
LECCION SEXTA.

DE LA FIANZA.

I

Preliminares.

En las reglas cuyo estudio hemos hecho hasta aquí, se ocupa el Código exclusivamente de fijar los principios generales que rigen á todos los contratos; pero después establece las reglas que deben servir de norma para garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

Tales garantías son la fianza, la prenda, la anticresis, la hipoteca y los privilegios:

Vamos á emprender el estudio de cada una de esas garantías, con la separación debida y con la extensión que su importancia demanda.

II

De la fianza en general.

Fianza es, según el artículo 1,813 del Código civil, la obligación que una persona contrae de pagar por otra, si ésta no lo hace.

De esta definición se infiere que la fianza es un contrato consensual, unilateral y necesariamente accesorio, y que en él intervienen forzosamente tres personas, el acreedor, el deudor principal y el fiador.

La fianza es un contrato consensual, porque se perfecciona sólo por el consentimiento.

Es unilateral, porque el acreedor estipula tal garantía del fiador sin obligarse á nada, mientras que éste, que la otorga, contrae una obligación.

Es accesorio, porque supone necesariamente la existencia de una obligación, cuyo cumplimiento garantiza.

Pero esta circunstancia no quiere decir que sea absolutamente necesario que exista ya la obligación principal para que pueda existir la fianza, porque el fiador puede obligarse desde antes para garantizar una obligación futura, que está por contraer el deudor; y esto es lo que acontece comunmente, cuando uno de los contratantes no tiene confianza en el otro y le exige la garantía del fiador para la obligación que va á contraer.

La fianza es un contrato gratuito, no respecto del acreedor y del fiador, sino con relación al deudor que obtiene una ventaja puramente gratuita, que le procura la garantía de aquél, ya por la concesión de algún plazo ó alguna otra facilidad para el cumplimiento de la obligación, ya por la seguridad que ofrece, procurándole el crédito de que carece.

Sin embargo, esta circunstancia no es esencial de la fianza, de manera que forme parte de su naturaleza intrínseca, y que nunca pueda existir á título oneroso, pues, por el contrario, el fiador puede estipular una indemnización por el servicio que presta, perfectamente válida, en virtud del principio según el cual, la voluntad de les contrayentes es la suprema ley de los contratos.*

Por tal motivo declara el artículo 1,814 del Código civil, que la fianza puede ser gratuita ó á título oneroso. ¹

Finalmente: se infiere de la definición que la ley da de la fianza, que el acreedor no puede proceder contra el fiador sin que haya procedido antes contra el deudor principal; porque aquél le está obligado sólo de una manera subsidiaria, y en defecto de éste, cuando no puede cumplir la obligación, supuesto que es el que la contrajo directa y principalmente.

La fianza puede ser legal, judicial ó convencional (Artículo 1,814, Cód. civ). ²

Es legal aquella que se otorga en virtud ó por disposición de la ley.

Tales son las fianzas que están obligados á prestar los tutores y los usufructuarios; la que tiene que otorgar el actor que obtuvo sentencia de remate en juicio ejecutivo, para que se ejecute ésta no obstante la apelación interpuesta contra ella (Arts. 578, 973, fracción 2^a, Código civil; 1,077, Código de Procedimientos de 1,872 y 1,07 del de 1,880). ³

La fianza judicial es aquella que se otorga en virtud de sentencia ó decreto judicial; por ejemplo, la llamada caución *de non offendendo*, que tiene lugar cuando el juez ordena á la persona acusada de amenazas ó amagos, que dé fianza al querellante de no ofenderle, perseguirle ó causarle mal alguno, etc.

1 Artículo 1,701, Código civil de 1884.

2 Artículo 1,701, Código civil de 1884.

3 Artículos 480 y 875, Código civil de 1881, y 636, Código de Procedimientos.

Por último: es convencional la fianza que debe su origen única y exclusivamente á la voluntad de los contrayentes.

Aunque la fianza supone la existencia necesaria de una obligación principal, esto no quiere decir que sea indispensable para que exista, para su validez, del consentimiento del deudor. Por el contrario, siendo un contrato unilateral; en el que sólo se obliga el fiador, no son necesarios ni la intervención ni el consentimiento del deudor.

Para convencernos de esta verdad, basta tener presente que la fianza puede garantizar las obligaciones de los menores, de los incapacitados y la de la mujer casada que contrata sin el consentimiento del marido, que no pueden obligarse válidamente; lo que hace suponer que el consentimiento del deudor no es necesario para la validez de la fianza, pues si fuera así, la intervención de esas personas la viciaría, como vicia la obligación principal.

Por más que la fianza sea un contrato accesorio, crea una obligación nueva en la que sólo interviene una de las partes que celebró la obligación principal, y por lo mismo, no le causa ningún perjuicio á la otra parte, sino un beneficio.

Tal es la razón por la cual se puede otorgar la fianza en favor de una persona estando presente ó ausente, con su consentimiento ó sin él, y aun contra su voluntad (Artículo 1,815, Cód. civ). ¹

La fianza puede recaer sobre toda obligación válida, y por consiguiente, puede constituirse para garantizar la obligación de otro fiador, esto es, puede constituirse no sólo en favor del deudor principal, sino en el de su fiador; pues aun cuando su obligación es accesoria, sin embargo, tiene una existencia distinta y puede considerarse como principal respecto del nuevo fiador y recibir el apoyo del crédito de éste (Art. 1815, Cód. civ). ²

¹ Artículo 1,702, Código civil de 1884.

² Troplong, Du cautionnement, n.º 133; Colmet de Santerre, tomo VIII, número 234; etc., etc.

Siendo la fianza un contrato accesorio, se infiere que su causa ú origen existe en la obligación principal, y por tanto que su existencia está subordinada á la eficacia y validez de ésta.

En consecuencia, todo vicio que afecta á la obligación principal refluye sobre la fianza y la vicia, y es, por lo mismo, nula cuando recae sobre una obligación que no es civilmente válida (Art. 1,818, Cód. civ). ¹

La razón es perfectamente perceptible y está al alcance de todos, pues si se admitiera la validez de la fianza no obstante la nulidad del contrato principal, sería inútil la protección que la ley ha querido impartir al deudor concediéndole la acción de nulidad, toda vez que también se le concede al fiador que paga para obtener de él el reembolso; lo que daría por resultado el cumplimiento de la obligación nula.

De aquí proviene la facultad que tiene el fiador de oponer las excepciones que son inherentes á la obligación principal, y la excepción del principio que acabamos de establecer, según la cual, es válida la fianza en el caso de nulidad de la obligación sobre que recae procede de incapacidad personal del deudor, si el fiador ha tenido conocimiento de ella al tiempo de obligarse, y si la obligación principal es válida á lo menos naturalmente. En tal caso, la fianza subsiste aun cuando el deudor principal haga rescindir su obligación (Arts. 1,819 y 1,820, Cód. civ). ²

¹ Artículo 1,705, Código civil de 1884.

Reformado en los términos siguientes:

«Es nula la fianza que recae sobre una obligación nula.»

Esta reforma se hizo, porque no se reconoce en nuestra legislación de una manera expresa la división de las obligaciones en civiles y naturales, y no definiéndose por lo mismo ni unas ni otras, se reformó el artículo refiriéndose tan sólo á «obligaciones válidas,» sin agregar que la validez sea civil ó natural, pues para la ley civil no puede haber obligaciones válidas de diversas especies, sino válidas ó inválidas. Además habría sido necesario definir la validez civil y la natural, cuya distinción es vaga y expuesta á dudas. (Notas comparativas del Lic. Macedo).

² El Código de 1884 suprimió los preceptos contenidos en los artículos 1,819 y 1,820 del de 1,870, por las razones expuestas en la nota precedente.

Las observaciones que hacemos en el texto de la lección á que esta nota se refiere demuestran la justicia de la supresión de los preceptos aludidos.

El principio aludido y la excepción que acabamos de establecer se fundan en la equidad y la justicia, pero los preceptos legales que los sancionan están concebidos en términos verdaderamente deplorables, que los hacen dignos de una crítica severa.

Ese defecto proviene en parte de falta de claridad, y en parte de falta de precedentes que justifiquen y hagan comprensibles los términos del precepto que exige para la eficacia y validez de la fianza, que recaega sobre una obligación *civilmente válida*.

En efecto: al hacer el Código civil la enumeración de las diversas especies de obligaciones y la explicación de sus efectos jurídicos, no comprende entre ellas las naturales; de donde se infiere con entera justicia, que no reconoce esta especie de obligaciones, no les atribuye ningún efecto jurídico, y que ha proscrito la distinción que hacían el derecho Romano y la antigua legislación patria entre las obligaciones civiles y las naturales.

Pero no es así, pues si realmente no hace el Código la enumeración de las obligaciones naturales, no por eso desconoce su existencia, y es la razón por la cual establece por regla general que la fianza sólo puede recaer sobre una obligación civilmente válida, y que aun cuando no revista esta cualidad según las leyes, la tenga según los principios del derecho natural. Esto es, que la obligación principal debe ser válida en todo caso, según las leyes positivas ó según las naturales, ó lo que es lo mismo, según los principios de la equidad.

Pero aun cuando encontremos muy censurable la ley sobre este punto, no la juzgamos tanto como en otro que importa una contradicción notoria, que no puede conciliarse ni disculparse de ninguna manera.

En efecto: los artículos 1,819 y 1,820 del Código que sancionan la excepción aludida, se hallan en abierta contradicción con los artículos 516, 214 y 215, que declaran,

que los actos y contratos celebrados por los incapaces sin la intervención de sus tutores y por las mujeres casadas sin la del marido, ó sin licencia judicial, son nulos, y que la acción de nulidad sólo puede ejercerse por los interesados ó por sus legítimos representantes, pero no por las personas con quienes contrataron, *ni por los fiadores* y conjuntos. ¹

Hay, pues, entre estos preceptos la misma contradicción que existe entre los artículos 1,789, 516, 214 y 215, que hemos hecho notar en el artículo IV de la lección precedente, y adolecen del mismo defecto que el primero de esos preceptos, que permite alegar la nulidad de la obligación á persona distinta de la obligada, si no tuvo conocimiento de la incapacidad de ésta al tiempo de celebrar el contrato; pues impone al fiador la obligación de probar un hecho negativo. ²

Finalmente: es también censurable la excepción que contienen los artículos 1,819 y 1,820, porque se halla en abierta pugna con el principio que sanciona el artículo 1,840, que declara, que el fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes á la obligación principal; mas no las que sean personales del deudor. ³

Esta contradicción se hace palpable, por decirlo así, teniendo presente que la nulidad que proviene de la incapacidad de uno de los contratantes no es inherente á la obligación, sino un privilegio personal concedido por la ley en favor de los incapaces. De donde se infiere, que sólo la pueden oponer ellos, y que no debe hacerse extensivo á los fiadores, en cuyo beneficio no pensó la ley, ni aun á pretexto de su ignorancia de la incapacidad del deudor; porque se ampliaría una facultad odiosa, como todo privilegio, á personas cuya conducta es sospechosa de dolo ó de negligencia, pues han debido saber la condición de aquél, con perjuicio de los

1 Artículos 423, 203 y 204, Código Civil de 1,884.

2 Página 392 de este volumen.

3 Artículo 1,724 Civil de 1,884.

intereses sociales, que viven bajo la égida de la validez y el cumplimiento de los contratos.

En apoyo de nuestra crítica invocamos las siguientes palabras, que tomamos de la Exposición de motivos, que indican claramente la existencia del error que reprochamos.

“Siendo la fianza una obligación accesoria y que sólo sirve para garantizar á otra, es preciso que ésta sea válida y que aquella no se extienda á más que la que garantiza. Es conveniente, sin embargo, que la fianza subsista cuando la nulidad provenga de incapacidad, tanto para evitar el abuso que de otra suerte pudiera cometerse en fraude de los acreedores, ocultándose la menor edad del deudor, cuanto porque si la obligación principal es válida por otros principios, no debe abrirse la puerta para que el incapaz se aproveche á costa del acreedor. En estos casos, el fiador tiene contra sí la presunción de complicidad en la infracción de la ley.”

De la naturaleza esencialmente accesoria de la fianza se infiere, que no puede tener por objeto una prestación diferente de aquella sobre que recae la obligación principal, exceder su importe, ni contraerse bajo condiciones más onerosas; porque en todos estos casos carecería de causa la obligación del fiador, supuesto que es, según la define el artículo 1,813 del Código, la obligación que una persona contrae de pagar ó cumplir por otra, si ésta no lo hace; y que entregar ó hacer una cosa distinta de la prometida, no es llenar el deber que se impuso el deudor principal.

Además, sería absurdo y contrario al buen sentido que lo accesorio tuviera más extensión é importancia que lo principal por cuyo motivo dice la Instituta, *non plus in accetione potest esse quam in principali re.*¹

Por el contrario, nada impide que la fianza comprenda menos que la obligación principal y que contenga condiciones menos onerosas que ésta, porque como dice Troplong,

¹ Libro 3, tít. 20, pár. 5.

la parte está comprendida en el todo, y aun cuando el fiador sólo acepta en parte la obligación, sin embargo, se adhiere á lo que debe el deudor. ¹

Estos principios, sancionados por el derecho Romano y transmitidos hasta nosotros, han sido reproducidos por el artículo 1,822 del Código que declara, que la fianza puede comprender menos, pero no puede extenderse á más que la obligación principal, ya en cuanto á la sustancia de la prestación, ya en cuanto á las condiciones onerosas que contengan. ²

¿Pero qué efecto jurídico se producirá en el caso de que la fianza se extendiere á más que la obligación principal?

El artículo 1,823 del Código resuelve esta cuestión, declarando que en tal caso queda la obligación del fiador reducida de pleno derecho á los mismos términos que la del deudor. ³

Al establecer el Código este principio ha aceptado la misma teoría que sanciona la ley 7.^a tít. 12, Partida 5.^a en su primera parte, y se ha separado por completo de los principios del derecho Romano, que declaraban la nulidad de la obligación del fiador en el caso propuesto, fundándose en que la fianza era un contrato de extricto derecho que se contraía bajo la forma solemne de la estipulación, para cuya validez era necesario que la contestación del fiador aceptando la obligación fuera congruente con la pregunta del acreedor. ⁴

La teoría aceptada por nuestro Código, que es la sancionada por las legislaciones modernas, es más justa y conforme á la razón, porque además de que está proscrita entre nosotros la distinción de contratos de buena fe y de extricto derecho, pues todos son de aquella especie, no puede inferirse del carácter esencialmente accesorio de la

1 Du Cautionement, núm. 117.

2 Artículo 1,707, Código Civil de 1,884.

3 Artículo 1,707, Código civil de 1984.

4 Ley 8, párrafo 7, tít. 1, lib. 46, D.

fianza otra cosa, sino que el fiador que se ha obligado á más que el deudor principal, no puede ser compelido por este exceso; pero no hay ningún obstáculo que impida que su obligación sea tan extensa como la de éste, porque obligándose por una cantidad mayor, es indudable que ha tenido voluntad de obligarse por lo menos por la que el deudor prometió.

El exceso de la obligación del fiador puede ser de cantidad, de tiempo, de lugar y de modo. ¹

Hay exceso de cantidad cuando el fiador se obliga á pagar una suma mayor que el deudor principal; por ejemplo, si se obliga á pagar 3,000 pesos cuando el deudor debe solamente 1,000.

Hay exceso de tiempo cuando el fiador se compromete á satisfacer la obligación en un plazo más corto que el deudor principal; por ejemplo, en ocho días, cuando éste tiene seis meses para hacer el pago.

En este caso, como la obligación del fiador sería más onerosa que la principal, sería nulo el exceso de la fianza, y quedaría reducida al mismo plazo que aquella.

El exceso en el lugar existe, cuando el deudor se obliga á pagar en un lugar determinado y el fiador en otro que le es más gravoso é incómodo, que le obliga á mayor desembolso, y consiguientemente agrava su obligación. Por este motivo ordena el artículo 1,832 del Código civil, que el fiador sea requerido en el lugar en donde debe hacerse el pago, salvo convenio en contrario. ²

Por último: hay exceso en el modo, cuando el fiador se obliga bajo condiciones más onerosas que el deudor principal. O como dice Rolland de Villargues, se contrae la obli-

1 Leyes 8, pár. 7, tít. 1, lib. 46 D, y 7, tít. 12, Partida 5ª

2 Artículo 1,716, Código civil de 1884.

Reformado en los términos siguientes:

“El fiador será requerido en donde deba hacerse el pago de la obligación principal, salvo convenio en contrario.”

La reforma ha tenido por objeto dar mayor claridad al precepto aludido.

gación bajo condiciones más onerosas, siempre que por efecto de las cláusulas del contrato puede llegar el caso de que la obligación del fiador subsista aún cuando la del deudor se extinga.¹

Por ejemplo; cuando el deudor se obliga á pagar bajo condición y el fiador pura y simplemente.

El principio establecido por el Código, según el cual se debe reducir la fianza que excede de la obligación principal, es generalmente fácil en su aplicación; pues nada es más sencillo que igualar la obligación del fiador á la del deudor, si el exceso es en la cantidad, en el tiempo y en el lugar; pero no siempre hay la misma facilidad cuando consiste en el modo, muy especialmente si una de las obligaciones es pura y la otra alternativa.

Los autores suponen posible la existencia de los casos siguientes, que resuelven, fundados en los preceptos del derecho Romano, en los términos que á continuación se expresan.²

1.º Cuando el deudor debe una sola cosa y el fiador se ha obligado alternativamente á entregar esa misma cosa ú otra.

En este caso queda obligado el fiador á más que el deudor, ó á menos, según el aspecto bajo el cual se considere su obligación. Queda obligado á más porque tiene menos probabilidades de librarse de la obligación por la pérdida de la cosa debida, y á menos, toda vez que tiene facultad de entregar cualquiera de las cosas prometidas, eligiendo la de menos valor.

Fácil es comprender que en tal caso no puede convertirse en pura y simple la obligación del fiador, porque perdería la facultad de elegir; pero se puede quitar lo que tiene de oneroso sustituyendo la ventaja que resulta de aquel de-

1 Dictionnaire, ver. Cautionnement, núm. 41.

2 Etienne, Instituta, tít. 20, lib. 3, pár. 5; Gómez de la Serna, Instit tít. 20, lib. 3, pár. 5; Colmet de Santerre, tomo VIII, núm. 242, bis VIII, y siguientes.

recho, lo cual se obtiene si se convierte la obligación alternativa en una facultativa, porque entonces queda el fiador en todo caso deudor de la cosa objeto de la obligación principal, pero con la facultad de librarse entregando la otra.

2.º En el caso propuesto, pero perteneciendo al acreedor el derecho de elegir, sólo puede corregirse el exceso de la fianza en el modo, suprimiendo la alternativa y haciendo la obligación pura y simple como la del deudor principal.

3.º Cuando el deudor ha prometido dos cosas bajo alternativa, y el fiador una de ellas.

En este caso, tiene el fiador la ventaja de la posibilidad de la liberación por la pérdida de la cosa que prometió, y el deudor tiene la que le resulta de la facultad de elegir la cosa de menos valor, que tal vez no es la prometida por aquél.

Para que el fiador pueda gozar de esta ventaja es necesario, según la opinión de Colmet de Santerre, que, dejando subsistir su obligación sobre la cosa prometida por él, se le dé facultad de pagar la segunda cosa comprendida en la alternativa del deudor, ó lo que es lo mismo, es preciso hacer facultativa su obligación ¹

Pero cuando la facultad de elección corresponde al acreedor, no se puede convertir la obligación del fiador en una facultativa, pues realmente es menos onerosa que la del deudor principal.

Sin embargo, los principios de que nos hemos ocupado, no impiden que el fiador se obligue bajo condiciones más rigurosas; por ejemplo, constituyendo una hipoteca ó una prenda, sin que por esto se entienda que se agrava su condición y que la hace más onerosa que la del deudor; porque la constitución de estas garantías sólo le da al acreedor el derecho de preferencia sobre los demás acreedores, pues teniéndolas ó no, puede perseguir los bienes de aquél para pagarse con su valor. ²

¹ Tomo VIII, núm. 242, *bis* X.

² Laurent, tomo XXVIII, núm. 168.

Esta es la razón por la cual declaran los artículos 1,824 y 1,825 del Código, que está exep tuado de las reglas contenidas en los dos preceptos precedentes, el caso en que el fiador constituya hipoteca ó dé prenda para que quede asegurada la obligación que no lo estaba con esas garantías; y que puede obligarse también á pagar una cantidad de dinero, si el deudor principal no presta una cosa ó un hecho¹

A primera vista se comprende que el primero de estos preceptos está concebido en términos inexactos, porque declara que está exceptuado de la prohibición de que antes hemos hablado, el caso en que el fiador constituya hipoteca ó dé prenda para asegurar la obligación, siendo así que no puede decirse que tal caso sea una excepción, supuesto que el otorgamiento de tales garantías no hace la obligación más onerosa.

En cuanto al segundo precepto hay que advertir, que tiene por objeto facilitar al fiador el cumplimiento de la obligación y hacersela menos gravosa, sobre todo, en aquellos casos en que el deudor principal se obligó á prestar un hecho cuya ejecución demanda conocimientos periciales de que carece el fiador; pues como dijimos en el artículo II, lección tercera de este tratado, las obligaciones de hacer se resuelven en la indemnización de daños y perjuicios, cuya cuantía es indeterminada.

La ventaja para el fiador, consiste, pues, en que la extensión indeterminada de la indemnización debida por daños y perjuicios quede limitada á una cantidad de dinero, sin que el acreedor pueda exigirle más, cualquiera que sea la extensión de aquellos.

La fianza puede constituirse no sólo para garantizar las obligaciones ya contraídas, sino que también se constituye sobre deudas futuras ó ilíquidas; por ejemplo, cuando una persona recomienda á otra para que se le abra crédito hasta

[1] Artículos 1,709 y 1,710, Código Civil de 1884.

una cantidad determinada. Pero en tal caso, por la naturaleza esencialmente accesoria de la fianza, no puede ser reconvenido el fiador, sino cuando la obligación principal fuere legalmente exigible. (Art. 1,821, Cód. civ).¹

En otros términos, no puede ser reconvenido el fiador en el caso indicado, sino cuando se ha vencido el plazo ó cumplido la condición estipulados en la obligación principal, ó cuando la deuda se haya hecho líquida y exigible.

De lo expuesto se infiere que la fianza puede recaer no sólo sobre una obligación ya existente, sino también precederla, ó lo que es lo mismo, recaer sobre una obligación futura, y que no es necesario que el importe de la fianza se restrinja á una cantidad fija.

La fianza trae consigo trascendentales consecuencias para el fiador, que ninguna utilidad obtiene en la celebración del contrato, cuyo cumplimiento garantiza; y antes por el contrario se expone por prestar un servicio enteramente gratuito á las molestias consiguientes á las exigencias del acreedor y á la pérdida ó menoscabo de su patrimonio.

Estas consideraciones demuestran la dificultad con que los hombres contraen una obligación de esta especie, y por lo mismo, que no puede presumirse su existencia si no consta la voluntad expresa del fiador de obligarse, ni extenderse fuera de los límites señalados por ésta.

Tal es la razón por la cual declara la ley, que la fianza no se presume, sino que debe constar expresamente y limitarse á los términos precisos en que esté constituida; sin que en caso alguno pueda extenderse á otras obligaciones del deudor, aunque hayan sido ó fueren contraídas con el mismo acreedor. (Art. 1,826, Cód. civ.).²

En otros términos: la fianza es de estricto derecho y siempre que se trata de su extensión se debe de interpretar en

1 Artículo 1,706, Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,711 Código civil de 1884.

sentido favorable al fiador, restringiéndola dentro de los límites que expresamente le hubiere señalado éste, que ha sido libre para imponerle restricciones.

Pero cuando la fianza no contiene excepciones ó limitaciones, la obligación del fiador es absolutamente igual á la del deudor principal; porque tiene por objeto garantizar al acreedor el cumplimiento del contrato, cuyo fin no se alcanzaría si el fiador pudiera eximirse en parte de la obligación (Art. 1,827, Cód. civ.).¹

Es verdad que pudo imponer restricciones á su obligación y disminuir su responsabilidad; pero si no lo hizo, hay que suponer, con entera justicia, que quiso obligarse con la misma extensión que el deudor.

A esta obligación hay que agregar otra, que es común á todos los contratos, que constituye al fiador, responsable para con el acreedor y el deudor principal, de los daños y perjuicios que ocasione por su culpa ó mora (Art. 1,828, Código civil.).²

Creemos innecesaria la inserción de esta regla entre las que establece el Código para normar el contrato de fianza, porque es una inútil repetición de la que contiene el artículo 1,575, que es general á todos los contratos y declara, que el contratante que falta al cumplimiento del contrato, sea en la sustancia sea en el modo, es responsable de los daños y perjuicios que causa al otro contratante.³

Para ser fiador se necesita ser capaz de obligarse, y por lo mismo, declara el artículo 1,816 del Código, que pueden ser fiadores todos los que pueden contratar.⁴

Sin embargo, el mismo ordenamiento prohíbe á las mujeres obligarse como fiadoras, fuera de los cuatro casos siguientes (Art. 1,817, Cód. civ.):⁵

1 Artículo 1,712, Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,713, Código civil de 1,884.

3 Artículo 1,459, Código civil de 1,884.

4 Artículo 1,703 Código civil de 1,884.

5 Artículo 1,704 Código civil de 1,884.

1.º Cuando fueren comerciantes:

2.º Si hubieren procedido con dolo para hacer aceptar su garantía con perjuicio del acreedor:

3.º Si hubieren recibido del deudor la cosa ó cantidad sobre que recae la fianza:

4.º Si se obligaron por [cosa que les pertenece, ó en favor de sus ascendientes, de sus descendientes ó de su cónyuge.

Esta prohibición está tomada del derecho Romano, que, por el senado-consulto Velejano, vedó á las mujeres que pudieran obligarse válidamente como fiadoras, cuya prohibición reprodujo nuestra antigua legislación en la ley 3, título 12, Partida 5.ª.

Según el senado-consulto Velejano, podían obligarse por si mismas, donar y pagar las deudas ajenas; pero no podían obligarse ú otorgar fianza por otro, ó constituir hipoteca que no fuera suya; porque la mujer es naturalmente avara y no se desprende con facilidad de lo suyo, pero no es previsora cuando se trata de una obligación incierta y lejana, que no demanda un desembolso actual, y la acepta fácilmente sin calcular sus consecuencias y gravedad.¹

Estudiando algunos autores la razón expuesta, la han estimado insuficiente para justificar la prohibición á que se refiere, y digno de censura el sistema que ésta establece; porque no impide la ruina de la mujer, que, no obstante ella, tiene facultad para derrochar su fortuna en locas prodigalidades, toda vez que le deja la libre administración de sus bienes.

Creen por este motivo, que la verdadera causa de esta prohibición del senado-consulto Velejano ha sido un fin político, porque la mujer era incapaz entre los romanos de todo oficio civil y público, y de la misma manera que no podía sentenciar, ejercer una magistratura, postular, defender, no podía otorgar fianza por otro.²

1 Leyes 2.ª, tít. 29, lib. 4, Cód.; 1.ª y 4.ª pár. 1, tít. 1, lib. 16 D.

2 Ley 2.ª, tít. 17, lib. 50, D.

Nuestra antigua legislación sancionó iguales prohibiciones, fundada en la misma razón que el derecho Romano; porque no parece bien que las mujeres anden en pleitos, frecuentando los lugares en donde por la afluencia de los hombres pudiera sufrir su decoro y honestidad.¹

El mismo derecho Romano introdujo después casos de excepción, admitidos por las leyes de las Partidas, en los cuales se permitía á las mujeres ser fiadoras; y según la opinión de Escriche, la prohibición á que nos referimos no es precisamente una facultad, sino un derecho ó privilegio que goza la mujer de no quedar comprometida por la fianza más que en ciertos casos.²

Las legislaciones modernas han proscrito en general esa prohibición que no tiene razón de ser, porque repugna que una mujer mayor y libre de toda potestad tenga menos libertad que los hombres también mayores, prohibiéndosele que sea fiadora á pretexto de impedirle su ruina, cuando por otra parte puede libremente disponer de sus bienes y disponerlos.

Sin embargo; nuestro Código, siguiendo en esta parte al de Portugal, y haciendo una transacción con el pasado ha reproducido la prohibición de nuestras antiguas leyes con las cuatro excepciones que hemos expresado, que se fundan en las consideraciones que vamos á exponer.

La primera excepción se ha establecido en beneficio del comercio y porque las mujeres que se dedican á él, se hacen hábiles por la frecuencia de los negocios para conocer las consecuencias y la gravedad de la fianza y precaverse de sus peligros; y porque es necesario ese contrato para la facilidad de las transacciones mercantiles.

Es válida la fianza en el segundo caso; cuando la mujer ha procedido con dolo para hacer aceptar su garantía con

1 Leyes 4, tit. 4 y 3, tit. 6, Partida 3.^a.

2 Ley 22, tit. 29, lib. 4, Cód.; Novela 134, cap. 8.; ley 3, tit. 12, Partida 5.^a.

perjuicio del acreedor, porque la ley favorece á los engañados, pero no á los engañadores.

Es también válida la fianza cuando la mujer recibe del deudor la cosa ó cantidad sobre que aquella recae, porque entonces cesa la razón de la ley, supuesto que la mujer no es propiamente fiadora, sino deudora; y en todo caso, sólo tiene que restituir lo que recibió, sin menoscabo de su patrimonio.

Por último: pueden ser fiadoras las mujeres cuando se obligan por cosa que les pertenece, ó en favor de sus ascendientes, descendientes ó cónyuge, ya porque se trata de sus propios intereses, ya porque no se les debe impedir que cumplan con los deberes que el afecto les impone respecto de esas personas, de librarles de los perjuicios que podrían sufrir en sus intereses por la falta de garantía.

El artículo 1829 del Código declara expresamente que todas las obligaciones y derechos del fiador pasan á sus herederos, reproduciendo el principio contenido en el artículo 1,441, según el cual las obligaciones personales ligan á las personas que las contraen y sus herederos.¹

Parece que la declaración contenida en el artículo 1,819 es innecesaria, supuesto que, según los principios elementales del derecho, todo contratante contrata para sí y para sus herederos, quienes le suceden á su muerte en todos sus derechos y obligaciones.

Pero la responsabilidad de los herederos del fiador está regida por las mismas reglas que establece el Código respecto de la mancomunidad proveniente de las obligaciones indivisibles; pues pasando la del fiador á sus herederos se divide de pleno derecho, porque cada uno sólo está obligado por su cuota hereditaria. (art 1,830 y 1,512, Cód. Civ.).²

De otra manera, se habría derogado la regla general que rige respecto de los demás contratos, según la cual no está

1 Artículos 1714 y 1326, Código Civil de 1884.

2 Artículos 1,715 y 1,393, Código Civil de 1,884.

obligado solidariamente cada uno de los herederos por el total importe de la obligación, sino hasta donde alcanza el de la cuota hereditaria que le corresponde.

Cuando un individuo está obligado por cualquier motivo á dar una fianza, no llena su obligación ofreciendo como fiador una persona capaz de obligarse, sino que es además necesario que sea solvente y que sus bienes estén situados en el lugar en que se debe cumplir la obligación.

Estos requisitos, que, como se comprende desde luego, se refieren no sólo á la esencia y validez de la fianza, sino también á las circunstancias que deben concurrir en ella para que llene su objeto de asegurar el cumplimiento de la obligación, son exigidos por la ley, que declara expresamente, que el acreedor no puede ser obligado á recibir el fiador que se le proponga, si la persona propuesta no tiene:

1. ° Capacidad para obligarse.

2. ° Bienes raíces libres y no embargados ni hipotecados, que basten para la seguridad de la obligación, y que estén situados en el lugar en que deba hacerse el pago (Artículo 1,831, Cód. Civ.).¹

Creemos innecesaria la expresión del primer requisito, y por tanto, una inútil repetición, pues si la fianza es un contrato y para contratar es preciso tener capacidad para obligarse, es claro que no puede ser fiador el individuo que carece de ella.

Además, no es perfectamente exacto el principio, tal como lo establece la ley, porque hay personas que son capaces de obligarse, y que, sin embargo, no pueden ser fiadores, como las mujeres, fuera de los casos que hemos expresado.

La necesidad de la existencia del segundo requisito se hace tangible, teniendo en consideración que el objeto de la fianza es garantizar el cumplimiento de la obligación, y

1 Artículo 1,722,

En este precepto se reunieron en uno los contenidos en los artículos 1,831 y 1,833 del Código de 1870.

que tal garantía sería ilusoria, si el fiador no tuviera la solvencia suficiente para responder por aquel objeto, ó si sus bienes se hallaran á tal distancia, que fuera preciso hacer grandes erogaciones para obtener el pago, ó si estuvieran gravados.

Así pues, la solvencia ó idoneidad del fiador consiste en que tenga los requisitos siguientes:

1. ° Que posea bienes raíces:
2. ° Que éstos sean libres, no hipotecados ni embargados: ó lo que es lo mismo, que estén libres de toda responsabilidad ó gravamen:
3. ° Qué estén situados en el lugar en que debe hacerse el pago.

La ley estima la solvencia é idoneidad del fiador por la posesión de bienes raíces, porque la fortuna que consiste en bienes muebles es fugaz, por decirlo así, y no basta para garantizar el cumplimiento de la obligación que el fiador sea solvente sólo en el acto mismo de celebrarse el contrato; y porque siendo esa clase de bienes de fácil ocultación, frecuentemente se verían burlados los derechos de los acreedores.

Pero no es necesaria la posesión de bienes raíces con las condiciones indicadas, cuando la deuda no llegue á trescientos pesos, porque si se tuviera esa exigencia hasta por las transacciones más pequeñas, se produciría un grave perjuicio en el comercio queriendo procurar un beneficio á los acreedores, por la dificultad con que se tropezaría á cada paso para llenar ese requisito (artículo 1,833, Cód. Civ.).¹

Los requisitos aludidos se exigen siempre que el deudor tiene el deber de garantizar el cumplimiento del contrato, ya sea que tenga tal obligación por determinación de la ley, de sentencia judicial ó por convenio; pero en todo caso debe justificar la idoneidad del fiador á satisfacción del acree-

1 Véase la nota precedente.

dor, cuyo objeto consigue mediante el examen de testigos y exhibiendo los títulos que acrediten que posee bienes raíces de su propiedad y el certificado del Registro público que justifique que éstos no reportan ningún gravamen (Artículos 1,834 y 1,856, Cód. Civ.).¹

¹ Artículos 1,717 y 1,740, Código civil de 1884.

El segundo de estos preceptos fué reformado en los términos siguientes:

«No fían á un fiador los testigos que declaran de ciencia cierta en favor de su idoneidad.»

Esta reforma se hizo, según las notas comparativas del Sr. Lic. Macedo, por parecer justa, pues si los testigos proceden de buena fe, aun cuando después el fiador deje de pagar por hallarse insolvente, no deben ser responsables, tanto más cuanto que habría que distinguir entre la insolvencia anterior á la fianza y la posterior á ella. Si los testigos declaran falsamente sobre la idoneidad del fiador, entonces serán responsables del delito de falso testimonio, y su responsabilidad civil comprenderá los daños y perjuicios que se hayan causado al acreedor por habérsele hecho aceptar un fiador insolvente.

No creemos acertada la reforma ni convincentes las razones que la motivaron; y bastaría para demostrar su ningún valor aducir las que con relación al artículo 1,856 del Código de 1870, reformado por el precepto aludido, produce la Exposición de motivos. Pero existen otras, que á nuestra vez, vamos á exponer, para corroborar nuestro aserto.

La reforma se introdujo á pretexto de que era injusto que los testigos de buena fe fueran responsables del fiador insolvente, cuya insolvencia era posterior al otorgamiento de la fianza, y porque en el caso de que declaren falsamente abonando al fiador, son responsables del delito de falso testimonio é incurren en la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que sufre el acreedor por habérsele hecho aceptar un fiador insolvente; pero ambas causas no bastan para acreditar la justicia y la necesidad de la reforma, y la más ligera reflexión sobre ellas nos convence de esta verdad.

En efecto: la primera causa es enteramente falsa, porque el artículo 1,856 del Código de 1,870, reformado por el 1,740 del de 1,884, no obligaba á los testigos que abonaban al fiador á pagar por éste en caso de insolvencia, aunque fuera posterior al otorgamiento de la fianza, sino sólo cuando era anterior á este hecho, y en castigo de la falta que habían cometido á sabiendas, aseverando falsamente la idoneidad de aquél, ó por negligencia, por no haber tomado los informes necesarios para declarar de ciencia cierta.

En cuanto á la segunda, tampoco es eficaz para justificar la reforma, porque antes de ella, lo mismo que ahora, tenía acción criminal el acreedor engañado contra los testigos de idoneidad por el delito de falso testimonio, y por consiguiente la relativa á la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que se le causaban, por habérsele hecho aceptar un fiador insolvente.

Pero había esta diferencia en la situación del acreedor respecto de la que hoy guarda con motivo de la reforma, que entonces tenía su acción civil directa contra los testigos y además la criminal por el delito de falso testimonio y la correspondiente por la responsabilidad civil que nace de éste, mientras que ahora depende su acción exclusivamente del éxito del juicio criminal.

Según el derecho Romano, cuando el fiador aceptado por el acreedor se hacía insolvente, el deudor no estaba obligado á dar otro, y el segundo quedaba privado de toda garantía que asegurase el cumplimiento de la obligación, pero nuestro Código, á ejemplo de las legislaciones europeas ha establecido el principio según el cual, si el fiador sufre tal menoscabo en sus bienes, que se halle en riesgo de quedar insolvente, puede el acreedor exigir la constitución de otra fianza (Artículo 1835, Cód. Civ) ¹

La razón de este principio es, que el acreedor exigió la fianza para garantizar el cumplimiento de la obligación, y que tal garantía existiese hasta que ésta llegara á ejecutarse. De manera que la fianza constituye, según la voluntad de los contratantes, una circunstancia esencial del contrato, pues sin ella no habría contratado el acreedor y su ausencia vendría á cambiar la naturaleza de la obligación.

Este sistema adoptado por el Código nos parece más justo, y tiene la debida sanción, pues sería enteramente inútil que se le impusiera al deudor la obligación de constituir una nueva fianza, si no hubiera un medio coercitivo eficaz para hacer que se cumpliera tal deber.

Ocurriendo á esta necesidad y á la de poner término, ó más bien dicho, á la de precaver y evitar contiendas de funestas consecuencias, establece el Código los tres medios siguientes, según los casos que pueden ocurrir:

1. ° En el caso de que el deudor obligado á dar ó reemplazar un fiador, no lo presentare dentro del término que el juez le señale, á petición de parte legítima, queda obligado al pago inmediato de la deuda, aunque no se haya vencido el plazo de ésta (Art. 1,837, Cód. civ.). ²

2. ° Si la fianza fuere para garantizar la administración de bienes, cesará ésta si aquella no se da en el término convenido ó señalado por la ley ó por el juez; salvo lo que pa-

1 Artículo 1,718, Código civil de 1,884 y leyes 3, tít. 1, y 4, tít. 5, lib. 46, D.

2 Artículo 1,720, Código civil de 1884.

ra determinados casos dispone el Código (Art. 1,838, Código civil). ¹

3. ° Si la fianza importa garantía de cantidad que el deudor deba recibir, se debe depositar la suma mientras se otorgue aquella (Art. 1,839, Cód. civ.). ²

Fácil es persuadirse de que la ley no comprende, ó más bien, que no ha previsto el caso en que el contrato tenga por objeto la prestación de un hecho, porque no sería posible exigirlo inmediatamente, por demandar el tiempo indispensable para ejecutarlo. Por ejemplo; en los contratos que tienen por objeto ejecutar una obra bajo la garantía de un fiador.

Siguiendo también nuestro Código los principios del derecho Romano, establece, que en la obligación con plazo ó de prestación periódica, el acreedor puede exigir fianza aun cuando en el contrato no se haya constituido, si después de celebrado, el deudor sufre menoscabo en sus bienes ó pretende ausentarse del lugar en que debe hacerse el pago (Art. 1,836, Cód. civ.). ³

Este precepto se funda en una razón análoga á la que motiva la obligación del deudor á otorgar nueva fianza cuando el fiador se hace insolvente; pues el acreedor celebró el contrato teniendo en cuenta la solvencia del deudor y la facilidad de reembolsarse, sin cuyas circunstancias es indudable que no habría contratado. Así es, que, llegando á faltar, tiene un justo motivo para exigir una garantía que le aleje del peligro inminente de que su patrimonio sufra un menoscabo.

1 Artículo 1,721, Código civil de 1,884.

Reformado en los términos siguientes:

“Si la fianza fuere para garantizar la administración de bienes, cesará ésta si aquella no se da en el término convenido ó señalado por la ley ó por el juez, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa.

2 Artículo 1,723, Código civil de 1,884.

3 Ley 41, tít. 1, lib. 5 D.; artículo 1,719, Código civil de 1,884.

III

De los efectos de la fianza con relación al acreedor y al fiador.

La fianza es, como hemos dicho antes, la obligación que una persona contrae de pagar ó cumplir por otra, si ésta no lo hace: es decir, que es esencialmente subsidiaria y que el acreedor no puede exigir del fiador el cumplimiento de la obligación principal sino después de haberlo pretendido del deudor (Art. 1.813, Cód. civ.). ¹

Según el derecho Romano antiguo, el acreedor podía exigir del fiador el cumplimiento de la obligación sin ocurrir previamente al deudor principal, pero Justiniano moderó esta severidad teniendo en cuenta que los fiadores se obligan casi siempre por un sentimiento de beneficencia y generosidad, y estableció á favor de ellos el beneficio llamado de *excusión*, cuyo efecto es obligar al acreedor á proceder contra el deudor principal antes que contra el fiador. ²

Este beneficio, llamado también de *orden* y *excusión*, por el deber que tiene el acreedor de gestionar ordenadamente el cumplimiento de la obligación exigiéndola primero del deudor, fué admitido también en nuestra antigua legislación, y ha sido sancionado por el artículo 1,841 del Código civil, que declara, que el fiador no puede ser compelido á pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga excusión en sus bienes. ³

1 Artículo 1,700, Código civil de 1,884.

2 Novela 4.ª cap. 1.

3 Ley 9, tít. 12, Part. 5.ª, y artículo 1,725, Código civil de 1,834.

La excusión consiste, según el artículo 1,742 del mismo Código, en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedará extinguida ó reducida á la parte que no sea cubierta.¹

Todos los autores sostienen que la existencia legal del beneficio de excusión no importa la necesidad para el acreedor de proceder á ella en los bienes del deudor antes de dirigirse contra el fiador, porque esto sería contrario á la definición que la ley da de la fianza y á la naturaleza misma de este contrato, que sólo exigen que el deudor principal no cumpla la obligación para que el fiador quede obligado á satisfacerla.

La excusión sólo tiene por objeto acreditar que el deudor no puede cumplir, ni cumplirá la obligación pero no para demostrar que ha incurrido en mora, pues este hecho no ha de menester de una demostración dispendiosa.

En otros términos: la excusión es más bien un beneficio que un derecho, que no impide el ejercicio de la acción del acreedor, sino que lo difiere á retarda, y que sólo se puede alegar por el fiador como una excepción, y no alegándola éste no encuentra obstáculo alguno para obtener el cumplimiento de la obligación.

De aquí se infieren las siguientes consecuencias, cuya importancia es perceptible á primera vista:

1. º Que la excusión es renunciable, supuesto que es un beneficio, y que cada uno es libre para renunciar el beneficio introducido á su favor:

2. º Que el acreedor puede ejercitar legalmente su acción contra el fiador, si éste no opone el beneficio de excusión:

3. º Que el fiador debe oponer este beneficio antes de contestar la demanda, supuesto que es una excepción que retarda, pero no destruye la acción de aquél; ó lo que es lo mismo, que es dilatoria.

1 Artículo 1,726, Código civil de 1,884.

Para que el beneficio de excusión aproveche al fiador son necesarios los requisitos siguientes (Art. 1,845, Código civil):¹

1. ° Que el fiador alegue el beneficio luego que se le requiera de pago:

2. ° Que designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito, que estén libres y desembargados, y que se hallen dentro del distrito judicial en que debe hacerse el pago:

3. ° Que anticipe ó asegure competentemente los gastos de la excusión.

El primer requisito se funda, no sólo en la naturaleza de la excusión que, como hemos dicho, es una excepción dilatoria, sino también en consideraciones de equidad y de justicia que no pueden permitir que el fiador enerve la acción del acreedor, y después de trámites largos y molestos venga á hacer uso de aquel beneficio.

Así, pues, tal requisito tiene por objeto encerrar dentro de límites justos el beneficio que la ley concede al acreedor y evitar que la fianza se haga ilusoria.

Antiguamente se dividieron los jurisconsultos sosteniendo, unos, que la excusión es una excepción dilatoria, y otros, que es perentoria; pero en la actualidad ha prevalecido la primera opinión, que parece tener apoyo en las palabras de la ley, según la cual, para que aproveche al fiador aquel beneficio, es indispensable que lo alegue luego que se le requiera de pago.

Sin embargo, algunos de los autores modernos, entre ellos Laurent, sostienen que la excusión es una excepción especial, y refiriéndose al Código Francés, que exige el mismo requisito á que aludimos, dice: que la ley no declara que que tal beneficio es una excepción dilatoria; y si el fiador no puede alegarlo después de las primeras gestiones del acreedor, es porque su silencio implica una renuncia.²

¹ Artículo 1,729, Código civil de 1,884.

² Tomo XXVIII, núm. 211.

Cualquiera que sea la naturaleza de la excepción que nace del beneficio de excusión, el resultado es que no puede alegarse después de contestada la demanda, circunstancia que nos demuestra el ningún provecho que se obtiene de la controversia á que hemos aludido.

Siguiendo á Merlin, sostiene Laurent con todos los autores, que hay casos en que, no obstante la contestación de la demanda, puede alegar el fiador la excusión después; por ejemplo, cuando ha hecho valer la nulidad del contrato y tiene un éxito adverso; pues en tal caso no ha podido oponer el beneficio de excusión, porque haciéndolo así reconocería que es fiador cuando sostiene lo contrario. ¹

Nuestro Código apoya esta teoría, pues en el artículo 1,846, declara, que si el deudor adquiere bienes después del requerimiento, ó si se descubren los que hubiere ocultado, el fiador puede pedir la excusión, aunque antes no la haya pedido; y en el artículo 1,852, que el fiador goza del beneficio de excusión, aunque la sentencia se haya pronunciado contra él y contra el deudor. ²

La justicia en que abunda esta teoría es notoria, pues como dice Gutiérrez Fernández, la regla de que las excepciones dilatorias deben oponerse antes de la contestación de

1 Merlin, Repertoire, v^o Caution, pár. 4, nú n. 1; Duranton, tomo XVIII, núm. 334; Laurent, loco cit.; etc.

2 Artículos 1,730 y 1,735, Código civil de 1884.

Reformado el segundo de estos preceptos, en los términos siguientes:

«Cuando el fiador haya renunciado el beneficio de orden, pero no el de excusión, el acreedor puede perseguir en un mismo juicio al deudor principal y al fiador; más éste conservará el beneficio de excusión, aun cuando se dé sentencia contra los dos.»

Esta reforma no corresponde á la mente del artículo 2,852 del Código de 1,870 y del 1,747 del Proyecto del Código Español, que se propuso que en todo caso y en un solo juicio fueran oídos el deudor y el fiador, economizando tiempo y gastos, sin perjuicio del beneficio de excusión que á éste corresponde.

La reforma limita esa facultad del acreedor de demandar á la vez al deudor principal y al fiador al caso en que éste hubiera renunciado el beneficio de orden, conservando el de excusión, y establece un principio innecesario, porque mientras no haya una renuncia expresa de ese beneficio, lo conserva el fiador, y no lo pierde por el hecho de haber sido oído en el mismo juicio que el deudor.

la demanda, debe tener lugar respecto de las excepciones nacidas, y no de las que nazcan con posterioridad. ¹

El segundo requisito que impone al fiador la obligación de designar bienes del deudor, que basten para cubrir el crédito, que estén libres y desembargados, y que se hallen dentro del distrito judicial en que debe hacerse el pago, se funda en la naturaleza misma de la fianza y en consideraciones de equidad y de justicia.

En efecto: por el contrato de fianza está obligado el fiador á satisfacer la obligación del deudor principal, si éste no la cumple; sin embargo, la ley ha moderado este efecto necesario del contrato, estableciendo, por consideraciones especiales, el beneficio de excusión á favor de aquél, pero á condición de que nunca le sirva de una defensa para alargar indefinidamente el cumplimiento del deber que contrajo.

Si el fiador tiene que satisfacer la obligación del deudor, sólo se le concede el beneficio de excusión como una gracia especial, difiriendo el cumplimiento de ella, en virtud de que el principal obligado se haya solvente; pues de otra manera se obligaría al acreedor a gestiones enteramente inútiles, porque no obtendría el pago y se concedería un plazo indebido con perjuicio de sus intereses al fiador.

Este mismo resultado, tan contrario á la justicia, se obtendría si los bienes señalados para la excusión no son libres, sino que están embargados, reportan gravámenes, ó están situados á grandes distancias; pues en los dos primeros casos, sólo encontraría el acreedor un germen de numerosos litigios de éxito incierto, y en el último una excusión molesta y gravosa por los gastos que demandaría.

De las palabras del artículo 1,845 del Código civil, que declara, que para que aproveche al fiador el beneficio de excusión es preciso que designe bienes del deudor que *basten* para cubrir el crédito, se infiere que, si aquél no tiene

1 Tomo V, página 61.

bienes cuyo valor cubra el importe total de la obligación no puede pretender el fiador que se haga la excusión.

Este precepto que hace singular á nuestro Código, por que es el único que ha sancionado principio de tan extrema-severidad, se halla á nuestro juicio en pugna con el artículo 1,850, que hace responsable al acreedor negligente para promover la excusión, de los perjuicios que pueda causar al fiador, y declara á éste libre de la obligación hasta la cantidad á que alcancen los bienes que hubiere designado para aquella.¹

En efecto: de este último precepto se deduce claramente que el fiador puede señalar bienes del deudor para la excusión aunque no cubran por completo el valor de la obligación; y el artículo 1,845 exige terminantemente que el fiador designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito, ó lo que es lo mismo, que cubran por completo el valor de éste.

Creemos de imposible conciliación esta antinomia, y que debe ser el origen de múltiples contiendas de imposible resolución.

Es tanto más reprochable, cuanto que no encontramos razón alguna que la justifique, pues á nuestro juicio no la hay para que se le impida al fiador que se liberte, siquiera sea en parte, del gravamen que le resulta por la falta de cumplimiento de la obligación, y creemos que se contraría el fundamento sobre que reposa el beneficio de excusión, imponiéndole una indebida é inmotivada restricción.

Por último, es indispensable que el fiador anticipe ó asegure competentemente los gastos de la excusión, porque siendo ésta una derogación del derecho del acreedor para exigir el pago al vencimiento del plazo convenido al deudor ó al fiador, se ha querido hacerla menos onerosa, tanto más cuanto que sólo resulta en beneficio de éste, toda vez que difiere el pago de la deuda y que aun puede librarse de él.

1 Artículo 1,734, Código civil de 1,884.

En una palabra: este requisito, como los anteriores, se funda en consideraciones de justicia y equidad, que no permiten que el acreedor, que sufre perjuicio con el retardo del cumplimiento de la obligación, por beneficio exclusivo del fiador, sufra además el gravamen resultante de los gastos que demanda la excusión.

Gozan del beneficio de excusión no sólo los fiadores y las personas que se obligan directamente con el acreedor á pagar ó cumplir la obligación, sino también los testigos que los abonan declarando de ciencia cierta en favor de su idoneidad, y gozan de ese beneficio tanto contra los fiadores como contra los deudores principales (Art. 1,855 y 1,856, Código civil).¹

La razón es porque la ley los considera como fiadores de las personas á quien abonan, y porque han querido evitar abusos frecuentes que redundan en perjuicio del acreedor.

“Muy común es, dice la Exposición de motivos, que haya testigos que declaren sobre la idoneidad de mi fiador, tal vez sin fundamento; de donde resulta el peligro de que un acreedor de buena fe, descansando en el dicho de personas que por sí mismas merecen confianza, acepta la garantía de un hombre que en realidad no es apto para darla. El sólo remedio es el que establece el artículo (1856), previniendo que los testigos que declaran de ciencia cierta en favor de la idoneidad, abonan al fiador; porque de esta manera el que declara, sabe que contrae una verdadera responsabilidad y que su declaración no es una fórmula, ni un pequeño servicio dictado por su amistad, sino una obligación seria.”

El acreedor puede obligar al fiador á que haga la excu-

1 Artículos 1,739 y 1,740, Código civil de 1,884. Vease la nota 1.ª, pág. 424.

El primero de estos preceptos fué también reformado, en los términos siguientes, para que estuviera en armonía con la reforma del segundo:

«El que fía al fiador, goza del beneficio de excusión, tanto contra el fiador como contra el deudor principal.»

sión en los bienes del deudor; pero tanto en este caso como en aquel en que la haga voluntariamente, si pide plazo, el juez puede concederle el que crea conveniente, atendidas las circunstancias de las personas y las calidades de la obligación (Artículos 1,847 y 1,848, Cód. Civ.). ¹

Dos consideraciones motivan los principios que acabamos de establecer: primera, que la excusión es un beneficio introducido en favor del fiador, y por lo mismo, es justo que sufra las molestias personales y los gastos que demanda, sin que haya una sola razón que autorice la obligación del acreedor para soportarlas para beneficiar á aquél: segunda, que el fiador puede tener mayores facilidades que el acreedor para hacer la excusión y economizar gastos y tiempo, cuyas circunstancias pueden inducirle á encargarse de ella; pero como no puede ser la obra de un instante, necesita contar con un plazo conveniente, atendidas las circunstancias de las personas y de la obligación.

Puede acontecer que el fiador se obligue en el contrato como pagador principal, y que con tal carácter sea demandado. En tal caso puede hacer citar al deudor principal para defenderse y ser absuelto juntamente con él, y goza del beneficio de excusión, aunque la sentencia se haya pronunciado contra él y contra el deudor (Artículos 1,851 y 1,852, Código civil). ²

Si el fiador ha llenado todos los requisitos que demanda la ley para que pueda alegar la excusión, y el acreedor es negligente en promoverla, queda responsable de los perjuicios que pueda causarle á aquél, quien se libra de la obligación

1 Artículos 1,731 y 1,732, Código Civil de 1884.

2 Artículo 1,737 y 1,736, Código civil de 1884

Reformado el segundo de estos preceptos en los términos siguientes:

"Si hubiere renunciado los beneficios de orden y excusión, el fiador, al ser demandado por el acreedor, puede denunciar el pleito al deudor principal, para que éste rinda las pruebas que crea convenientes; y en caso de que no salga al juicio para el indicado objeto, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra el fiador."

hasta la cantidad á que alcancen los bienes que hubiere designado para la excusión (Art. 1,850, Cód. civ.).¹

Todos los autores sostienen que la responsabilidad para el acreedor nace en el caso indicado de las circunstancias de haber señalado el fiador en tiempo hábil bienes en que se haga la excusión y ministrado los gastos que ella demanda, las cuales le convierten en mandatario de éste, y por consiguiente, le hacen responsable de la falta de ejecución del mandato; pero Laurent, cuya opinión nos parece más justa, sostiene que, siendo el beneficio mencionado un derecho para el fiador, existe una obligación para el acreedor, y como una y otros son correlativos y deben su origen á la ley, es claro que la obligación de aquél es legal y que su falta de cumplimiento le constituye responsable de las consecuencias de ella.²

Esta responsabilidad pesa sobre el fiador no sólo cuando es absolutamente omiso para hacer la excusión en los bienes del deudor principal que se le hubieren designado, sino también cuando la ejecuta sólo en parte de esos bienes, y por su culpa se pierde la otra.

La responsabilidad del acreedor alcanza, como hemos dicho, hasta la concurrencia de la cantidad que importen los bienes que debieron ser discutidos y los perjuicios que pueda causar al fiador, entre ellos, los gastos que hubiere anticipado; pero no le es imputable la insolvencia del deudor proveniente de casos fortuitos, porque la negligencia del acreedor es la única que legitima y le impone esa responsabilidad, pero no los acontecimientos que se hallan fuera del poder y de la previsión humanos.

La excusión no tiene lugar en los casos siguientes, que expresamente exceptúa el art. 1,843 del Código civil:³

1.º Cuando el fiador renunció expresamente á ella:

1 Artículo 1,734, Código civil de 1884.

2 Tomo XXVIII, núm. 217.

3 Artículo 1,727, Código civil de 1884.



Siendo la excusión un privilegio introducido á favor del fiador, y siendo cada uno libre para renunciar los beneficios constituídos en pro de su persona, la ley ha querido respetar la voluntad de los fiadores que renuncian la excusión y se obligan á pagar en defecto del fiador tan luego como sean requeridos para ello.

En pocas palabras: ha sancionado el principio que declara, que la suprema ley de los contratos es la voluntad de los contratantes.

Para que la renuncia pueda producir el efecto jurídico correspondiente es preciso que sea expresa, como lo declara el artículo 1,843 del Código. Sin embargo, también puede ser tácita; como cuando el fiador no alega la excusión luego que le requiere de pago el acreedor.¹

Hay también casos en que la renuncia expresa no impide al fiador el derecho de oponer la excusión; por ejemplo, cuando la fianza tiene por objeto garantizar la cantidad que el acreedor no pudiere reembolsarse vendiendo la prenda que recibió, porque la obligación del fiador es entonces condicional, y es preciso que aquél haga constar que no ha podido obtener el reembolso íntegro; ó bien cuando la fianza garantiza el pago de una cantidad ilíquida, pues en tal caso es preciso reconvenir al deudor principal para hacer la liquidación.²

2.º Cuando el fiador se obligó mancomunadamente con el deudor.

La razón es, porque esta manera de obligarse implica la renuncia del beneficio de excusión.

Algunos autores han sostenido que el fiador solidario, ó lo que es lo mismo, el que se obliga mancomunadamente con el deudor principal, debe considerarse en sus relaciones con el acreedor como codeudor solidario y respecto de aquél como fiador; pero esta teoría ha sido combatida, con justi-

1 Artículo 1,727, Código civil de 1484.

2 Gutiérrez Fernández, tomo V, pág. 61.

cia, por la mayoría de los jurisconsultos modernos, que sostienen que es contrario á la fianza, contrato esencialmente accesorio, cuyo carácter conserva cualesquiera que sean las modalidades y cláusulas más ó menos rigurosas bajo las cuales se obligue el fiador; y que la obligación mancomunada de éste con el deudor principal no produce otro efecto que el de privarle del beneficio de excusión.¹

En consecuencia, podemos establecer, que cuando el fiador se obliga mancomunadamente con el deudor, sólo se produce el efecto de que quede privado del beneficio de excusión, conservando su obligación el carácter de accesorio en cuanto á los demás efectos jurídicos.

Sin embargo hay, que advertir, que tanto la obligación solidaria como la renuncia de la excusión deben constar expresamente en la fianza, pues ni la solidaridad ni la renuncia se presumen, sino que deben constar de una manera expresa y terminante (Art. 1,844, Cód. civ.).²

Así, pues, si la obligación principal se contrajo condicionalmente y la fianza es pura y simple, no está obligado á nada el fiador si no se verifica la condición, á diferencia de lo que pasa en las obligaciones solidarias, en las cuales el deudor que se obligó pura y simplemente no se libera si no se cumple la condición impuesta por su codeudor.

3^o En los casos de concurso ó de insolvencia probada del deudor; porque en tal caso ni se puede llenar el deber que tiene el fiador de señalar bienes libres y no embargados de aquél para que se haga la excusión, ni se puede obligar al acreedor á las dilaciones y molestias consiguientes á los concursos, para no obtener tal vez la más mínima parte de su crédito.

1 Laurent, tomo XXVIII, núm. 297, Aubry y Rau, tomo IV, pár. 423, nota, 7; Colmet de Santerre, tomo VIII, núm. 272, *bis* III y IV; Ponsot, *Traité du Cautionnement*, núm. 187; Troplong, *Du Cautionnement*, núm. 522; Pont, *Des petits contracts*, tomo I, núm. 13; etc. etc.

2 Artículo 1,728, Código civil de 1,884.

4.º Cuando el deudor no puede ser demandado judicialmente dentro del territorio de la República; porque la ley que ha querido beneficiar al fiador no puede autorizar la injusticia de que el acreedor quede burlado en sus derechos, con grave perjuicio de su patrimonio, por las dilaciones que demanda y las dificultades que origina la prosecución de un litigio en el extranjero.

Además la ley otorga el beneficio de excusión en cuanto satisface los intereses del fiador y del acreedor, impidiendo que el uno sufra un menoscabo en su patrimonio en cambio de un servicio gratuito que prestó, y haciendo que el otro se reembolse íntegramente de su crédito sin grande demora lo cual no se puede obtener cuando el deudor no puede ser demandado dentro de la República.

5.º Cuando el negocio para que se prestó la fianza, sea propio del fiador, pues entonces cesa la razón de la ley que motivó el otorgamiento del beneficio de excusión.

6.º Cuando se ignora el paradero del deudor, siempre que llamado éste por edictos, no comparezca, ni tenga bienes embargables en el Distrito ó en la California.

La razón es fácilmente perceptible, porque en tal caso no se puede llenar el requisito que la ley exige para que el beneficio de excusión aproveche al fiador, la designación de bienes del deudor que se hallen dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago.

Creemos que hay una verdadera contradicción entre el precepto que declara, que no procede la excusión cuando se ignora el paradero del deudor y no tiene bienes embargables en el Distrito y la California, y el artículo 1,845 del Código, que exige como requisito esencial para que aproveche aquel beneficio, que el fiador designe bienes del deudor, que se hallen dentro del distrito judicial en que se debe hacer el pago; porque el primero supone que si el deudor tiene bienes embargables dentro del Distrito y de la California, procede la excusión aunque no estén situados dentro

del distrito judicial en que debe verificarse el pago, mientras que el segundo supone lo absolutamente contrario.

Tan evidente contradicción sólo puede conciliarse, aunque no de una manera satisfactoria, diciendo que el primero de los preceptos aludidos se refiere al caso de ausencia del deudor principal, y el segundo á aquel en que éste se halle presente.

Si aceptamos esta conciliación tan poco satisfactoria, tendremos como resultado una inexplicable inconsecuencia de la ley, porque hace de mejor condición al fiador cuando el deudor principal se halla ausente, que cuando se halla presente, toda vez que en este caso sólo procede la excusión cuando los bienes del deudor se encuentran dentro del distrito judicial en que se debe hacer el pago.

Un ejemplo nos hará comprender más fácilmente lo expuesto.

Si un individuo es fiador de otro que tiene bienes embargables en el distrito de Tlalpan, no puede pretender la excusión de ellos si el pago debe hacerse en el distrito judicial de México; pero si se ignora el paradero del deudor, se le cita por los periódicos sin obtener su comparecencia, procede la excusión en los bienes situados en aquel distrito.

Inútilmente se buscará el motivo que autorice y justifique la limitación puesta al beneficio en el primer caso y su amplitud en el segundo.

Para que proceda la excusión en éste es indispensable que se llenen tres requisitos que exige la ley, los cuales deben concurrir simultáneamente:

- 1.º Que se ignore el paradero del deudor principal:
- 2.º Que se le haya llamado por editos y no comparezca:
- 3.º Que tenga bienes embargables en el Distrito ó en la California.

Puede acontecer que el deudor garantice el cumplimiento de la obligación mediante la fianza de una sola ó de varias personas, sin que por ello se alteren los efectos jurídicos.

cos de este contrato, pues se rige por las mismas reglas que hemos establecido para el caso en que interviene un sólo fiador.

Sin embargo, cuando son varios los fiadores gozan de un beneficio que debe su origen al derecho Romano, y que se designa bajo el nombre de *beneficio de división*.

Según ese derecho, cuando intervenían varios fiadores de un mismo contrato, cada uno estaba obligado *in solidum*, porque respondía por la misma obligación que había contraído el deudor, ó lo que es lo mismo, debían satisfacer en defecto de éste el total de las obligaciones que se había impuesto; pero el rescripto del emperador Adriano les concedió el beneficio de que la acción del acreedor se dividiera entre todos los fiadores que fueran solventes al tiempo de de la contestación de la demanda, de manera que el total debía ser satisfecho á prorata por todos. ¹

Así, pues, el beneficio de división consiste en el derecho que tiene el fiador, demandado por el total de la obligación, para que el acreedor divida su acción entre todos los fiadores para que paguen á prorata.

Este beneficio no producía su efecto *ipso jure*, sino que era preciso que se alegara por vía de excepción por el fiador demandado, pues si cada uno de los fiadores respondiera sólo por la parte que le correspondía no podrían ser obligados á pagar la de los que resultaran insolventes, siendo así que se hallaba establecido lo contrario.

Nuestra antigua legislación no siguió en todas sus partes al derecho Romano en esta importante materia, pues la ley 8.^a tít. 12. Partida 5.^a, estableció que, cuando se obligan los fiadores cada uno por el todo, puede exigir el acreedor de cada uno de ellos ó de todos juntos el total de la obligación; pero que sí se obligan simplemente, sin expresar que

1 Leyes 26, tít. 1, lib. 46, D. y 3, tít. 41, lib. 8, Cód.

es por el todo, el acreedor sólo puede exigir de cada uno la parte que le corresponde.

Posteriormente se promulgó la ley 10, tít. 1.º lib. 10, de la N. R. que declara, que cuando dos personas se obligan simplemente para hacer y cumplir alguna cosa, se entienden obligadas cada una por la mitad, á no ser que se obligaren *in solidum*, cualesquiera que fueren las leyes del derecho común que establecieren lo contrario.

Estas leyes dieron motivo á grandes discusiones entre los jurisconsultos acerca de si la última era derogatoria de la primera, y si cuando se obligaron los fiadores solidariamente gozaban ó no del beneficio de división.

Por fortuna, nuestro Código nos ha alejado de esas discusiones y de las dificultades que suscitaban, aceptando por completo los principios del derecho Romano, pues establece la solidaridad de los cofiadores, les concede el beneficio de división y declara, que éste no produce efecto por ministerio de la ley, sino mediante la instancia de ellos.

En efecto: el artículo 1,857 del Código declara, que si son varios los fiadores de un deudor por una sola deuda, responderá cada uno de ellos por la totalidad de aquella, no habiendo convenio en contrario; pero si sólo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar á los demás para que se defiendan juntamente, ó de igual modo y en la proporción debida estén á las resultas del juicio.¹

Los jurisconsultos modernos han procurado encontrar la razón de la diferencia que existe, según la teoría que acabamos de exponer, entre los fiadores y los deudores mancomunados, y la reprochan como contraria á los principios fundamentales que rigen las obligaciones conjuntivas, y como destituida de todo fundamento jurídico.

En efecto: cuando muchas personas se obligan conjuntamente por una misma deuda, cada una queda obligada á

1 Artículo 1,741, Código civil de 1884.