



Solidaridad pasiva y fianza, conceptos antitéticos

Adalberto Eduardo Herrera González

Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal

SUMARIO: *Introducción. I. Obligaciones complejas u obligaciones con sujeto múltiple. II. Mancomunación simple y solidaria. III. Solidaridad activa y pasiva. IV. Consideraciones respecto de la fianza. V. Imposibilidad de aunar los conceptos de fiador y deudor solidario. Referencias.*

INTRODUCCIÓN

Todos los días se celebran en el país contratos en los que aparece la siguiente estipulación: *el fiador se obliga mancomunadamente y solidariamente*.

Debido a la frecuencia con la que se establece ese tipo de estipulación, la mayoría de los profesionistas del derecho la pasan por alto; es decir, no reparan en el hecho de que una cláusula establecida en esos términos involucra conceptos que resultan excluyentes entre sí.

Tal confusión conceptual es potencialmente generadora de problemas, toda vez que en el evento de que un contrato de esa naturaleza tenga que ser analizado por autoridades judiciales, resultaría ciertamente difícil para el juzgador establecer en qué términos se obligó la persona que a la vez aparece como *fiador* y como *obligado solidario y mancomunado*. En virtud de lo anterior, este trabajo pretende demostrar que la fianza y la responsabilidad solidaria son dos formas de garantizar una obligación

totalmente distinta, de tal suerte que resulta jurídicamente imposible que un fiador se constituya también como obligado solidario.

Asimismo, con base en el análisis que se hará de los conceptos ya referidos, se llegará a la conclusión de que en el caso que una autoridad judicial conozca de un contrato que adolezca de esta problemática tendrá que abocarse a la tarea de interpretar cuál fue la verdadera intención de las partes a efecto de ubicar de manera, concreta y objetiva, la obligación asumida por la persona que aparece indistintamente como fiador y como obligado solidario y mancomunado, pues sería una ilegalidad establecer en un fallo judicial que a la garantía de fianza se le puede aunar la solidaridad pasiva.

I. OBLIGACIONES COMPLEJAS U OBLIGACIONES CON SUJETO MÚLTIPLE

La doctrina mexicana, en el análisis de las obligaciones, se ha orientado hacia el concepto denominado: *modalidades de las obligaciones*.

Rojina Villegas (1992) explica la *modalidad en las obligaciones* como un hecho que afecta la naturaleza de la obligación, en cuanto a su existencia, exigibilidad, sujetos u objetos; es decir, afecta la existencia misma de la obligación por medio de la condición suspensiva o resolutoria; su exigibilidad a través de un término, o bien, hace compleja la naturaleza del vínculo, estableciendo una pluralidad de sujetos en las obligaciones mancomunadas y solidarias, o de objetos en las conjuntivas y alternativas. En las obligaciones indivisibles, la modalidad recae en especial en la naturaleza de la prestación, pues ésta no puede cumplirse en forma parcial, aun cuando lo quisieran así las partes; también, pueden existir una pluralidad de sujetos, aunque tal circunstancia, no es necesaria, ni caracteriza propiamente a la obligación indivisible, ya que puede existir con un solo sujeto activo y pasivo; o bien, puede combinarse la especialidad de la prestación con la presencia de varios sujetos activos o pasivos.

Ahora bien, el referido concepto de *modalidad de las obligaciones* resultaría incomprensible si no fuera confrontado con la *obligación pura y simple*, que Rojina Villegas (1992) conceptualiza como la obligación que existe y es exigible entre un sujeto activo y uno pasivo. Esto es, se trata de una obligación, que no es afectada por ningún hecho o circunstancia.

En otros países latinoamericanos, la doctrina también ha atendido los conceptos de *obligación pura y simple* y *de modalidades de las obligaciones*; el tratadista argentino Jorge Joaquín Llambias (1983) sostiene que las obligaciones pueden clasificarse del siguiente modo:

- En función de la naturaleza del vínculo;
- En función de su objeto;
- En función del sujeto de ellas;
- En función de la causa o fuente que las produce;
- En función de los accidentes o modalidades que pueden alterar la eficacia de la obligación;
- En función de su conexión recíproca.

En cuanto a la naturaleza del vínculo, las obligaciones admiten subdividirse en civiles o perfectas o naturales o imperfectas.

La clasificación en función del objeto implica, a la vez, subclasificar a las obligaciones, en relación con:

- La naturaleza de la prestación;
- La determinación del objeto;
- La complejidad del objeto.

De lo anterior se sigue que, con relación a la naturaleza de la prestación, la obligación puede ser: *de dar, de hacer o de no hacer*; por lo que hace a la determinación del objeto, la obligación puede ser: *de dar cosas ciertas, de dar cosas inciertas, de dar cantidades de cosas, y de dar sumas de dinero*; con relación a la complejidad del objeto, la obligación puede ser: *de objeto conjunto o de objeto disyunto*, lo que genera la posibilidad de que existan obligaciones alternativas y facultativas.

La clasificación en función al sujeto, nos indica que existen obligaciones con sujeto singular y obligaciones con sujeto plural; estas últimas, pueden ser divisibles o indivisibles, así como simplemente mancomunadas o solidarias.

La clasificación en función de la causa, indica que las obligaciones pueden ser: contractuales, extracontractuales o legales.

La clasificación bajo el enfoque de las modalidades que pueden afectar a las obligaciones, las divide en: puras y simples o modales; a su

vez, estas últimas, según el tipo de modalidad que presenten, se dividen en: a plazo, condicionales o con cargo.

En función de su conexión recíproca, las obligaciones se distinguen en: principales y accesorias.

Como se puede apreciar, el referido tratadista argentino utiliza el concepto de *modalidades de las obligaciones*, como uno de los diversos enfoques para clasificar a las obligaciones; sin embargo, a diferencia de la doctrina mexicana, no sigue la idea de que la *complejidad en función de la pluralidad de los sujetos* constituya, propiamente, una modalidad de la obligación; en lugar de ello, considera al *sujeto de la obligación*, como otro enfoque para poder llevar a cabo tal clasificación.

En este escenario, tenemos que los conceptos de mancomunidad y de solidaridad, pueden hallarse como una modalidad de la obligación, que afecta su naturaleza, haciéndola más compleja, al crear relaciones entre diversos sujetos activos o pasivos; o bien, como la forma en la que se clasifican las obligaciones de sujeto múltiple, pues la clasificación en función del sujeto de la obligación *nos indica que la obligación puede ser de sujeto singular o de sujeto plural; la primera, obviamente, es aquella en la que sólo existe una persona obligada a su cumplimiento, mientras que la obligación con sujetos plurales, implica, desde luego, la existencia de varias personas obligadas, ya sea en forma simplemente mancomunada o en forma solidaria.*

II. MANCOMUNACIÓN: SIMPLE Y SOLIDARIA

Llambias (1983) plantea que son *obligaciones de sujeto múltiple* las que corresponden a varios acreedores o pesan sobre varios deudores, con relación a una sola prestación debida y en razón de una causa única.

Es claro que no se está en el caso de obligaciones de sujeto múltiple, cuando los objetos sean varios y éstos resulten debidos, separadamente, por muchos deudores o acreedores, pues en tal supuesto no se trataría de una sola obligación, sino de varias, no obstante que todas proviniesen de una misma causa; verbigracia si *A* y *B* se obligan por un mismo contrato a vender, cada uno de ellos, a *C*, un automóvil de cierta marca, es inconcuso que no hay obligación entre *A* y *B*, sino dos obligaciones, una de *A* y otra de *B*.

Por ello, y con la finalidad de no incurrir en imprecisiones, la unidad de objeto debe entenderse con amplitud; de tal suerte que si *A* y *B* se obligan conjuntamente a hacer algo, que en realidad sólo es privativo de uno de ellos, por ejemplo: esculpir un monumento, que sólo *A* puede hacer no debe pensarse que falta unidad de objeto, pues existe *unidad funcional*, toda vez que Juan garantiza al acreedor la satisfacción de su interés, en el supuesto de que no llegara a obtener el monumento esculpido por Pedro.

En este orden de ideas, es claro que para que haya obligación conjunta, debe mediar una causa única que comprometa a varios deudores o favorezca a varios acreedores, pues faltando la unidad de causa, no hay obligación conjunta, no obstante que exista unidad de objeto.

Con base en lo expuesto, podemos destacar como elementos inherentes a las obligaciones con sujeto múltiple:

- a) Pluralidad de elementos activos o pasivos;
- b) Unidad de objeto;
- c) Causa única;
- d) Pluralidad de vínculos.

El elemento referido en el inciso a) es el típico y consustancial al concepto del que se viene hablando; el señalado en el inciso b) implica que siempre debe existir un objeto único, debido a todos los acreedores por un solo deudor o por todos los deudores a un solo acreedor, es lo que permite afirmar que se está en presencia de una sola obligación; el correspondiente al inciso c) refiere que la obligación debe provenir de una sola causa, en cuanto al título en que se apoye la prerrogativa de los acreedores o de donde surge el deber de los obligados; finalmente, el elemento del inciso d) implica la existencia de una relación obligacional única, pero integrada por varios vínculos.

Una vez precisados los elementos fundamentales para que pueda existir *la obligación conjunta* es posible comprender el concepto de la mancomunación.

Sin embargo, para ello también es necesario hacer referencia al principio general de fraccionamiento de la obligación, el cual establece que la divisibilidad de las obligaciones constituye la regla común, de tal suerte que las obligaciones admiten la posibilidad de ser conjuntas o con pluralidad de acreedores o deudores.

Dicho principio sólo cede ante las causas que impiden el fraccionamiento, que a saber son: la indivisibilidad de la prestación o la solidaridad del vínculo obligacional.

El principio de fraccionamiento descompone la obligación conjunta en tantas obligaciones como sujetos existen, pero en forma alguna afecta la obligación en su aspecto intrínseco, por lo tanto, es dable sostener que la pluralidad de los sujetos es un elemento puramente extrínseco, que no trasciende al régimen de la obligación, sino que únicamente provoca su desdoblamiento; es decir, aunque la obligación, aparenta ser una, en realidad, está descompuesta en tantas obligaciones aisladas como personas haya de un lado u otro.

Debido al principio de fraccionamiento, no hay frente común de acreedores o deudores, de tal suerte que todos quedan extraños los unos con los otros.

Ahora bien, precisado lo anterior, podemos decir que, en términos generales, la mancomunación, se entiende como el fenómeno de estar constituida una sola obligación, en favor de varios acreedores o a cargo de varios deudores, quienes quedan obligados por razón de una causa, integrada por varios vínculos.

Tal concepto de mancomunación permite ser acotado, en atención al referido principio de fraccionamiento, dando lugar a la mancomunidad simple y solidaria.

En tal virtud, tenemos que la mancomunación es simple, cuando existen en la obligación diversos acreedores o deudores, pero no se ha introducido entre ellos ninguna asociación de intereses, por lo tanto, la pluralidad de la obligación, es extrínseca a la estructura de la obligación, la cual continúa gobernada por el principio general de fraccionamiento.

En cambio, la obligación mancomunada es solidaria cuando la concurrencia de los sujetos activos o pasivos, se erige como un elemento intrínseco, que le da a la obligación una estructura unitaria y proyecta una asociación de intereses entre las personas afectadas, de tal suerte que en este caso surge un principio de concentración, que hace a un lado el principio de fraccionamiento propio de las obligaciones con pluralidad de sujetos.

El Código Civil Federal es acorde con tales conceptos.

En efecto, los numerales 1984 y 1985, disponen:

- *Cuando hay pluralidad de deudores o acreedores, tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad.*
- *La simple mancomunidad de deudores o de acreedores, no hace que cada uno de los primeros deba cumplir íntegramente la obligación, ni da derecho a cada uno de los segundos para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos unos de otros.*

Por su parte, el artículo 1987 establece: *además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa, cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación; y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida.*

Rojina Villegas (1992) sostiene que, de acuerdo con nuestro Código Civil, hay simple mancomunidad cuando la prestación es exigida a prorrata por diversos acreedores a un solo deudor, o es sufrida a prorrata por diversos deudores en favor de un acreedor; la primera hipótesis daría lugar a la simple mancomunidad activa, mientras que el segundo supuesto, nos ubicaría frente a la simple mancomunidad pasiva.

Por lo que respecta a la solidaridad, el referido autor también propone que en esta figura no existe división respecto al crédito o la deuda, sino que la prestación debe ser íntegramente pagada por el único deudor a alguno de los acreedores, o por alguno de los deudores al acreedor único; la primera de las hipótesis daría lugar a la solidaridad activa; y, la segunda, a la solidaridad pasiva. Asimismo, el autor citado, sostiene que puede darse el caso de pluralidad de deudores y acreedores con solidaridad, en cuya hipótesis cualquier acreedor puede exigir a cualquier deudor el pago total de la obligación, lo que daría lugar a una solidaridad mixta, activa y pasiva a la vez.

Podemos afirmar, que las obligaciones simplemente mancomunadas, son aquellas en las que existe una pluralidad de sujetos, pero que no están afectadas por el principio de concentración.

III. SOLIDARIDAD ACTIVA Y PASIVA

Como ya hemos visto, la solidaridad es un fenómeno jurídico de excepción, pues la norma común para las obligaciones conjuntas es que en éstas exista divisibilidad en la prestación.

Lo anterior no quiere decir que, tratándose de obligaciones solidarias, la prestación sea de naturaleza indivisible, por lo contrario, es un presupuesto para que exista solidaridad que el objeto de la obligación sea divisible, pues si éste fuera indivisible, se saldría de los márgenes de la solidaridad para entrar en los de la indivisibilidad en la que cualquier acreedor puede exigir el pago total al deudor que escoja, pero por otras razones y sujeto a otras reglas.

Para aclarar este punto, resulta oportuno citar la definición de Rene Abeliuk Manasevich (2001), quien afirma que la obligación solidaria es aquella en que debiéndose una cosa divisible y existiendo pluralidad de sujetos activos y pasivos, cada acreedor está facultado para exigir el total de la obligación y cada deudor puede exigir el total de la deuda a cada uno de los deudores.

Los elementos de la obligación solidaria, son básicamente los mismos de la obligación conjunta, sin embargo requiere de otros diversos que la distinguen de esta última.

En efecto, la solidaridad obviamente supone la pluralidad de sujetos activos y pasivos, pues de existir un solo acreedor, es inconcuso que éste cobrará todo el crédito que a él solamente le pertenece. Asimismo, la solidaridad requiere de unidad en la prestación, que es otro rasgo común de las obligaciones conjuntas; también necesita de unidad de causa, toda vez que el deber de prestar de todos los deudores o la pretensión de todos los acreedores deriva del mismo título o hecho justificante; igualmente debe haber pluralidad de vínculos pero, a diferencia de las obligaciones conjuntas, la solidaridad requiere que tales vínculos se encuentren coligados o concentrados.

Así, tenemos que en las obligaciones simplemente mancomunadas, los distintos vínculos personales que integran la obligación subsisten separados o aislados; mientras que en las obligaciones solidarias, tales vínculos convergen en un punto que infunde a la obligación una estructura unitaria, de tal suerte que lo que acontece a uno de los vínculos se propaga, en principio, a los demás vínculos paralelos.

La forma como se ha tratado de explicar tal propagación de efectos es haciendo uso de la figura de la representación, toda vez que la energía jurídica que emerge del título creador de la solidaridad suscita un frente común de acreedores o deudores, de tal suerte que, lo que haga alguno de los integrantes de ese frente común se imputa, igualmente, a los demás cointeresados; de ahí que, para la otra parte de la relación jurídica, el actuar de uno de los obligados implica la idea de un interés comunitario, que es la base de la solidaridad.

Otro elemento de la solidaridad, diverso al de las obligaciones conjuntas, es su carácter expreso.

En efecto, como ya hemos visto, la solidaridad constituye una excepción a los principios del derecho común, dado que éstos indican una repartición de la deuda entre los obligados y del crédito entre los acreedores, por ello, la solidaridad, nunca puede ser tácita o inducida por analogía, por lo tanto, para admitirla se necesita de una voluntad explícita de las partes o una decisión inequívoca de la ley, de tal manera que cualquier duda al respecto implica la ausencia de solidaridad; razón por la cual el artículo 1988 del Código Civil Federal establece:

La solidaridad no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes.

Expuesto lo anterior, podemos dar paso a los distintos tipos de solidaridad, que a saber son la activa y la pasiva.

De acuerdo, con Abeliuk Manasevich (2001) la solidaridad activa, consiste en que habiendo pluralidad de acreedores, cada uno de ellos puede exigir el total de la obligación y cumplida ésta por el deudor respecto de uno, se extingue para los demás.

Esta clase de solidaridad en realidad tiene escasa aplicación práctica, pues presenta el serio inconveniente de dejar a los acreedores a merced de cualquiera de ellos, por lo que es posible que éstos se encuentren con el problema de que quien percibió el pago, no quiera pagarles su parte, y se vean obligados a ejercer una acción a efecto de obtener la parte que les corresponda a cada uno.

Al respecto, cabe destacar que el artículo 1992 del Código Civil Federal, establece que *el acreedor que hubiese recibido todo o parte de la deuda, o que hubiese hecho quita o remisión de ella, queda responsable frente a los otros acreedores, de la parte que a ellos corresponda, dividido el crédito entre ellos.*

La ventaja de esta solidaridad que consiste en que uno solo de los acreedores se ocupe de tratar con el deudor y obtener el cobro de la deuda, puede ser lograda con un simple mandato que tiene riesgos menores, y que puede ser revocado en cualquier momento; en cambio, una vez estipulada la solidaridad, no pueden privar los acreedores a alguno de ellos, del derecho al cobro total de la deuda.

Abeliuk Manasevich (2001) señala los siguientes efectos de la solidaridad activa:

1. Cada acreedor puede exigir el pago total de la deuda al deudor y, en consecuencia, el cumplimiento que a cualquiera de sus acreedores efectúe el deudor, extingue la obligación respecto de todos ellos.
2. Lo que sucede si el deudor paga a uno de los acreedores, vale para cualquiera de los modos de extinguir las obligaciones; de tal suerte que si uno de los acreedores compensa, nova o condona la deuda, afecta a los demás acreedores.
3. La interrupción que beneficia a uno de los acreedores, aprovecha a todos los demás.
4. Constituido del deudor, en mora respecto de uno de los acreedores, queda en mora, respecto de todos los demás.

Una vez concluido el análisis de la solidaridad activa, proseguimos con el estudio de la solidaridad pasiva que, a diferencia de la primera, es de enorme aplicación, pues ésta reviste gran importancia en el mundo de los contratos. Por el carácter de caución que tiene Llambias (1983) explica que la solidaridad es pasiva cuando la obligación resulta contraída por varios deudores, cada uno de los cuales está precisado a satisfacer al acreedor la totalidad de la prestación debida, bien entendido que el cumplimiento de uno libera a todos.

El mismo autor señala que los efectos necesarios o primordiales de la solidaridad pasiva son:

1. El derecho del acreedor al cobro total del crédito, con respecto a cualquiera de los deudores, para efectos prácticos le da potestad para elegir a quién demandar, pues puede optar por demandar a todo el frente común de deudores y lograr una sentencia

de autoridad de cosa juzgada para todos; o bien, puede dirigir su acción al deudor más solvente, por la mayor simplicidad y celeridad en el trámite que implica un demandado singular. Este efecto de las obligaciones solidarias, está previsto por nuestro Código Civil Federal en el artículo 1989.

2. La extinción de la obligación en relación con todos los deudores por el pago de alguno de ellos, o por la incidencia de un equivalente de pago que implique la satisfacción del acreedor (novación, compensación o bien por la remisión de la deuda, hecha a un deudor); tales consecuencias, responden a la unidad del objeto debido por todos los deudores, de tal suerte que si el acreedor recibe ese objeto en calidad de pago; o bien, si de otro modo es computado como antecedente de una novación o compensación, cesa la obligación primitiva; lo mismo sucede, en caso de que opere la remisión total o parcial de la deuda, pues en la medida en que el acreedor consiente en darse por satisfecho sin recibir la prestación correspondiente. La prestación de todos los deudores que versa sobre un objeto único resulta extinguida.

También afirma que los efectos accidentales o secundarios de la solidaridad pasiva guardan semejanza con los de la solidaridad activa, toda vez que se refieren: a la interrupción y prescripción; al curso de los intereses con relación a todos los deudores; y, a la propagación de la mora.

En relación con la prescripción opera la regla en el sentido de que cualquier acto que la interrumpa en favor de uno de los deudores, aprovecha o perjudica a los demás; tal regla se encuentra recogida en nuestro Código Civil Federal en el artículo 2001.

El efecto relativo a la demanda de intereses entablada contra uno de los deudores solidarios, implica el hecho de que se surtan intereses con respecto a todos los deudores.

Entre el Código Civil argentino y nuestro Código Civil encontramos que éste último no contiene un artículo que prevea tal regla. Sin embargo, la ausencia de una disposición no implica que ese efecto no opere en el derecho mexicano al encontrarse relacionado con la mora, toda vez que los intereses son el efecto más normal de ésta.

En tal virtud, dado que el carácter solidario de la obligación conlleva necesariamente a que la mora de uno de los deudores sea la de los deudores solidarios.

Se hace patente el carácter de caución de la solidaridad pasiva pues el acreedor puede hacer efectivo su crédito en el patrimonio del conjunto de deudores, de manera que si uno de ellos es insolvente siempre queda el recurso de cobrar a los otros.

Es importante mencionar que la solidaridad pasiva involucra relaciones internas de los codeudores entre sí, toda vez que el deudor que ha hecho el pago dispone de acciones para hacer efectiva la contribución que a cada deudor corresponde. Tal acción se divide entre los deudores, según la *parte y porción* de cada obligado.

Ello significa que la solidaridad de la deuda sólo existe para el acreedor, pero se disuelve luego de haber quedado éste satisfecho; de tal manera que el *solvens* que lo subroga en sus derechos puede pretender todo lo que correspondía al acreedor, pero sin que esto implique que continúe el carácter solidario del crédito subsistente contra los obligados.

Al respecto, cabe hacer mención del artículo 1999 del Código Civil Federal, que dispone: *El deudor solidario que paga por entero la deuda, tiene derecho a exigir de los otros codeudores, la parte que en ella les corresponda. Salvo convenio en contrario, los deudores están obligados entre sí por partes iguales [...]*.

Sin embargo, de conformidad con el texto del numeral 2000 del Código Civil Federal, tal regla tiene una excepción que opera cuando el negocio por el cual se contrajo la deuda solidaria sólo interese a uno de los deudores solidarios, pues en tal supuesto éste será responsable solidariamente de toda ella, ante los demás codeudores solidarios.

IV. CONSIDERACIONES RESPECTO DE LA FIANZA

En este apartado no se pretende llevar a cabo un análisis exhaustivo del contrato de fianza, dado que ello nos alejaría del objetivo del presente trabajo, por lo tanto, solamente se expondrán algunas consideraciones relativas a su carácter de obligación subsidiaria, así como a algunos de sus efectos jurídicos.

El artículo 2794 del Código Civil Federal, dispone: *La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si otro no lo hace.*

Del texto anterior se advierte, por una parte, que se trata de un contrato accesorio, al no ser posible concebir aisladamente a la fianza

—condicionada por una obligación que delimita el contenido de la garantía—; por otra parte, se hace patente el carácter subsidiario que asume el fiador, que se compromete al pago de la deuda en caso que el deudor no lo haga, lo que genera el derecho del acreedor —también subsidiario— de persecución de la totalidad de los bienes que integran el patrimonio del fiador.

Tal fenómeno no se presenta tratándose de garantías reales, pues en este caso el garante sólo compromete la cosa sobre la que recae la garantía, quedando libre de toda obligación personal. Cabe precisar que el garante hipotecario no goza del beneficio de excusión que tiene el fiador.

En efecto, el beneficio de excusión es una consecuencia de la subsidiariedad del contrato de fianza, ya que al ser el fiador un obligado sustituto éste tiene derecho a pedir, antes de pagar al acreedor, que se haga excusión de todos los bienes del fiado, tal como lo dispone el artículo 2814 del Código Civil Federal.

De acuerdo con el diverso 2815 del aludido código *la excusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedará reducida o extinguida a la parte en que no se haya cubierto.*

De conformidad con el artículo 2816 del código en cita: *la excusión no tendrá lugar: cuando el fiador renuncie expresamente a ese beneficio; en los casos de concurso o insolvencia probada del deudor; cuando el deudor no pueda ser judicialmente demandado dentro del territorio de la República; cuando el negocio para el que se prestó la fianza sea propio del fiador; cuando se ignore el paradero del fiador, siempre que llamado éste por edictos, no comparezca ni tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación.*

Casanovas Mussons (1984) sostiene que, de manera general, los efectos de la fianza, tomando en consideración los sujetos que intervienen, se dan en dos momentos:

- Aquel en que se constituye la garantía. Entre deudor principal y acreedor, nace una relación derivada de la conducta del deudor; entre fiador y acreedor, se origina la típica relación contractual de fianza; entre deudor principal y fiador, existe una relación derivada de una relación de gestión de negocios ajenos, derivada generalmente de un mandato expreso o tácito.

- El momento de pago o cumplimiento del fiador. La relación dominante tiene lugar entre deudor o fiador, quedando el acreedor al margen.

Ahora bien, de acuerdo con nuestro derecho positivo, se generan los siguientes efectos jurídicos entre deudor y fiador:

El fiador está obligado a pagar si el deudor no cumple, pero de acuerdo con el artículo 2812 del Código Civil Federal: *puede oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal, sin embargo, no puede oponer aquellas excepciones, que sean personales del deudor.*

De conformidad con el artículo 2813 del código citado: *el fiador no está impedido para oponer las excepciones de prescripción de la deuda, o aquellas relacionadas con otra causa de liberación, o de nulidad o de rescisión de la obligación, no obstante que el deudor haya renunciado voluntariamente a tales excepciones.*

Asimismo, el artículo 2826 del referido ordenamiento sustantivo, establece que: *la transacción entre el acreedor y el deudor principal aprovecha al fiador, pero no lo perjudica. La celebrada entre el fiador y el acreedor, aprovecha pero no perjudica al deudor principal.*

Los artículos 2828 y 2829 del Código Civil Federal establecen los efectos jurídicos que se generan entre el fiador y el deudor, que básicamente consisten en el derecho que tiene el fiador a ser indemnizado por el deudor, aunque éste no haya prestado su consentimiento para la constitución de la fianza. Sin embargo, en supuesto de que la fianza haya sido otorgada en contra de la voluntad del deudor, no tendrá derecho el fiador para cobrar lo que pagó, sino en cuanto hubiere beneficiado el pago al deudor.

Los conceptos que debe indemnizar el deudor al fiador, son: *la deuda principal; los intereses respectivos, desde que haya sido notificado el pago al deudor, aun cuando éste no estuviere obligado por razón del contrato a pagarlos al acreedor; los gastos que haya hecho el fiador desde que dio noticia al deudor de haber sido requerido de pago; y los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor.*

Finalmente, los efectos de la fianza entre los cofiadores están previstos en los artículos 2839 al 2841 del Código Civil Federal.

Este apartado se sitúa en el supuesto de que sean dos o más fiadores los que hayan asumido la obligación subsidiaria de pago de un mismo deudor, frente al mismo adeudo.

De tal manera que aquel fiador que haya pagado la deuda, tendrá derecho a reclamar a los demás fiadores la parte que proporcionalmente les corresponda satisfacer. Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste se distribuirá entre los demás en la proporción que corresponda. Para ello es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial o el deudor principal se encuentre en estado de concurso.

Los cofiadores podrán oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor, excepto las puramente personales de este último o del fiador que hizo el pago.

Asimismo, los cofiadores tienen derecho al beneficio de la división, que opera cuando éstos no se hubieran obligado solidariamente, para que el acreedor divida entre todos la obligación; tal beneficio no tiene lugar cuando se renuncia expresamente; cuando cada uno se ha obligado mancomunadamente con el deudor; cuando alguno o alguno de los fiadores son concursados o se hayan insolventes.

El fiador que pide el beneficio de la división, sólo responde por parte del fiador o fiadores insolventes, si la insolvencia es anterior a la petición, y ni aun por esa misma insolvencia si el acreedor voluntariamente divide la deuda, ya que con ello revela su voluntad de reclamarle toda la deuda al mismo cofiador.

El que fía al fiador en caso de insolvencia de éste, responde en los mismos términos que los sería el fiador fiado.

V. IMPOSIBILIDAD DE AUNAR LOS CONCEPTOS DE FIADOR Y DEUDOR SOLIDARIO

De los temas abordados en este trabajo podemos concluir que aunar los conceptos de fiador y deudor solidario constituye una antinomia.

En efecto, la solidaridad tiene su base en el concepto de mancomunidad, que es el fenómeno de que una obligación se encuentre constituida en favor de varios deudores o a cargo de varios deudores, quienes quedan obligados por razón de una causa integrada por varios vínculos.

Tal concepto de mancomunidad, al ser acotado por el principio de fraccionamiento de la obligación, da lugar a dos modalidades: simple y solidaria. La primera se actualiza cuando existen diversos acreedores o deudores, pero que entre ellos no se ha introducido ninguna asociación

de intereses; la segunda, opera cuando la concurrencia de diversos acreedores o deudores otorga una estructura unitaria a la obligación, precisamente por la asociación de intereses entre las personas afectadas. Desprendiendo el principio de concentración de la obligación, que se contrapone al de fraccionamiento, que es la regla general para las obligaciones con pluralidad de sujetos.

Por tal razón, la solidaridad pasiva implica que cualquiera de los diversos deudores solidarios tenga la obligación de satisfacer en su totalidad la prestación debida, cuando ésta sea exigible.

Asimismo, la relación entre acreedor y deudor solidario tiene su origen en una causa única, lo cual es un elemento consustancial de las obligaciones con sujeto múltiple.

En una obligación contractual la unidad de causa se proyecta en la asociación de intereses de todos los deudores para hacer frente a la obligación estipulada en el acuerdo de voluntades; lo cual da la potestad al acreedor para optar por demandar a todo el frente común de deudores, o bien puede dirigir su acción al deudor más solvente.

Por otro lado, la única semejanza que puede guardar el contrato de fianza con la solidaridad pasiva es que ambas figuras jurídicas tienen el carácter de caución; es decir, pueden ser usadas por el acreedor con el objeto de garantizar sus intereses; pero es inconcuso que se trata de dos formas totalmente diferentes de obtener una garantía.

En efecto, tal como se ha visto, la causa que obliga al fiador frente al acreedor, es de diversa índole de la que obliga al acreedor con el deudor, pues la fianza es una obligación accesoria que si bien tiene su fuente en la obligación principal no participa de ésta en la parte sustancial.

En tal virtud, es notoria la diferencia con la solidaridad pasiva, dado que todos los deudores solidarios comparten la misma obligación. Por ello, cualquiera de ellos está obligado a satisfacer en su totalidad la prestación cuando ésta se hace exigible; mientras que el fiador es un deudor sustituto, que en principio está obligado al pago si el deudor no lo hace.

Por lo tanto, es evidente que se trata de dos conceptos diametralmente distintos, pues la asociación de intereses que tienen los deudores solidarios implica que todos tengan la misma obligación frente al acreedor; de tal manera, es incuestionable que el deudor solidario es un obligado principal; en cambio, resulta jurídicamente imposible

concebir entre el fiador y el acreedor relaciones que provengan exclusiva y aisladamente del contrato principal.

Lo anterior, implica que el deudor solidario puede invocar, al ser demandado, las excepciones que se derivan de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales, mientras que el fiador puede oponer, además de las excepciones inherentes a la obligación principal, las propias de la fianza, no las del deudor.

Entre las excepciones propias de la fianza destaca la de orden y excusión, que implica el derecho que tiene el fiador para aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedará reducida o extinguida a la parte en que no se haya cubierto.

Esta excepción nunca podría ser opuesta por un deudor solidario, ya que solamente puede operar en la fianza debido al carácter subsidiario que tiene tal contrato, y que genera el derecho al fiador de pedir que se cobre primero la deuda en bienes del fiado.

Las diferencias señaladas hacen inconcebible la idea de aunar los conceptos de fianza y solidaridad pasiva, pues es claro que no puede haber solidaridad entre el fiador y fiado si uno es sustituto del otro; por lo tanto, la práctica cotidiana de estipular, en los contratos, que determinada persona en su calidad de fiador se obliga solidaria y mancomunadamente, con todas y cada una de las obligaciones contraídas por el fiado, contiene conceptos antitéticos que hacen obscura su redacción por lo que deben aplicarse las reglas que establece el Código Civil para la interpretación de los contratos, concretamente las previstas en los artículos 1851, 1852 y 1854, que establecen que en el evento de que las palabras parecieran contrarias a la intención de las partes, prevalecerá ésta sobre aquéllas; que no obstante la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él, cosas distintas y casos diferentes de aquéllos que los interesados propusieron contratar; que en el supuesto de existir una cláusula dudosa, ésta deberá interpretarse junto con las otras, para desentrañar su verdadero sentido.

En efecto, una cláusula pactada en los referidos términos, es notoriamente oscura en su redacción, pues en principio, resulta innecesario usar al mismo tiempo los términos: “solidaria y mancomunadamente”, pues tal como se ha visto, la solidaridad involucra necesariamente el concepto de mancomunación, por lo tanto, al ocuparse los dos términos, sugiere la idea de la mancomunidad simple, la cual, evidentemente

excluye la posibilidad de que pueda coexistir con la solidaridad, dado que precisamente se trata de las dos diversas formas en las que puede operar la mancomunación.

Pero la oscuridad de esa cláusula se hace todavía más patente, al aunar los conceptos de fiador y deudor solidario, pues atento a lo ya expuesto, es inconcuso que las obligaciones que asumen uno y otro frente al acreedor no son homogéneas, ya que una se genera en el contrato de fianza y la otra en el contrato principal.

Por lo tanto, la interpretación de esa cláusula, exige necesariamente descartar la figura de la solidaridad, al no ser jurídicamente posible concebir entre el fiador y el acreedor relaciones que provengan exclusiva y aisladamente del contrato principal, en el supuesto de que no se efectúe tal labor de interpretación se colocaría al fiador en una situación de indefensión, pues de nada serviría que éste opusiera frente al acreedor las excepciones propias de la fianza, si también debe responder como deudor solidario.

Existe una posibilidad para que a un fiador se le pueda imputar la solidaridad, la cual se da en el supuesto de que exista pluralidad de fiadores respecto del mismo fiado, en términos de lo dispuesto por los artículos 1839 a 1841 del Código Civil, ya que en tal supuesto el acreedor puede exigir la totalidad de la fianza a cualesquiera de los cofiadores; sin embargo, es evidente que éste no es el caso al que se refiere la cláusula en comento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abeliuk Manasevich, Rene (2001), *Tratado de las obligaciones*, vol. II, Chile: La Roca.
- Casanovas Mussons, Anna (1984), *La relación obligatoria de la fianza*, España: Bosch.
- Llambias, Jorge Joaquín (1983), *Tratado de derecho civil*, Argentina: Perrot.
- Rojinas Villegas, Rafael (1992), *Derecho civil mexicano*, vol. V, México: Porrúa.
- Referencias normativas*

Código Civil Federal.