beneficio, así se haya contraído la obligación en forma gratuita o remunerada y aún sin conocimiento o contra la voluntad del deudor.

Según las disposiciones del código, volvemos a decirlo, están excluidos del beneficio de excusión:

- 1º — Quien expresamente haya renunciado a dicho beneficio.
- 2º — Cuando el fiador se ha obligado como deudor solidario.
- 3º — Cuando la obligación afianzada no produce acción.
- 4º — Cuando la fianza ha sido ordenada por el juez.
- 5º — Cuando el beneficio se ha opuesto oportunamente no obstante tener bienes el deudor al momento del requerimiento.
- 6º — Cuando no se le señalan al acreedor los bienes del deudor principal.

Nos queda por ver qué clases de bienes no pueden ser excutidos.

Dice el código en su artículo 2385:

“No se tomarán en cuenta para la excusión:

- 1º — Los bienes existentes fuera del territorio o del domicilio del deudor.
- 2º — Los bienes embargados o litigiosos, o los créditos de dudoso o difícil cobro.
- 3º — Los bienes cuyo dominio está sujeto a una condición resolutoria.
- 4º — Los bienes hipotecados a favor de deudas preferentes en la parte que pareciere necesaria para el pago completo de éstas.

Es lógico que estos bienes queden por fuera. Si se busca la efectividad nada más natural que con determinados bienes no se cuente.

Algunos autores han considerado que en la lista anterior quedaron faltando otros, y es apenas racional que ellos también queden comprendidos en la exclusión. Por ejemplo, los bienes no embargables y los que no pueden transferirse a otra persona.

Límites a este beneficio:

Empecemos con lo dispuesto en el código civil.

Ordena dicho código en su artículo 2388:

“El beneficio de excusión no puede oponerse sino una sola vez. Si la excusión de los bienes designados una vez por el fiador, no produjere efecto, o no bastare, no podrá señalar otras; salvo que hayan sido posteriormente adquiridos por el deudor principal”.

Otra limitación al ejercicio de este beneficio, la hace el artículo 2389:

“Si los bienes excutidos no produjeren más que un pago parcial de la deuda, será sin embargo el acreedor o-

bligado a aceptarlo, y no podrá reconvenir al fiador sino por la parte insoluta”.

De manera que opuesta la excusión no podrá volverse a oponer, salvo que la de los bienes designados una vez por el fiador no produjere efecto, o no bastare, pues en tales casos sí podrá señalar otros, pero adquiridos con posterioridad por el deudor principal. Si se ha tenido un pago parcial, la nueva reconvencción no podrá hacerse sino por la parte insoluta.

De todo esto se colige que el derecho de oponer tal beneficio no es tan amplio. Ejercido una vez desaparece, con las pocas excepciones ya indicadas.

Conviene agregar que, tal como ocurre en el embargo, el fiador no debe extralimitarse en la designación de los bienes. Por ello solo indicará los que sean suficientes para garantizar la satisfacción de la obligación y no abusar indicándolos todos cuando racionalmente se puede apreciar que con algunos es más que suficiente para que se obtenga la finalidad perseguida.

Negligencia del acreedor:

Dice el código civil en su artículo 2390:

“Si el acreedor es omiso o negligente en la excusión, y el deudor cae entre tanto en insolvencia, no será responsable el fiador sino en lo que exceda al valor de los bienes que para la excusión hubiere señalado”.

“Si el fiador, expresa e inequívocamente, no se hubiere obligado a pagar sino lo que el acreedor no pudiese obtener del deudor, se entenderá que el acreedor es obligado a la excusión, y no será responsable el fiador de la insolvencia del deudor, concurriendo las circunstancias siguientes:

1º — Que el acreedor haya tenido medios suficientes para hacerse pagar.

2º — Que haya sido negligente en servirse de ellos”.

La excusión persigue una finalidad: Que la obligación se cumpla empezando con los bienes de quien fue afianzado. Si se proporcionan circunstancias favorables y se deshechan, es natural que quien ha hecho caso omiso de ellas corra las consecuencias.

Aquí se da la oportunidad al fiador de quedar exento de responsabilidad ante la negligencia del acreedor.

Según la disposición transcrita ello puede ocurrir en estos dos casos:

1º — Cuando el acreedor ha tenido medios suficientes de hacerse pagar, y

2º — Cuando haya sido negligente en servirse de ellos.

Más estas circunstancias pueden tornarse aún más graves como en los casos en que hay obligación de una excusión cuando solo se hubiere comprometido el fiador a pagar lo que el acreedor no pudiere obtener del deudor o cuando se hubiere pactado, como bien lo dice Somarriva: “A virtud del principio que el contrato es ley para las partes”.

Beneficio de División:

Este es otro beneficio que se le otorga al fiador que va a responder por el cumplimiento de la obligación que no se haya obligado solidariamente.

Tiene derecho a que la deuda sea dividida entre los distintos fiadores por partes iguales.

El citado beneficio sólo cabe en los casos de afianzamiento de una misma obligación por varios fiadores de un mismo deudor, aunque no hayan rendido separadamente las fianzas.

Dentro de la misma consecuencia, el acreedor no podrá exigir a uno de ellos el pago total sino la parte que le corresponda, claro que si no se presenta la subrogación.

Pero sigamos el orden del código que en su artículo 2392 nos dice:

“Si hubiere dos o más fiadores de una misma deuda que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos, por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir a ninguno sino la cuota que le quepa”.

“La insolvencia de un fiador gravará a los otros; pero no se mirará como insolvente aquel cuyo subfiador no lo está”.

“El fiador que inequívocamente haya limitado su responsabilidad a una suma o cuota determinada, no será responsable sino hasta concurrencia de dicha suma o cuota”.

De acuerdo con las palabras “se entenderá dividida” podemos afirmar que tal división opera de pleno derecho, con lo cual se quiere significar que no hay necesidad de que quienes estén en la situación de cofiadores no solidariamente obligados opongán dicho beneficio.

Para determinar los requisitos que exige el disfrute de este beneficio es preciso que transcribamos también el artículo 2393:

“La división prevenida en el artículo anterior tendrá lugar entre los fiadores de un mismo deudor, y por una misma deuda, aunque se hayan rendido separadamente las fianzas”.

Tenemos, pues, que los requisitos pueden reducirse a los siguientes:

- 1º — Dos o más fiadores.
- 2º — Que no lo sean en forma solidaria.
- 3º — Que no se haya renunciado.
- 4º — Que sea una misma la deuda.
- 5º — Que sea uno mismo el deudor.

En cuanto a los numerales 4º y 5º es bueno anotar que no importa que las fianzas se hayan rendido separadamente, pero cumpliéndose, eso sí, el requisito indispensable de un mismo deudor y una misma deuda. Aquí también se dan excepciones que pueden reducirse a dos:

En primer término, cuando el fiador inequívocamente haya limitado su responsabilidad a una suma o cuota determinada. En este caso no será responsable sino hasta concurrencia de dicha suma o cuota.

La segunda excepción, en el caso de que uno de los fiadores caiga en insolvencia, tal como lo dispone el artículo 2392 en su inciso segundo, pues en este caso su insolvencia grava a los demás.

Lo anterior no se puede aplicar en términos generales ya que no podrá tenerse en cuenta dicha insolvencia cuando el subfiador no está insolvente.

Debemos agregar lo que se ha dicho cuando se ha declarado la nulidad de la fianza frente a uno de los deudores. Sobre el particular dice Alvaro Pérez Vives:

“La doctrina considera que igual solución debe adoptarse en el caso de que una de las fianzas sea declarada nula. Aquí la pérdida de la cuota que correspondía al fiador cuya obligación se anula, debe soportarla el acreedor”.