

3.º Las de platino y cobre.

—Art. nuevo. (Arts. 109, y 115 del C. Fiscal) (L. 75. 1913)—

Art. 14.—Tanto las minas que constituyen excepción en el artículo anterior, como las de sal y vertientes de agua salada cuya concentración no exceda de seis grados del aerómetro de Beaumé, se las reserva el Estado para explotarlas por su cuenta o por medio de contratos, según las leyes fiscales.

De la misma manera y con igual objeto se reserva el dominio de las a que se refieren los ordinales 3.º y 4.º del Art. 1.º de esta ley.

—Art. Nuevo (110 y 115 C. Fiscal)—

Art. 15.—Toda persona que conforme a esta ley puede adquirir el dominio o propiedad de las minas, tiene facultad para denunciar las que sean susceptibles de adjudicación, sometiéndose a las siguientes restricciones:

1.º No podrán ser denunciadas las que se encuentren dentro del área de una población ni a menos de cien metros de distancia de sus últimas casas; a no ser que el laboreo sea retirándose de dicha población y sin perjuicio probable de ella, próximo o remoto; en cuyo caso el Consejo Municipal respectivo podrá conceder permiso para denunciarlas, pero reservándose la facultad de suspender por medio de la policía el laboreo en el acto en que resulte algún peligro para la población.

(Ord. 1.º; Art. 5.º; Código Minas)

2.º Dentro de los patios, jardines, huertas y solares de las habitaciones rurales sólo podrán denunciar los dueños de las fincas respectivas.

(Ord. 2.º Art. 5.º del C. de Minas)

3.º No podrán denunciarse minas de oro de las llamadas de aluvión dentro de las minas de veta tituladas, que han pagado el impuesto establecido por las leyes.

—52 L. 292 1875.—

4.º Tampoco podrán ser denunciadas las que se hallen en el lecho y playas del río Cauca hasta donde alcance en sus mayores crecientes, ni los sobrantes de las denunciadas hasta el año de 1877 en dicho río.

—Art. 4.º L. 38 1877, 1.ª parte.—

5.º Las minas de aluvión que existan en terrenos de propiedad particular, cultivados o destinados a la cría o ceba de ganados, sólo podrán ser denunciadas por el dueño de tales terrenos o con su permiso.

—Art. 3.º L. 38 1887.—

Pero el dueño de esos terrenos no podrá explotar tales minas sin denunciarlas previamente, a fin de pagar el impuesto establecido por el Código de minas.

—Art. 314 L. 153 de 1887.—

6.º Tampoco podrán denunciarse minas situadas en terrenos pertenecientes a establecimientos de educación o beneficencia, sino con autorización de los respectivos dueños.

—Art. 5.º Decreto 1112 de 1905—

7.º Es prohibido también denunciarlas en los lechos de los ríos navegables.

—Art. 5.º L. 72 de 1910.—

Para los efectos de esta ley, se entenderá por río navegable todo trayecto fluvial por donde puedan remontar embarcaciones de cualquier clase y porte, de propulsores movidos por fuerza mecánica, de 30 toneladas o mas de desplazamiento (1)

—Art. nuevo.—

DERECHO CIVIL

CONFERENCIA

DEL DR. JOSE MARIA GONZALEZ VALENCIA

TITULO 35 DE LA FIANZA

CAPITULO III

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR

2395 «...» Alterando el orden en que el Código trata de estas materias, nos ocuparemos primero de las acciones que el fiador tiene contra el deudor principal, para obtener el reembolso de lo pagado, y la reparación del quebranto que este pago haya podido ocasionar en su fortuna.

(1) Véase el suelto Tesis sobre Minas.

En el tratado del pago por subrogación, encontramos una disposición, según la cual, uno de los casos de subrogación legal, es aquel en que el fiador paga por el deudor principal (artículo 1,668), y ya sabemos que la expresión subsidiariamente del artículo se refiere al fiador.

Tenemos pues que conforme a aquella disposición puede el fiador que ha pagado ejercitar contra el deudor principal todas las acciones que competen al acreedor, y esto por ministerio de la ley.

Se traspasan las acciones al fiador que ha pagado, tal como existían en cabeza del acreedor.

Tiene el fiador otra acción que los expositores llaman *personal y directa*. Tiene por fuente el pago verificado por el fiador, y a esta acción se refiere el artículo 2,395 «...» Esta acción personal, es según la tradición jurídica, desde el Derecho Romano, la acción de mandato, si se trata del caso más frecuente en que la fianza se ha prestado por exigencia del deudor, y la de gestión de negocios, si se trata del caso menos frecuente, de que la fianza haya sido espontáneamente ofrecida por el fiador.

No existe acción, si se trata del caso rarísimo, de que la fianza se ha prestado contra la voluntad del deudor.

Se parte del principio de que el fiador que paga, en cierto modo cumple un mandato del deudor principal. Se reputa que siendo la fianza exigida por el deudor se constituye un mandato, y tiene el fiador acción de mandatario.

Si el fiador se ha obligado espontáneamente, y paga, se supone que obra como gestor oficioso y tiene la acción de tal; así lo establece la tradición jurídica.

Conviene estudiar esto, desde sus diferentes puntos de vista; pero desde un punto de vista práctico, en el sistema de nuestro Código, no necesitamos colocarnos en el terreno del mandato, de la gestión oficiosa, etc., bástanos saber que la ley concede al fiador que paga, además de la acción que nace de la subrogación, una directa y personal, y no ha menester decir el fiador, que ejercita acción de mandatario, etc., sino la acción que le confiere la ley, y que tiene por causa el haber cubierto la deuda afianzada.

Puede el fiador elegir entre las dos acciones y ejercitar la acción de la subrogación; es decir, puede hacer valer contra el deudor el crédito tal como existía en cabeza del acreedor, o ejercitar la acción personal y directa.

En algunos casos será preferible la de subrogación, y en otros la directa. Si suponemos, que la deuda está asegurada no sólo con fianza sino también con préstamo o hipoteca, el ejercicio de la acción de subrogación pre-

senta la ventaja al fiador de que puede hacer el crédito efectivo en esas seguridades reales; porque es efecto de la ley que el crédito, con todas esas seguridades accesorias, tal como existía en el acreedor, pase al fiador. En este caso, al ejercitar la personal y directa, no puede perseguir la prenda, ni la hipoteca. Aquí es más conveniente el ejercicio, de la acción de subrogación.

Hay casos, en que es más ventajoso ejercitar la directa. Supongamos el caso de que la deuda no devengue intereses, puede con la directa exigir intereses desde la fecha del pago, cosa que no puede obtener con la de subrogación, pues el crédito pasa tal como lo tenía el acreedor.

Pudiera suceder que la deuda asegurada con fianza esté próxima a extinguirse por prescripción. Si el fiador paga, y elige la subrogación, en lo tocante a la prescripción, está en igual condición que el deudor. Si opta por la personal, que tiene por causa el hecho del pago, la prescripción no puede para él contarse, sino desde el momento del pago.

Veamos lo que comprende la acción personal, artículo 2395 «...» El primer elemento que se debe tomar en cuenta, para computar lo que el fiador puede exigir, del deudor principal es el desembolso de lo que ha hecho: Principal e intereses que pago; luego interés de lo que desembolso, desde la fecha del desembolso—¿A intereses legales o corrientes? Hay buenas razones para sostener que corrientes; fundándonos en el principio tradicional de que la acción personal del fiador es la misma del mandatario, quien puede exigir intereses corrientes. Y el fiador, con más razón, por la protección que le dispensa la ley en atención a la naturaleza del servicio, a los riesgos, etc.

Hemos visto que el fiador tiene derecho a exigir del deudor principal los intereses corrientes de la cantidad que ha desembolsado: principal, intereses y costas. Todo esto devenga intereses corrientes desde el momento del pago.

Esta solución en favor de los intereses corrientes, tiene su apoyo, en la similitud tradicional, entre el pago del mandatario y el del fiador. Está además fundada en la equidad, y en la justicia.

Que el fiador quede indemne, que se le reparen todos sus gastos y perjuicios, esto quiere la ley.

Veamos el último elemento, que hace parte de lo que el fiador puede exigir como reintegro: los *gastos*. Respecto de éstos dice el artículo 2395 «...» Se excluye de la demanda del fiador los gastos inconsiderados. Era conveniente poner al deudor principal a cubierto de los gas-

tos imprudentes, que pudiera hacer el fiador. En la expectativa de un buen reembolso, podía el fiador entrar en gastos inconsiderados.

En este caso puede el deudor, al ser reconvenido por el fiador, reclamar contra la inconsideración de los gastos, y el Juez decidirá.

También se hace salvedad, de los gastos hechos por el fiador, antes de ser notificada la demanda al deudor.

Esta parte de la disposición no aparece en completa armonía con el sistema del Código. Hemos visto que el fiador puede ser reconvenido antes, y aun con prescindencia del deudor principal, salvo su beneficio de excusión. Siendo esto así, parece natural que los gastos hechos por el fiador, le sean cubiertos aunque el deudor no haya sido notificado.

Parece que el Legislador haya razonado así: Si la demanda se notifica al deudor principal, éste puede pagar, y evitar los gastos ulteriores; así pues, si no se le dá noticia, y el fiador hace gastos, éstos no pueden gravar al deudor principal, que avisado en tiempo hubiera podido evitarlos. Este razonamiento aparece infundado, si se considera que el deudor principal está en la obligación de pagar, por el mero hecho de vencido el plazo, y si no paga, y se procede contra el fiador, natural es que responda de todo desfaldo, que por esa omisión se ha producido en el patrimonio del fiador.

En ninguna parte está establecido que el fiador no notificado de la demanda, pueda pedir que se notifique al deudor. Y si suponemos el caso de que el fiador haya renunciado el beneficio de excusión, no puede servirse de este medio dilatorio, ni exigir que se proceda contra el deudor. Esto hace más inexplicable la disposición que examinamos, y dados los términos del artículo, es forzoso reconocer al fiador, el derecho de pedir que se notifique la demanda al deudor, y esto no está establecido en el Código Civil, ni en el Procesal. Pero así lo exige la más elemental equidad.

Veamos ahora el inciso 2.º Hay en esta disposición una excepción a la regla general sentada en el «efecto de las obligaciones», según la cual las obligaciones que tienen por objeto cantidades de dinero, sólo dan derecho a intereses.

En las deudas de dinero, el acreedor puede exigir intereses, aunque no le haya sido perjudicial la mora, y le haya producido beneficios. Y a la inversa, aunque los perjuicios hayan sido de mucha consideración, sólo tiene derecho a intereses.

En la mayor parte de los casos, la fianza sirve pa-

ra garantizar obligaciones de dinero, y el fiador que paga, convierte su obligación en dinero, y sólo por excepción se le concede el derecho de pedir perjuicios.

Puede suceder que se le embarguen los bienes, y en este caso la equidad indica que el deudor responda de las pérdidas e indemnice los perjuicios al fiador.

Se establece, pues, una excepción fundada en la naturaleza del servicio y basada en la equidad.

Y cabe observar, que el fiador tiene esta acción de perjuicios, no sólo cuando ejercita la acción directa y personal, sino cuando ejercita la de subrogación.

En efecto, dice el artículo: «según las reglas generales». La subrogación le permite exigir todo lo que pudiera exigir el acreedor; pero la omisión, del deudor principal, hace nacer al fiador el derecho a la indemnización de perjuicios porque la culpa u omisión del deudor se la ha ocasionado.

Hemos visto las acciones que el fiador que paga puede ejercitar contra el deudor principal y lo que de éste puede exigir. Estas nociones debemos completarlas con el examen del artículo 2,400 «...»

La razón de la primera parte de la disposición es obvia. El obligado naturalmente, no está sujeto a acción alguna contra él, para compelerlo al cumplimiento de la obligación. Y no podría ser, que por solo el hecho de pagar el fiador, la obligación se convirtiera en civil; pues entonces por un convenio entre el acreedor y el fiador, podría alterarse el orden de la ley.

Hemos visto que cuando se afianza una obligación natural, el objeto principal de la fianza, puede ser garantizar al acreedor, contra el riesgo que corre, por no ser exigible civilmente la obligación asegurada. Considerando todo esto, aparece obvia la disposición.

Está redactada incorrectamente, pues dice: «Cuando la obligación del...y no está *validada por la ratificación o por el lapso...*» Parece, que todas las obligaciones naturales, procedieran de actos relativamente nulos, de aquellos que se validan por la ratificación o el transcurso del tiempo, y esto no es así. En el ejemplo del menor, que se obliga sin autorización de su guardador, hay nulidad relativa; saneable por el transcurso del tiempo o la ratificación, y mientras esto no ocurra, la obligación es natural.

Pero entre los mismos ejemplos, que pone la ley, de obligaciones naturales, encontramos un caso al cual son inaplicables los términos de la disposición, v. gr., el del legado hecho en testamento nulo, pero que contiene la voluntad del testador. El heredero, en este caso, está natural,

mas no civilmente obligado, y debe pagar el legado por honor y por conciencia.

¿Se trata de nulidad que pueda sanearse por ratificación o por tiempo? Nó. Jamás podrá tener ese testamento el carácter de tál.

Puede el heredero, otorgar obligación, en que se comprometa a pagar esa suma, y ese acto le da el carácter de civil. Pero su fuente no es ya el testamento, sino la voluntad del heredero. No hay ratificación, sino cosa diversa.

Análogas observaciones pueden hacerse en otros casos, v. gr., unos esponsales con cláusula penal. Los esponsales no obligan civilmente, de modo que esa pena no puede exigirse con acción civil; mas si paga, no puede repetir.

¿Podrá decirse que se valida o ratifica por el transcurso del tiempo? Nó. Si el que contrajo los esponsales firma obligación reconociéndose deudor de esa pena, esto lo obliga civilmente.

Así pues, los términos de este ordinal 1.º no son satisfactorios. Debiera haber dicho: «Cuando la obligación del principal obligado es natural y no se ha convertido en civil». Esta parece que es la idea, incorrectamente expresada, en el primer ordinal.

Ordinal 2.º «..» Muy raro será el caso de que se otorgue una fianza contra la voluntad del deudor.

Este compromiso se contrae ordinariamente de mala gana, y por exigencia del deudor.

Así pues, no se comprende casi, cómo ha previsto el Legislador el caso de fianza otorgada contra voluntad manifiesta del deudor. Sin embargo, sí podemos poner casos excepcionales en que esto sea preciso: Dos individuos tienen negocios o cuentas pendientes, que desea arreglar; uno de ellos hace una propuesta, y el otro la acepta, con la condición, de que éste asegure con su firma, la obligación de un tercero; consultado éste, manifiesta que no consiente; pero aquel a quien se hizo la propuesta, insiste, en que para aceptarla, se le dé la fianza, y el proponente, teniendo deseo de arreglar, consiente en prestar la fianza a despecho del deudor.

Conviene tener presente, que el caso contemplado en este ordinal, es muy distinto de aquel en que se presta la fianza ignorándolo el deudor.

En este caso raro, al fiador le corresponden todas las acciones del artículo 2395. Así, pues, este caso de fianza ignorada se equipara en todo al caso en que la fianza se presta por exigencia del deudor. Y conforme a la doctrina tradicional las acciones concedidas al fiador son las pro-

venientes del mandato, en el caso de exigencia del deudor, y de gestión oficiosa en el caso de que se preste ignorándolo el deudor; se supone que no ha obrado como agente oficioso.

Fundadas en el mandato, en el primer caso, y en la agencia oficiosa, en el segundo, son iguales. Pero carece de ellas quien afianza contra la voluntad del deudor, porque no existe la fuente jurídica de esas acciones tradicionales que la ley concede al fiador para quedar indemne cuando ha pagado por el deudor principal.

La acción de que trata el artículo 2395 es la directa y personal del fiador, que es distinta de la que procede de la subrogación legal.

Podría pues, creerse que si bien el fiador en este caso, no tiene las acciones del artículo 2395, si goza de la subrogatoria. De esta duda nos saca por completo la combinación del ordinal que estudiamos con el artículo 1632. «...» Así, pues, no cabe duda, pensar que el fiador que afianza y paga contra la voluntad del deudor, no puede considerarse subrogado; en las acciones del acreedor, porque si bien es verdad que conforme al artículo 1668, la subrogación legal, se efectúa a favor del que paga lo que debe subsidiariamente, y por los términos de éste pudiera creerse, que el caso que estudiamos se haya comprendido en él, existen para nuestro caso disposiciones especiales que son de preferente aplicación: ordinal 2.º, artículo 2400 y artículo 1632, y de éstas se deduce que el fiador que ha contraído tal compromiso, contra la voluntad del deudor, no puede estimarse al pagar, subrogado en los derechos del acreedor.

Veamos ahora los derechos que tiene, y las acciones que puede ejercitar en este caso.

Dice el ordinal «...» salvo en cuanto se haya extinguido la deuda...» Esta parte de la disposición es un poco oscura; ¿querrá decir que tiene los derechos del artículo 2395 cuando el pago es válido, y que carece de ellos cuando no lo es? Esta solución es forzoso desecharla, porque de lo contrario habría una incomprensible repetición, pues el ordinal tercero se refiere expresamente a este caso.

Es preciso entender de otra manera esta parte de la disposición, y concluir, que el fiador, no tiene acción contra el deudor, sino en cuanto la deuda haya sido extinguida; es decir, hasta la concurrencia de la cantidad que se pagó.

Si para extinguir la deuda dió \$ 1,000, estos \$ 1,000 puede exigirlos del deudor principal, y esto se funda en el principio de que nadie puede enriquecerse a costa ajena. Tiene esta acción para exigir el reembolso, pero carece de

las acciones del artículo 2395. No tiene derecho a gastos, intereses, ni menos a perjuicios, y como no puede considerarse subrogado, no puede exigir ni lo que el mismo acreedor puede exigir, ni proceder contra las seguridades distintas de la fianza, que garantizan la deuda. Y es de notar a este respecto, que el fiador que afianza y paga contra la voluntad del deudor se encuentra en una situación jurídica más ventajosa, que la del tercero, que sin ser fiador, paga contra la voluntad del deudor; pues éste sólo tiene derecho, merced a la cesión voluntaria del acreedor, y si no la hay, no tiene derecho a exigir el reembolso de lo pagado.

La última parte del ordinal, dice: «contra quien hubiere lugar, según las reglas generales.» Parece referirse al caso de que se haya afianzado a un codeudor solidario contra su voluntad y se pague por él; según las reglas generales, puede exigir a cada uno de los otros codeudores solidarios, el reembolso de la cuota correspondiente a cada uno de ellos; pues ya sabemos, que la deuda se divide, y al fiador que paga por esemedio se le otorga el derecho que tiene todo fiador según las reglas generales.

Hemos visto lo referente a este capítulo y haremos breves observaciones tocante a los artículos finales, para tratar en segundo lugar los relativos al relevo de la fianza que se refiere a los primeros.

2,401 «...» En ninguna de las disposiciones anteriores se impone al deudor la obligación de avisar al fiador el pago que ha verificado, más este aviso está indicado por elemental prudencia, para evitar el riesgo que aquí se contempla: esto es, que ignorando el fiador el pago del deudor pague a su vez.

De paso conviene observar que esto puede suceder sin que haya mala fe en el acreedor. Podemos suponer casos como este: el deudor hizo el pago al acreedor mismo. Y luego los herederos, ignorando este pago, lo exigieron al fiador, y éste pagó.

Este texto es muy necesario, pues sin él, verificado el pago por el fiador, en el ejemplo que proponemos, si éste procediera contra el deudor, podría éste excepcionar, fundado en la extinción de la obligación, por medio de pago.

El artículo establece con toda claridad, que el deudor que omitió dar el aviso, es responsable para con el fiador, pero tiene contra el acreedor la acción que emana del pago indebido. De este modo se concilian los derechos e intereses del acreedor, del fiador y del deudor.

El fiador no pierde lo que ha desembolsado para extinguir la deuda; porque el deudor que incurrió en omisión debe reembolsarle, y el deudor tampoco pierde; por-

que tiene la acción de pago indebido para exigir del acreedor.

Conviene fijar la atención en las palabras *pagaré de nuevo*. Es decir, que en el caso que este artículo contempla, el fiador no puede exigir del deudor principal, sino el reembolso de lo que él ha pagado.

Ya hemos visto en el artículo 2395 «...» que el fiador que paga por el deudor tiene derecho a exigir de éste el reembolso de lo que paga, los gastos, intereses corrientes e indemnización de perjuicios.

En el caso que contemplamos el fiador pagó por el deudor, mas por las circunstancias especiales del caso, la ley no le da derecho para exigir, sino el reembolso de lo erogado, sin intereses corrientes, sin gastos, perjuicios etc.

Por otra parte, no puede en este caso existir para el fiador la acción de la subrogación, porque cuando pagó, la deuda estaba extinguida, y por consiguiente no podía haber subrogación.

No existe, pues, ni la acción de la subrogación, ni la directa del artículo 2395; existe sólo una acción *sui generis* establecida en esta disposición para que el fiador pueda obtener el reembolso de lo erogado por él.

La razón y fundamento que ha tenido en este caso el legislador para no otorgar las dos acciones principales de la fianza, se revela desde luego, si se atiende, que esas acciones, se otorgan al fiador que verifica el pago, por cuanto el deudor no lo ha hecho; por cuanto el principalmente obligado, no ha pagado, paga el fiador. Mas en nuestro caso sí pagó; pero incurrió en culpa civil, en virtud de la cual es responsable el fiador por lo que éste ha desembolsado, y tiene acción contra el acreedor por el pago indebido.

Podrá decirse: ¿el fiador pagó inmediatamente que se hizo exigible la obligación conforme a la ley? ¿Por qué, pues, no se le conceden las acciones ordinarias? Por parte del fiador también ha habido culpa, pues él debe hacer, las diligencias necesarias, para informarse de que la obligación no se ha extinguido.

Ha habido culpa por parte de ambos: la del uno, por omisión; y la del otro, por precipitación.

2402 «...» Este contempla el caso opuesto. Elemental prudencia indica que el fiador avise al deudor el pago que va a verificar, y es muy natural, que si el fiador incurre en omisión, pueda el deudor, al ser perseguido por el fiador, en ejercicio de las acciones que la ley le confiere, oponerle las mismas excepciones que hubiera podido oponer al acreedor.

Sunongamos que el deudor esté en el caso de poder

invocar compensación. Con posterioridad a la deuda afianzada, el deudor ha venido a ser acreedor de su antiguo acreedor, v. gr.: recibió en herencia un crédito contra éste, de suerte que el deudor al ser perseguido por el acreedor puede oponerle la excepción de compensación. No sería justo que pagando el deudor, éste perdiera el derecho de alegar la excepción. Esto sería ponerlo en posición desventajosa. De modo que si el fiador luégo de haber pagado, sin dar el aviso al deudor, éste puede hacer valer contra aquél la excepción de compensación que hubiera podido invocar contra el acreedor.

Este texto es necesario, porque sin él la sanción establecida sólo podría indicarse, en el caso de que el fiador ejercitara la acción de subrogación; porque si se presenta así, es claro que está sujeto a las mismas excepciones que podrían invocarse contra el acreedor. Mas si ejercita la directa no podría el deudor, sin texto expreso como éste, alegar excepción de compensación en el ejemplo propuesto.

Como es de equidad en este caso, se concede al fiador la acción de pago indebido, para reembolsarse de la cantidad por él erogada con el objeto de extinguir la deuda.

Terminaremos este capítulo con el artículo 2394 «...» Tres caminos indica el artículo para que el fiador se ponga a cubierto de los riesgos de la fianza, a saber: el relevo de ella, el obtener del deudor cauciones que garanticen los resultados de la fianza para él, es decir, lo que el fiador por causa de la fianza eroga, u obtener del deudor la consignación de medios de pago.

En cuanto a las cauciones con que el deudor asegure al fiador las resultas de la fianza, no hay dificultad: el deudor puede dar a este respecto fianza, prenda o hipoteca que asegure las resultas de la fianza.

La consignación de que habla el artículo ofrece alguna dificultad. ¿Cómo ha de hacerse? Será una entrega al Juez, análoga a la que se verifica, en el caso de pago por consignación. No hay texto alguno que nos indique cuál ha de ser la forma de consignación, en este caso.

Pero la consignación judicial es muy gravosa. Depositar en manos del Juez, por largo tiempo, un capital fuerte sin intereses, etc. es muy gravoso.

Puede hacerse de otro modo, siempre que se obtenga así la completa seguridad del fiador. Por ejemplo: en un establecimiento de crédito, donde devengue intereses, y de modo que el fiador pueda obtener con ella el pago de lo que se le debe, dado el caso.

Los términos del artículo autorizan esta clase de

consignaciones, puesto que no se habla de consignación judicial.

¿Quién debe hacer la elección entre estos tres medios que otorga la ley? ¿Puede el fiador exigir cualquiera de estas tres cosas: relevo, cauciones, etc.? Nó. El fiador, en los casos que enumera el artículo, tiene derecho a exigir el relevo, y el deudor puede verificarlo, o bien emplear alguno de los otros dos medios que emplea el artículo.

El fiador dice al deudor: «Reléveme de la fianza» —«No puedo relevarlo, mas le doy seguridades.»

Hay pues para el deudor obligación facultativa. En esta, el objeto de la obligación es uno, y éste es el que puede exigir el acreedor; pero el deudor puede exonerarse de la obligación mediante cualquiera de las otras prestaciones. Por eso se llama facultativa, porque establece para el deudor facultad, sin alternativa alguna. Eso es lo que se establece en este caso.

¿Cuál es el objeto de la obligación que al deudor impone el artículo? El relevo de la fianza. Eso es lo que el deudor puede exigir, y hecha esta exigencia, el deudor puede cumplirlas con las otras dos prestaciones a que se refiere el artículo, quedando así exonerado de la obligación.

Y es natural que así sea, porque el relevo en muchos casos, no depende de la sola voluntad del deudor.

Yo, deudor, le digo al acreedor: Releve al fiador de la fianza, y yo le doy prenda o hipoteca.

El acreedor dice: Nó. El deudor está en imposibilidad de verificar el relevo, pero cumple la obligación por cualquiera de los otros dos medios.

Veamos los diferentes casos en que se puede exigir el relevo.

1.º La razón es obvia: el deudor en esta disposición está en riesgo de quedar insolvente, y no puede ser que el fiador haya de contemplar la ruina del deudor, sin que se le facilite el medio de ponerse a cubierto de los riesgos que esa ruina le proporciona.

2.º Aquí es más clara la razón: un contrato es ley para las partes. Si el deudor se comprometió a verificar el relevo dentro de cierto plazo, y el plazo está cumplido, está obligado a hacerlo.

3.º Vencido el plazo, puede el fiador exigir al acreedor que persiga al deudor, y si no lo hace, queda libre de responsabilidad; puede también pagar, haciendo luégo uso de las acciones legales contra el deudor, y puede también, vencido el plazo, exigir que el deudor lo releve o le ase-

gure las resultas de la fianza por algunos de los medios antes indicados.

Natural es que así sea, porque en estas circunstancias hay riesgo inminente para el fiador. Si el fiador se presenta al deudor y le dice: Reléveme usted de la fianza, ya puede usted pagar; puede el deudor decirle: No puedo. Entonces el fiador le dice: Déme las seguridades necesarias, póngame a cubierto de las resultas de la fianza.

4.º Se refiere al caso en que se haya asegurado con fiador, obligación de tiempo indefinido y hayan transcurrido diez años; por ejemplo, arrendamientos por tiempo indefinido. El arrendatario asegura sus obligaciones con fiador; al cabo de diez años puede exigir el fiador el relevo de la fianza.

Esto está muy puesto en equidad, porque no puede dejarse al fiador en esa condición por tiempo excesivamente largo.

Si el arrendamiento se contrata por tiempo fijo, mayor de diez años, no tiene el fiador derecho al retiro, porque así consintió él.

Explica, y con razón, la ley, las obligaciones que se afianzan y que por su naturaleza hayan de durar un tiempo indefinido.

5.º Si por el hecho de disipar sus bienes el deudor, al fiador se permite exigir el relevo, con mayor razón cuando existe el peligro de fuga de que se habla en este artículo.

Aquí hay propósito fraudulento respecto a los acreedores y el fiador. Es muy natural que al fiador se le permita exigir el relevo de la fianza o las cauciones o a la consignación.

Habiendo examinado los diversos casos en los cuales puede pedirse el relevo de la fianza, vamos ahora a examinar cuál es la sanción del artículo 2394, o sea qué medios coercitivos puede emplear el fiador contra el deudor para obtener el cumplimiento de esta obligación.

Se trata de obligación de hacer, que emana ya de la convención, ya de la ley. El deudor puede haberse comprometido con el fiador a relevarlo de la fianza, que es uno de los casos a que se refiere el artículo; en los demás casos existe por ministerio de la ley.

El deudor está obligado a hacer con el acreedor arreglo para que se le admita otro fiador, prenda o hipoteca, o si no, caucionar directamente al fiador las resultas de la fianza o consignar medios de pago.

La obligación es siempre de hacer. Tratándose de estas obligaciones, el artículo 1610 establece los medios que

puede emplear el acreedor para obtener el cumplimiento de la obligación.

En el caso que examinamos el fiador es quien puede exigir del deudor la ejecución del hecho. Desde luego no tiene cabida en este caso lo establecido en el ordinal 2.º del artículo 1610; de modo que sólo nos quedan los medios indicados en los ordinales 1.º y 3.º

Los apremios de que aquí se habla no pueden ser otros que los autorizados por las leyes de procedimiento. Tratándose de obligación civil no pueden ser otros. El único apremio será pues el embargo de bienes del deudor, suficientes para cubrir la indemnización de perjuicios.

El Código Judicial establece para este caso, cuando se libra mandamiento ejecutivo, tratándose de obligaciones de hacer, que el acreedor tiene derecho de estimar bajo juramento los perjuicios que se le ocasionan por el no cumplimiento. De modo que este es el único apremio, el solo medio que la ley pone en manos del acreedor para obtener la ejecución del hecho o la indemnización de los perjuicios.

Aplicando esta doctrina a la materia de que tratamos, resultan dificultades.

Supongamos que el fiador en alguno de los casos en que tiene derecho para que se le releve de la fianza procede ejecutivamente, y pide en la demanda que lo releve el deudor, y para el caso de que no lo haga dentro del término que el Juez señale, se le embarguen bienes para cubrir los perjuicios que se estimen en tanto. El ejecutado tiene derecho para que se regule por el Juez esta estimación, y para hacerla, el Juez debe proceder con conocimiento de causa, es decir: debe acreditarse la existencia y cuantía de los perjuicios.

En el caso de que tratamos la prueba exigida es muy difícil. ¿Cómo pueden de antemano saberse los perjuicios que haya de sufrir por no relevarlo?

Habrán casos en que sufra gran quebranto, como en el en que no pague el fiador. El perjuicio para el deudor se origina principalmente en el hecho de verse obligado a pagar. ¿Antes de realizarse este hecho qué perjuicios puede haber? y por ende qué indemnización? El deudor podrá decir: el fiador no ha recibido perjuicio alguno. Así, pues, por regla general los perjuicios son futuros y eventuales.

Mirada la cuestión por otro aspecto, si hay perjuicio actual. El tener comprometida la firma disminuye el crédito. Si el fiador se dirige a un capitalista, éste averigua la solvencia, y al saber que su firma está comprometida, puede retraerse de verificar la operación,

Por aquí se ve, que el no relevo de la fianza puede ocasionar perjuicio actual consistente en la disminución del crédito del fiador, por la dificultad que tiene por este motivo para realizar operaciones necesarias.

Hay daño emergente: no puede obtener las cantidades necesarias para la conservación de sus negocios, y lucro cesante en cuanto deja de hacer ciertas ganancias.

Pero esto no sucederá en todos los casos. Si la firma de Pepe Sierra está comprometida con suma pequeña, eso no afecta su crédito, ni tiene valor. De modo que absolutamente, no puede decirse que siempre haya perjuicios actuales, y pueda emplearse el medio coercitivo por el no relevo de la fianza.

Este artículo en unos tiene la sanción que hemos visto, y en otros no tiene sanción porque no le es aplicable el artículo 1553. «Aplicando un argumento *a fortiori*, tenemos: si al deudor que por hecho o culpa suya disminuye las cauciones, se le puede obligar a pagar antes del plazo, con mayor razón al que no ha prestado la caución prometida. De modo que si para el primer caso da esa autorización la ley, *a fortiori* en el segundo. Mas tratándose del relevo de la fianza la disposición es inaplicable.

CAPITULO IV

Haremos breves observaciones con respecto a las relaciones de la fianza entre los cofiadores.

Dice el artículo 2403 «...» Hemos visto que cuando hay varios fiadores, que no se han obligado solidariamente, cada uno responde de la cuota parte que le corresponde. Puede suceder, sin embargo, que uno de estos fiadores resuelva pagar toda la deuda; queda entonces subrogado en los derechos del acreedor contra los otros fiadores.

El fiador que paga en tales condiciones puede hacer uso de las acciones que le concede la ley contra el deudor y los cofiadores. Queda convertido el fiador en acreedor.

El artículo parece referirse sólo al caso que hemos contemplado, o sea al de los cofiadores no solidarios. ¿Qué sucede en el caso de los cofiadores no solidarios? Esto se regula por lo establecido en el tratado de las obligaciones solidarias. Así, sucederá en este caso, que el cofiador a quien se le exige el pago, debe pagar íntegramente, quedándole a salvo su acción contra los otros. En este caso no hay subrogación, pues a él no se refiere el artículo 2403.

El derecho que tiene el cofiador solidario para repetir contra sus cofiadores no proviene de una subrogación,

sino que nace en el mismo cofiador que paga, y por virtud de este pago. De modo que el fiador que ha pagado no puede ejercitar las acciones del acreedor contra ellos; sólo puede ejercitar su acción personal contra ellos. Así, pues, si suponemos que uno de esos cofiadores solidarios ha otorgado fianza o hipoteca, el fiador solidario que ha pagado podrá, al repetir contra él, ejercitar la acción del acreedor sobre la hipoteca? No, porque aquí no hay subrogación.

2404 «...» Si el cofiador que paga procede contra los otros fiadores, para el reembolso que deben verificar, no pueden hacer valer las excepciones personales del deudor v. gr.: su incapacidad para obligarse.

Tampoco podrá oponer resistencia, dice la última parte del artículo. El cofiador que fue perseguido para el pago se obligó sin los requisitos legales. El puede no pagar, y sin embargo paga. ¿Podrán los cofiadores alegar esa nulidad relativa que él no alegó? No, porque si no alegó él la nulidad, ninguno otro puede pretender que se declare el acto nulo. El ha ratificado. La solución se impondría en esta forma aun sin el artículo.

Por último, dice el artículo 2405 «...»

El subfiador es un fiador del fiador mismo.

Este texto es importante, porque sin él habría fundamento para dudar, si podría procederse contra el subfiador en el caso del artículo, por insolvencia del fiador. Sin el texto expreso quizá hubiera habido necesidad de resolver la cuestión en sentido contrario.

EXTINCION DE LA FIANZA

2406 «...» En la doctrina del Derecho francés se establece que la fianza se extingue por vía principal o por vía consecuencial.

El modo más común es el de la extinción de la obligación afianzada, porque no existiendo lo principal no existe lo accesorio.

Esta es la extinción por vía consecuencial.

Vamos a examinar los diversos casos en que se extingue la fianza por vía consecuencial, y luego veremos los casos de extinción por vía principal.

La extinción de la obligación principal acarrea la de la fianza, cualquiera que sea el medio de extinción de la principal obligación.

Examinaremos los diversos medios de extinción de la obligación principal para ver efectos en la fianza:

Primero. Pago. Verificado por el daudor o por un ter-

cero el pago válido, extingue la obligación y por ende la fianza; pero es preciso exceptuar los casos de pago con subrogación, porque este es fenómeno que se realiza por ministerio de la ley, y que traspasa el crédito del acreedor a quien verifica el pago, con todos sus accesorios. En este caso no hay extinción del crédito, sino traspaso, realizado a virtud de la ley sin estipulación entre las partes.

El artículo 1666 «...» y el 1668 establece los casos de subrogación legal y dice: «...» No puede decirse, pues, de modo absoluto que el pago de la deuda extinga la fianza. Es preciso exceptuar, pues, los casos de subrogación.

Es necesario en esta materia exceptuar el caso que se llama *dación en pago*. En este caso se verifica el pago no en dinero o en la especie misma en que se debe, sino en otra cosa, por acuerdo entre el acreedor y el deudor. Debo dinero, pero no lo tengo y propongo al acreedor que me reciba unos animales. El pago así verificado extingue la obligación y el fiador queda libre.

Con respecto a esto, dice el artículo 2407 «...» Supongamos el caso de que se haya dado una fianca en pago; más tarde el acreedor sufre coacción de la fianca; el pago queda en cierto modo anulado. Se declara que la cosa no pertenecía al deudor que la dio en pago, y por tanto queda éste insubsistente. Según este artículo el fiador queda libre siempre.

El acreedor tendrá según las reglas generales, contra el deudor la acción de saneamiento; pero ninguna contra el fiador.

Esta solución se impondría sin necesidad de texto expreso.

En toda dación de pago hay una novación.

Aunque no medie tiempo alguno apreciable entre el convenio y la dación en pago, siempre tiene que mediar una novación. Puede ser novación que se ejecuta inmediatamente; mas existe siempre y produce el efecto de liberar de las cauciones accesorias prestadas por terceros. Así el fiador queda libre por el hecho de la novación, y la evicción no puede anular los efectos de aquélla.

¿La regla de este artículo será aplicable al caso en que la deuda afianzada sea un cuerpo cierto? v. gr., un caballo que entrega el deudor, pero luego el acreedor sufre evicción de él. ¿Queda libre el fiador? No. En el caso anterior vimos que hubo una novación; aquí sólo existe el cumplimiento de la obligación como se contrajo, y la entrega de una cosa sobre la cual no tenía dominio el deudor no es un pago válido y por tanto no puede tener como efecto la extinción de la fianza.

Veamos otro modo de extinguirse la fianza: la con-

fusión. Cuando en una misma persona se juntan las calidades de acreedor y deudor se verifica ésta: yo era acreedor de usted, a quien heredo como heredero universal. La deuda se extingue, y por tanto la fianza. Respecto de esto hay también texto expreso: el artículo 2408 «...» No habla de la confusión en el caso de que se reúnan en un mismo individuo las calidades de acreedor y deudor, porque entonces se extingue la fianza por una conseqüencial.

Habla este artículo de casos dudosos, como en el que se reúnan las calidades de acreedor y fiador o las de deudor y fiador.

La compensación es un medio de extinguirse las obligaciones.

(Continuará)

JUR. de la C. SUPREMA

(Extracto de las doctrinas sentadas por esa Alta Corporación en sentencias pronunciadas recientemente).

C

Causales de casación.—73 Es casable, por la segunda de las causales que enumera el artículo 2.º de la Ley 169 de 1896, la sentencia que en el juicio ordinario sobre comprobación de cuentas, se ocupa en decidir si el demandado está o nó en la obligación de rendir todas las cuentas que se le pidieron en la demanda, o sólo una parte de ellas, cosa que se ha decidido ya en el juicio especial por sentencia ejecutoriada, y que por tanto no era objeto del juicio ordinario. (Casación de 13 de Noviembre de 1911) 328 1.ª
Véase Incongruencia.

— 74—La Sala de Casación no puede proceder a examinar motivos distintos de los alegados en la demanda de casación ni a suplir los vacíos de ésta, porque el recurso es remedio extraordinario que se rige por leyes especiales y no es una tercera instancia del juicio. (Casación de 15 de Diciembre de 1911)..... 354 2.ª