

prorata, porque la solidaridad no se presume; mientras que los fiadores quedan obligados solidariamente, ó lo que es lo mismo, por el total de la obligación, de pleno derecho y sin necesidad de un convenio expreso.

En consecuencia, resulta que la división se verifica de pleno derecho entre los deudores, y que entre los fiadores es un beneficio que necesitan alegar para que produzca efectos jurídicos.

Pothier, siguiendo á Vinnio, explica la razón de esta diferencia diciendo, que es de la fianza que el fiador se obligue á todo lo que debe el deudor principal, y por consiguiente, que se estime que cada uno de los fiadores contrae tal obligación, si no manifiesta que sólo se obliga en parte. Y luego agrega, que cada fiador es verdaderamente deudor del total de la deuda antes de que se decrete por el juez la división en virtud de la excepción opuesta por alguno de los fiadores, y por tanto, que si alguno pagó el importe total de la obligación, no tiene derecho para exigir del acreedor la restitución de las partes de los demás, porque pagó lo que debía.<sup>1</sup>

Esta explicación se ha estimado insuficiente, porque no contiene una razón científica y aceptable, y por lo mismo, sostiene la mayoría de los autores que la solidaridad de la obligación de los fiadores conjuntos es enteramente anormal y extraña á los principios que rigen á las obligaciones solidarias.

No tiene lugar entre los fiadores el beneficio de división, según el artículo 1,859 del Código civil:<sup>2</sup>

1. Cuando se renuncia expresamente; pues en tal caso conserva la obligación de los fiadores el carácter de solidaria que le atribuye la ley, y por tanto, son libres para renunciar los beneficios que ésta les otorga:

1 Des obligations núm. 126

2 Artículos 1,743 Código Civil de 1884.

2º Cuando cada uno se obliga mancomunadamente con el deudor:

3º Cuando alguno ó algunos de los fiadores son concursados ó se hallan insolventes.

En estos casos se debe dividir la cuota del concursado ó del insolvente entre los demás fiadores á prorata (Artículo 1,874 y 2,875, Cód. civ.):<sup>1</sup>

4º Cuando el negocio para que se prestó la fianza sea propio del fiador ó de los fiadores requeridos de pago:

5º Cuando alguno ó algunos de los fiadores no puedan ser demandados judicialmente dentro del territorio de la República, ó se ignore el paradero de ellos, y llamados por edictos, no comparecen, ni tienen bienes embargables en el Distrito ó en la California.

Estas excepciones son exactamente las mismas que señala el artículo 1,843 del Código para la procedencia del beneficio de excusión, y se fundan en las mismas razones que expusimos al ocuparnos de este precepto.

De lo expuesto se infiere, que para la procedencia del beneficio de división es necesario:

1º Que los fiadores garanticen la obligación de un mismo deudor:

2º Que sean solventes:

3º Que no hayan renunciado el beneficio de división.

Se infiere por lo mismo, que el beneficio de división no puede tener lugar entre los fiadores y los testigos que abandonaron su idoneidad y solvencia, porque garantizan una deuda distinta que aquellos, ó lo que es lo mismo, no garantizan la deuda del deudor principal, sino la de los fiadores; y por la misma razón, tampoco procede la división entre los diferentes fiadores de varios deudores solidarios, pues cada uno garantiza una obligación distinta.

La excepción que nace del beneficio, cuyo estudio hace-

<sup>1</sup> Artículos 1,758, y 1,759 Código Civil de 1,884.

mos, es dilatoria, según el artículo 63 del Código de Procedimientos de 1,872, y el 52 del de 1,880, y por consiguiente, sólo puede oponerse dentro de seis días, contados desde el siguiente á la notificación del decreto en que se mandare contestar la demanda.<sup>1</sup>

En otros términos, la excepción que nace del beneficio de división debe oponerse antes de contestarse la demanda, y si se deja pasar el término que con tal objeto señala la ley, ó se contesta aquella sin alegar dicho beneficio, se tiene por renunciado y no puede pretender el fiador la división.

No creemos jurídica la clasificación que el Código de Procedimientos ha hecho enumerando la división entre las excepciones dilatorias, pues su objeto no es impedir el curso de la acción sino destruirla, al menos en parte, cuya circunstancia constituye la naturaleza esencial de las excepciones perentorias, según los arts. 62 y 51 de los Códigos de 1,872 y 1,880.<sup>2</sup>

Es cierto que algunos autores, como Gutiérrez Fernández, han sostenido que la división es una excepción dilatoria, pero también lo es que la mayoría de los jurisconsultos defienden la opinión contraria.

Escríche se expresa acerca de ella en los términos siguientes: "La excepción de división es perentoria, y sigue por consiguiente las reglas de las excepciones de esta clase"; y Pothier dice: que en la excepción de división tiene más de las excepciones perentorias que de las dilatorias, toda vez que tiende á excluir enteramente la acción del acreedor respecto del que la opone hasta la concurrencia de las partes de la deuda que deben pagar los demás cofiadores.<sup>3</sup>

Esta teoría es la del mayor número de los jurisconsultos modernos, y la que nos parece más conforme con los principios fundamentales del derecho.<sup>4</sup>

1 Artículo 28, Código de Procedimientos de 1884.

2 Artículo 27, Código de Procedimientos de 1,884.

3 Des obligations, núm. 425.

4 Duranton, tomo VIII, núm. 348; Pont, tomo II, núm. 198 y 200; Laurent, tomo XXVIII, núm. 223; Colmet de Santerre; tomo VIII, núm. 257, bis IX; Troplong, núm. 295.

Separándose el Código de los principios del Derecho Romano, que imponían á los fiadores la obligación de probar la solvencia de sus cofiadores cuando alegaban el beneficio de división, nada establece á este respecto; de donde se infiere, que el fiador demandado no tiene prueba alguna que rendir, y que el acreedor es quien tiene que acreditar la insolvenza de aquellos al oponerse á la división.<sup>1</sup>

Fundamos nuestra opinión en la circunstancia de no tener ninguna determinación expresa el Código, y en la de haber declarado éste en el artículo 1,858 que no procede el beneficio á que aludimos cuando los fiadores son insolventes; lo cual quiere decir, que se debe demostrar la existencia de este estado de los responsables para que se deseche el beneficio, y por tanto, que le incumbe la prueba al acreedor que se opone á la procedencia de él.<sup>2</sup>

El beneficio de división, como ya hemos dicho, tiene por objeto que el acreedor divida su acción entre todos los fiadores para que paguen á prorata, y produce el efecto de que el fiador que hace uso de él, sólo responda por la parte del fiador ó fiadores insolventes, si la insolvenza es anterior á la petición; y ni aún por esa misma insolvenza si el acreedor voluntariamente hace el cobro á prorata sin que el fiador lo reclame (Artículo 1,860, Cód. civ.),<sup>3</sup>

La razón es bastante clara, porque el beneficio de división no tiene efecto retroactivo, sino que produce el que le atribuye la ley desde el día en que lo pone en ejercicio el fiador, y por tanto responde éste proporcionalmente de la insolvenza anterior de sus fiadores. En otros términos: la razón es porque el beneficio de división sólo produce efecto desde el día en que se alega por el fiador.

No responde éste por la insolvencia anterior de sus cofiadores cuando el acreedor divide voluntariamente su ac-

—  
1 Instituta, tit. 20 lib. 3, § 4.

2 Artículo 1,742, Código civil de 1884.

3 Artículo 1,744, Código Civil de 1,884.

ción, porque haciéndolo ha renunciado al derecho que tenía de exigir á todos y cada uno solidariamente el cumplimiento de la obligación.

Resulta, pues, que existe una notable diferencia entre los efectos que produce el beneficio de división opuesto por el fiador, y los que se obtienen por la división que resulta de la voluntad del acreedor; pues el beneficio no libera al fiador de las partes que corresponden á sus cofiadores insolventes sino desde el día de la petición, mientras que la división hecha voluntariamente por el acreedor le libra de las porciones que debieran pagar los fiadores insolventes, aunque su insolvencia sea anterior á la demanda.

La razón de la diferencia consiste, en que en el segundo caso el acreedor divide su acción voluntariamente, con conocimiento de causa, ó lo que es lo mismo, sabiendo que alguno ó algunos de los fiadores se hallan en la insolvencia, y por consiguiente, demuestra con su conducta que renuncia á su derecho para exigir el importe total de la deuda de todos ó de cada uno de los fiadores.<sup>1</sup>

Como la fianza es un contrato accesorio que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación, puede acontecer que recaiga sobre alguna que tenga por objeto la prestación de un hecho; pero como en tal caso pudiera suceder que el fiador careciera de las aptitudes necesarias para cumplir la obligación, la ley ocurre á esta dificultad declarando que queda libre de ella pagando los daños y perjuicios, ó haciendo que un tercero preste el hecho, en cuanto sea posible la sustitución y á su costa (Artículo 1,542 y 1,849, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Creemos enteramente inútil esta declaración que es solamente la repetición del principio establecido en el artículo 1,542 del Código, cuyo estudio hicimos en el artículo II, lección 3.<sup>a</sup> de este tratado, principio que es fundamental, y por lo mismo aplicable á todos los contratos.

<sup>1</sup> Laurent, tomo XXVIII, núm. 228; Post, tomo II, núm. 222.

<sup>2</sup> Artículos 1,426 y 1,733, Código civil de 1884.

La naturaleza esencialmente accesoria de la fianza, que depende de la existencia y validéz de la obligación principal, conduce á una consecuencia importante. El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que son inherentes á la obligación principal, pero no las que son personales del deudor. (Artículo 1,840, Cód. Civ).<sup>1</sup>

En otros términos: los medios que destruyen la obligación principal, cuando resultan de la naturaleza misma del contrato, destruyen también la fianza; pero si son inherentes á la persona del deudor, sólo el puede utilizarlas, y de ninguna manera las puede oponer el fiador.

Así, pues, el fiador puede alegar al acreedor las excepciones que nacen de los vicios de nulidad ó rescisión de la obligación principal contraída por error, dolo ó violencia; porque tales vicios son inherentes al contrato, por ellos no puede existir, y por tanto, tampoco puede tener existencia la fianza, accesorio de ese contrato.

Pero hay excepciones puramente personales del deudor, como la menor edad, la interdicción y la incapacidad de la mujer casada, que, como hemos dicho, no puede oponerlas el fiador, quien á pesar de la ineficacia de la obligación principal queda válidamente obligado por las razones que expusimos en el artículo I de esta lección.

El principio á que aludimos ha servido de fundamento á los autores para distinguir las excepciones que competen al deudor, en reales y personales, y para establecer que el fiador sólo puede alegar las primeras, pero no las segundas.

Ya hemos explicado cuales son las diferencias caratterísticas entre una y otra especie de excepciones, y para evitar una inútil repetición remitimos á nuestros lectores el artículo VI lección 2.<sup>3</sup> de este tratado, y nos limitamos á advertir que existe una diferencia capital entre las excepciones que allí llamamos personales, refiriéndonos á las obligaciones so-

—  
1 Artículo 1,724 Código civil de 1,884.

lidarias y las que con tal nombre se designan relativamente á la fianza; porque en aquellas los vicios del consentimiento de uno de los deudores constituyen excepciones puramente personales de él, que sus codeudores no pueden oponer, en tanto que el fiador puede oponerlas como inherentes á la obligación principal.

En otros términos; las excepciones que nacen de los vicios del consentimiento son puramente personales del deudor de obligación solidaria; pero son reales respecto del fiador y puede oponerlas al acreedor.

La razón de la diferencia consiste, en que las obligaciones de los deudores solidarios son principales, y existen tantos vínculos distintos cuantos son aquellos. Por el contrario, la fianza es una obligación accesoria, que no puede existir sin la principal.

Cuando el deudor y el acreedor transigen, y la transacción contiene cláusulas ó condiciones ventajosas al fiador, le aprovechan y puede hacerlas valer, pero no le perjudican; porque la transacción que recae sobre la obligación principal alterando su cuantía ó su naturaleza produce una excepción real que puede invocar el fiador, según hemos dicho. (Artículo 1,854, Cód. Civ).<sup>1</sup>

Duranton sostiene que en el caso indicado ni aun podría renunciar á la excepción, porque si el fiador estuviera obligado á pagar la deuda primitiva, á su vez exigiría al deudor el reembolso de lo que hubiera pagado, y de esta manera quedaría éste privado del beneficio que le resultaba de la transacción.

En consecuencia, podemos establecer, que el fiador es libre para aprovecharse de la transacción celebrada por el deudor, si de ella le resulta algún beneficio; pero que no le obliga de ninguna manera si le perjudica y no ha prestado su consentimiento para su celebración.

1 Artículo 1,738, Código civil de 1,884.

De la misma manera, la transacción celebrada entre el fiador y el acreedor, aprovecha, pero no perjudica al deudor principal: esto es, no le obliga á reembolsar al fiador en la porción en que hubiere hecho más onerosa la obligación.

Por una razón que no alcanzamos á comprender, y faltando al buen orden que, en general, preside en el Código, insertaron sus autores dos preceptos entre los que se refieren á los efectos de la fianza con relación al acreedor y al fiador, que fijan cuales deben ser los que produce respecto de éste y el deudor.

Para evitar la confusión que produce ese error, reservamos el estudio de los artículos 1,853 y 1,858 del Código, para el artículo siguiente.

#### IV

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

Vamos á estudiar en este artículo las relaciones jurídicas que crea la fianza entre el deudor y el fiador para fijar los derechos y obligaciones de uno y otro.

La fianza, dicen los autores, es un contrato que crea relaciones entre las tres personas que en él intervienen. Entre el acreedor y el deudor existe una obligación principal que garantiza la fianza: entre el acreedor y el fiador el contrato de fianza; y entre el segundo de éstos y el deudor existe el mandato y la gestión de negocios.

Es consecuencia de la naturaleza de la obligación que existe entre el fiador y el deudor, que sus efectos estén regidos por las mismas reglas que el contrato de mandato y la gestión de negocios; y por lo mismo, que cuando aquél

hace el pago tenga derecho para pedir á éste el reembolso de lo que pagó.

Este derecho que se funda en la equidad y la justicia, ha encontrado la debida sanción en el Código civil, que declara en el artículo 1,861, que el fiador debe ser indemnizado por el deudor, aunque éste no haya prestado su consentimiento para la constitución de la fianza, porque ésta le produce un beneficio, y es de suponer que no rechaza el bien que de ella le resulta.<sup>1</sup>

Sin embargo, esta regla sufre excepción cuando el fiador otorga la fianza contra la voluntad del deudor, pues en tal caso no tiene aquél derecho alguno para cobrar lo que pagó; porque se presume con justicia que el deudor tendría razones poderosas que le obligaban á rehusar la fianza, tal vez porque se le daba á la obligación un valor jurídico de que carecía sin ella, y por lo mismo, sufría un perjuicio por su constitución; ó bien que el fiador que de tal manera contradijo la voluntad expresa del deudor, tuvo intención de hacerle una donación gratuita de lo que pagó.<sup>2</sup>

Sin embargo, sostienen los autores, que aun en tal caso puede repetir el fiador por todo aquello en que el deudor principal se hizo más rico, pues la equidad no permite que uno se enriquezca á expensas y con perjuicio de otro.

Este derecho de reembolso que la ley otorga al fiador, tiene lugar, según sostienen los autores, no sólo cuando satisface realmente el objeto de la obligación, esto es, cuando hace el pago, sino también cuando interviene algún otro acto jurídico que hace las veces de éste: por ejemplo, la compensación opuesta por el fiador al acreedor, la dación en pago aceptada por éste, etc.<sup>3</sup>

¿Pero en qué forma puede proceder el fiador para obtener la indemnización á que tiene derecho, conforme á la ley?

1 Artículo 1,745 Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,745 Código civil de 1,884.

3 Colmet de Santerre, tomo VIII, núm. 259 bis II; Troplong núm. 333; y otros.

El artículo 1,853 del Código contesta satisfactoriamente esta cuestión, declarando que, el fiador que paga por el deudor, puede proceder contra éste ejecutivamente en virtud de la sentencia, y conforme á la naturaleza de la obligación, si el pago no se hubiere hecho en virtud del fallo judicial.<sup>1</sup>

La Exposición de motivos del Código civil funda la razón de este precepto en los términos siguientes:

“El artículo 1,853 establece una división importante; porque no es lo mismo para el fiador pagar por sentencia, que hacerlo sin ser condenado. En el primer caso, el fallo no sólo trasmite al fiador los derechos del acreedor, sino que los robustece y los reviste con todo el carácter de la cosa juzgada. En el segundo, el fiador, como que sólo se subroga en el lugar del acreedor, no puede tener más que los derechos de éste. Por lo mismo, es justa la disposición que concede la acción ejecutiva cuando el pago se hace en virtud de sentencia, y establece que, cuando no hay juicio, sólo tenga el fiador las acciones que conforme al contrato correspondían al acreedor.”

Creemos que la razón de la diferencia que establece el artículo aludido consiste, en que la sentencia ejecutoria es un título ejecutivo, ó que trae aparejada ejecución, según la ley, que se tiene como una verdad indiscutible, y por lo mismo, la obligación á que se refiere no puede ser materia de un juicio declarativo ú ordinario, porque consta demostrada su existencia. Por el contrario, cuando el fiador paga fuera de juicio, solamente se subroga en los derechos del acreedor, que todavía son discutibles, no están bajo el amparo de una sentencia ejecutoria ni se tienen como una verdad innegable, y por tanto sólo pueden ejercitarse en el juicio que corresponda, según su naturaleza.

Así, pues, la ley establece dos medios para obtener la indemnización que otorga al fiador, cuando hace el pago por el deudor:

---

1 Artículo 1,737, Código civil de 1,884.

1.º El juicio ejecutivo, cuando hace el pago en virtud de una sentencia:

2.º El juicio ordinario, cuando el título en que se funda el fiador, subrogado en los derechos y acciones del acreedor, no es de los que apareja ejecución.

Hemos hecho esta explicación siguiendo los preceptos que sanciona el Código; pero creemos que aquél á que acabamos de referirnos es absolutamente innecesario, porque es sabido que, según los principios más elementales del derecho, procede el juicio ejecutivo, siempre que la acción se funda en un instrumento público ó auténtico, á cuya especie pertenece la sentencia ejecutoria; cuyos principios están sancionados por los artículos 1,007 del Código de Procedimientos de 1,872 y 948 del de 1,880.<sup>1</sup>

El monto de la indemnización debida al fiador esta fijada por el artículo 1,862 del Código Civil, que declara, que aquél debe ser indemnizado por el deudor:

1.º De la deuda principal:<sup>2</sup>

2.º De los intereses respectivos desde que haya notificado el pago al deudor, aun cuando éste no estuviere obligado por razón del contrato á pagarlos al acreedor:

3.º De los gastos que haya hecho desde que dió noticia al deudor de haber sido requerido de pago:

4.º De los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor.

Un ligero examen del precepto que señala estas bases para fijar la indemnización, basta para comprender que la mente del legislador es que el fiador que verifica el pago no pierda ni gane nada en virtud de ella, y que sólo obtenga el reembolso de las cantidades que paga y la indemnización de los daños y perjuicios que sufre con motivo del pago.

Si la deuda causa intereses y el fiador los paga, es evidente que su importe forma un todo con aquella, que es productivo á su vez de intereses á favor de aquél, porque

1 Artículo 1,017, Código de Procedimientos de 1,884.

2 Artículos 1,746, Código civil de 1,884.

la falta de la cantidad que desembolsó le causa perjuicio, supuesto que deja de emplearla en sus especulaciones ó industria y de obtener una ganancia lícita compensable sólo, según el artículo 1,598, con el pago de seis por ciento anual de interés.<sup>1</sup>

Por idéntica razón está obligado el deudor á pagar al fiador los intereses respectivos sobre el importe de la deuda, aun cuando no lo estuviere por razón del contrato á pagarlos al acreedor; pero tanto en este caso, como en el que supusimos antes, no se causan tales intereses sino desde la fecha en que se hace saber por el segundo el pago, porque desde entonces se constituye en mora el deudor, por no haber tenido antes noticia de tal hecho, y por consiguiente, de su obligación de reembolsar al fiador.

Por último: tiene también derecho el fiador para que la indemnice de los daños y perjuicios que por su causa hubiere sufrido, porque no sería justo que, cuando ha prestado un servicio, careciera de todo medio de reparar las pérdidas que por él hubiera sufrido en su patrimonio.

Este derecho que la ley otorga al fiador tiene por objeto establecer una excepción al principio contenido en el artículo 1,567 del Código civil, según el cual, en los contratos en que la prestación consiste en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resultan de la falta de cumplimiento del contrato, no pueden exceder del interés legal, porque no es justo, que su conducta benéfica y desinteresada le produzca daño y detrimiento en sus bienes, el cual le resultaría evidentemente si sólo pudiera tener derecho al pago de los intereses al tipo legal de la cantidad que pagó al acreedor.<sup>2</sup>

Tal resultado se tendría, por ejemplo, si éste hubiera secuestrado algunos bienes del fiador sacándolos á subasta judicial, y rematado en las dos terceras partes de su valor, quu

1 Artículo 1,482, Código civil de 1,884.

2 Artículo 1,451, Código civil de 1,884.

es la postura legal; pues en tal caso no quedaría justamente indemnizado el fiador si recibiera nada más el precio obtenido en el remate y el importe de sus intereses al seis por ciento anual.

Estas bases tan justas y equitativas para fijar el monto de la indemnización á que tiene derecho el fiador, carecen de toda aplicación cuando éste ha transigido con el acreedor, pues en tal caso no puede exigir del deudor sino lo que en realidad hubiere pagado (Art. 1,864, Cód. civ.).<sup>1</sup>

La razón es, porque el derecho que la ley otorga al fiador tiene por objeto indemnizarle reembolsándole de las cantidades que hubiere pagado, pero no procurarle un lucro á expensas del deudor; y aquel objeto se obtiene cuando el fiador recibe la cantidad que realmente ha pagado.

Además de la acción que hemos mencionado, la ley otorga al fiador que paga, la subrogación de todos los derechos y acciones que el acreedor tenía contra el deudor; es decir, que en virtud del pago que hace se subroga en tales derechos y acciones para reembolsarse de la cantidad que pagó. (Artículo 1,863, Cod. civ.).<sup>2</sup>

Esta subrogación que otorga la ley al fiador es una aplicación del principio sancionado por el artículo 1,706 del Código civil, según el cual tiene lugar la subrogación por mero efecto y ministerio de la ley, cuando el que paga, tiene interés en el cumplimiento de la obligación.<sup>3</sup>

Resulta, pues, que el fiador tiene dos acciones para exigir el reembolso del deudor, una personal que nace del mandado ó de la gestión de negocios, y la otra que debe su origen á la subrogación que en su favor establece la ley.

Todos los autores distinguen cuidadosamente la una de la otra acción, procurando marcar sus efectos, porque en unas ocasiones es más provechosa la segunda que la prime-

1 Artículo 1,748, Código civil de 1884.

2 Artículo 1,747, Código civil de 1,884.

3 Artículo 1,591, Código civil de 1884. Véase la nota 4. pág. 282 de este volumen.

ra, y en otras, por el contrario, ésta ofrece mayores ventajas que aquella.

Es más provechosa la acción en que fué subrogado el fiador, porque goza las garantías de prenda, anticresis, hipoteca, etc. de que disfrutaba el acreedor; pero es menos ventajosa que la acción personal, porque sólo le procura al fiador el reembolso de la cantidad que pagó, pero no los intereses de ella, si no son debidos en virtud de la obligación principal, supuesto que no puede obtener más de lo que podría pretender legalmente el acreedor.

Es más ventajosa la acción personal, porque puede ejercerla el fiador aun después de prescrita la acción del acreedor, cuya prescripción tiene que efectuarse necesariamente antes, supuesto que aquella nace el día en que el fiador verificó el pago, y dura veinte años.

Se diferencian también la acción personal que tiene el fiador en virtud del pago que hace al acreedor de aquella en que éste le subroga, en que sólo adquiere la primera en el caso de que pague como mandatario ó como gestor de negocios, y, por lo mismo, carece de ella y no tiene derecho alguno para cobrar lo que pagó, según el artículo 1,861 del Código civil, si otorgó la fianza contra la voluntad del deudor, mientras que, por el contrario, basta para que goce de la acción subrogada que pague al acreedor, en virtud del interés que tiene en el cumplimiento de la obligación que garantizó, supuesto que los artículos 1,705, fracción 2<sup>º</sup>, y 1,863, no exigen ni expresa ni implícitamente el consentimiento del deudor para que se verifique la subrogación.<sup>1</sup>

En otros términos: la subrogación tiene lugar en todo caso, en virtud del pago hecho por el fiador, sea que éste haya otorgado la fianza por orden ó consentimiento del deudor, sea que le haya prestado ese servicio sin su noticia y aun contra su voluntad, pues los términos generales de los pre-

<sup>1</sup> Artículos 1,745, 1,595, fracción 2<sup>º</sup>, y 1,747, Código civil de 1,884.

ceptos citados no permiten hacer distinción de ninguna especie.

El fiador solidario que paga, tiene derecho de reclamar á los demás la parte que les corresponda; y el que no es solidario, sólo tiene acción contra el deudor por la parte que haya pagado (Art. 1,858, Cód. civ.)<sup>1</sup>

Este principio no es más que la reproducción del que establece el artículo 1,523 del Código, según el cual, el deudor solidario que paga por los otros, debe ser indemnizado por ellos, cuyo estudio hicimos en el artículo VIII, lección segunda de este tratado, sosteniendo que la obligación que es solidaria respecto del acreedor y los deudores, es simplemente conjunta respecto de los deudores entre sí y los constituye sólo responsables de la parte de la deuda que á cada uno corresponde.<sup>2</sup>

Claro es que, si la fianza no es solidaria sino simplemente conjunta, el fiador sólo tiene derecho para exigir del deudor que le reembolse de la parte que con tal calidad haya pagado, supuesto que la acción que le otorga la ley únicamente tiene por objeto restituirle la cantidad que hubiere pagado é indemnizarle de los perjuicios que hubiere sufrido, pero no concederle los medios de alcanzar un lucro indebido é injusto á expensas del deudor principal.

Por lo demás la sanción de este principio es inútil; supuesto que es la repetición del precepto contenido en el artículo 1,861 del Código, que ordena, por regla general, que el fiador que paga, debe ser indemnizado por el deudor.<sup>3</sup>

Cuando son dos ó más los deudores solidarios de una misma deuda, el fiador puede pedir de cualquiera de ellos la totalidad de lo que hubiere pagado; porque según los principios, que hemos explicado ya, que rigen la solidaridad, cada

1 Artículo 1,742, Código civil de 1,884.

2 Página 155.

3 Artículo 1,745, Código civil de 1,884.

uno de los deudores solidarios está obligado por toda la deuda, como si fuera el único deudor, y, por consiguiente, el fiador de todos está obligado por cada uno de ellos como si fuera el único deudor del total de la deuda, y se subroga en el lugar del acreedor por el importe de aquél contra todos y cada uno de ellos.

Pero el fiador no goza del derecho de hacerse reembolsar por el deudor principal, sino á condición de que le dé noticia del pago que hace, porque pudiera suceder que tenga excepciones que oponer al acreedor, que le exoneren de la obligación, y no es justo que se perjudiquen sus intereses con el pago de una cantidad indebida por la negligencia de aquél.

Así, pues, si el fiador hace el pago sin ponerlo en conocimiento del deudor, puede oponerle todas las excepciones que podría alegar al tiempo de hacer el pago (Art. 1866, Código civil).<sup>1</sup>

tal sería, por ejemplo, el caso en que la fianza tuviera por objeto garantizar el pago del precio de una finca que hubiera sido el objeto de un juicio de evicción, y que, no obstante esta circunstancia, hubiera pagado el fiador aquel precio; pues en tal caso podía haberse libertado el deudor del pago, alegando la evicción.

Tal sería también el caso en que el deudor pudiera alegar la excepción de prescripción; pues el fiador carecía de facultad para privarle de ese derecho que le otorga la ley.

Si el deudor, ignorando el pago por falta de aviso del fiador, paga de nuevo, no puede éste repetir contra aquél sino solamente contra el acreedor, porque es justo que sufra las consecuencias de su negligencia (Art. 1867, Cód. civ.)<sup>2</sup>

Esta regla, fundada en la equidad y la justicia es, como puede comprenderse fácilmente, una derogación del derecho común, según el cual, por el pago hecho por el fiador

<sup>1</sup> Artículo 1,750, Código civil de 1,884.

<sup>2</sup> Artículo 1,751, Código civil de 1,884.

debería quedar libre de la obligación el deudor, y, por lo mismo, pagando á su vez hacia un pago indebido que le daba derecho para repetir del acreedor el importe de la deuda; y tal derogación tiene por objeto librarse de las molestias y gastos consiguientes del juicio y del peligro de la insolven-  
cia de aquél, haciéndolos recaer sobre el fiador negligente, porque es justo que sufra las consecuencias de su conducta.

Fundados en los preceptos del derecho Romano, sostie-  
nen los autores que, en el caso contrario, cuando el deudor pague sin darle aviso al fiador y éste, ignorando tal hecho, hace el pago á su vez, que le compete la acción de mandato contra aquél para reembolsarse de la cantidad que indebida-  
mente pagó, pero subrogándole en su acción contra el acree-  
dor para que pueda repetir contra él por aquella cantidad.<sup>1</sup>

Podría decirse que al pagar el fiador una deuda ya extin-  
guida, no ha hecho nada en beneficio del deudor, y por tan-  
to, que éste no le aduda nada, y que debe ejercitar su ac-  
ción por el pago indebido contra el acreedor.

Pero á esta objeción se contesta diciendo que el fiador de-  
be ser indemnizado de todo lo que hubiere perdido con mo-  
tivo de la fianza y sin su culpa, y que habiéndola en el caso  
propuesto de parte del deudor por no haberle dado un opor-  
tuno aviso para evitar el error en que incurrió, es justo que  
sufra las consecuencias exponiéndose á las molestias del jui-  
cio y al peligro de la insolvencia del acreedor.<sup>2</sup>

Sin embargo; otros autores sostienen, que en tal caso no tiene el fiador derecho alguno contra el deudor para obte-  
ner el reembolso, sino que le compete acción contra el acree-  
dor por el pago indebido, ó por lo menos, que es muy dis-  
cutible que tenga tal derecho, porque no hay una ley que  
establezca el principio á que nos referimos, y no puede ad-  
mitirse la existencia de una obligación por razón de analogía.<sup>3</sup>

1 Leyes 8. pár. 9, y 29, pár. 2, tít. 1, lib. 17 D.

2 Leyes 15 y 20, tít. 1, lib. 17, D.

3 Duranton, tomo XVIII, pár. 357; Pout, tomo II, núm. 255; Laurent, tomo XXVIII, núm. 240.

La opinión de dichos autores, aunque relacionada con el derecho Francés, puede aplicarse al nuestro, porque, como aquél, guarda silencio acerca del caso propuesto; esto es, no contiene ningún precepto que expresa ó implícitamente se ocupe de él.

La teoría que hemos expuesto y que ha motivado las observaciones precedentes ha sido tradicional entre nosotros y de observancia práctica antes de la vigencia del Código civil, como puede verse en el Diccionario de Escriche, en la palabra "*Fianza*," párrafo III, en donde también sostiene este jurisconsulto que tal teoría no puede tener aplicación cuando el fiador se obligó por el deudor principal sin noticia de éste, pues malamente podía dar aviso del pago á un fiador á quien no conocía; y que lo mismo tiene lugar, si éste hizo el nuevo pago expontáneamente y sin ser reconvenido para ello por el acreedor.

Por nuestra parte, creemos que el silencio de nuestro Código sobre este punto importante puede ser suplido por la aplicación de dicha teoría, que se funda en los preceptos del derecho Romano, sancionados, antes de ahora, por la jurisprudencia, toda vez que no pugna con los preceptos de aquél y que facilita los medios de resolver de una manera equitativa y justa una cuestión tal vez frecuente en la práctica.

Como nadie está obligado á lo imposible, es claro que si el fiador hace el pago en virtud de un fallo judicial, y por hallarse ausente á gran distancia el deudor, por ignorarse su paradero, ó por otra causa semejante deja de darle el aviso respectivo, no pierde su derecho para exigirle el reembolso y la indemnización respectiva, á no ser que á sabiendas hubiere dejado de oponer las excepciones que tenía el deudor, que habrían destruido la acción del acreedor, pues tal omisión hace presumir que obró fraudulentamente y con el objeto de perjudicar al deudor.

Pero esta regla no tiene aplicación cuando el fiador se abstiene de oponer las excepciones que son exclusivamente

personales del deudor, por ejemplo, la menor edad de éste; y otras semejantes; pues en tales casos tiene derecho para exigir el reembolso y la indemnización.

Este principio, que debe su origen al derecho Romano y fué reproducido por la ley 15, tít. 12, Partida 5<sup>ta</sup> ha sido sancionado por el artículo 1,868 del Código civil, que declara, que si el fiador ha pagado en virtud de fallo judicial, y por motivo fundado no pudo hacer saber el pago al deudor, éste queda obligado á indemnizar á aquél, y no puede oponerle más excepciones que las que son inherentes á la obligación y que no hubieren sido opuestas por el fiador, teniendo conocimiento de ellas.<sup>1</sup>

En consecuencia: podemos establecer que, según este precepto, el fiador está obligado á oponer al acreedor todas las excepciones de que tuviere conocimiento, menos las personales del deudor; y que si falta al cumplimiento de ese deber, puede rechazar éste su acción para el reembolso de la cantidad que pagó, oponiéndole las excepciones que dejó de alegar á sabiendas, siempre que sean inherentes á la obligación, esto es, que se refieran á su esencia y validez, como la de nulidad del contrato, etc.

A primera vista puede parecer absurdo que el deudor pueda oponer al fiador las mismas excepciones que habría podido alegar contra el acreedor; pero la más ligera reflexión basta para hacer patente la justicia de la determinación de la ley, porque nos hace recordar que el fiador que paga se subroga en todos los derechos del acreedor, así como en todas sus obligaciones, y por lo mismo, que el deudor puede oponerle las mismas excepciones que á aquél, en cuyo lugar se ha sustituido.

Si la deuda fueré á plazo ó bajo condición y el fiador paga antes de que ésta ó aquél se cumplan, no puede cobrarla del deudor sino cuando fuere legalmente exigible, porque

<sup>1</sup> Artículo 1,752, Código civil de 1,884.

haciendo el pago anticipado le priva del beneficio que le resulta de la concesión del plazo ó convierte en pura una obligación condicional, que aun se ignora si llegará á ser exigible, por estar pendiente del verificativo de un acontecimiento incierto, y no puede por el solo efecto de su voluntad privarle de un derecho y empeorar su condición con perjuicio de sus intereses.

Así pues, si el fiador paga antes del vencimiento del plazo ó antes del cumplimiento de la condición, carece de derecho para pretender el reembolso del deudor y tiene que diferir su pretensión hasta que el primero se venza ó que la segunda se cumpla.

La ley no sólo ha provisto á los intereses del fiador para resarcirle de los daños y perjuicios que hubiere sufrido, haciendo el pago de la deuda, sino que también le ha otorgado un recurso para precaverlos y evitarlos antes de que se le causen.

A este fin, y reproduciendo los principios del derecho Romano, sancionados por nuestra antigua legislación, declara el artículo 1,870 del Código civil, que el fiador puede, aun antes de haber pagado, exigir que el deudor asegure el pago ó le releve de la fianza en los casos siguientes: <sup>1</sup>

- 1º. Si fuere demandado judicialmente por el pago:
- 2º. Si el deudor sufre menoscabo en sus bienes, de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente:
- 3º. Si pretende ausentarse de la República:
- 4º. Si se obligó á relevarle de la fianza en tiempo determinado, y éste ha trascurrido.
- 5º. Si la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo:

En este caso puede también exigir el fiador que el acreedor proceda contra el deudor principal ó contra el mismo fiador admitiéndole el beneficio de excusión si tuviere lugar;

---

<sup>1</sup> Leyes 38 y 56, tit. 1, lib. 17, D, 10, tit. 35, lib. 4, C., y 14, tit. 12, Part. 5º

y si el acreedor no demanda al deudor ni al fiador, dentro de sesenta días, contados desde la fecha en que se haga el requerimiento, queda éste libre de la obligación, porque no debe depender del capricho del acreedor el ejercicio de su acción, exponiendo al fiador á que por su negligencia se haga insolvente el principal obligado y le prive de toda posibilidad de reembolso (Arts, 1,871 y 1872, Cód. civ).<sup>1</sup>

6º Si han transcurrido diez años, no teniendo la obligación principal término fijo, y no siendo la fianza por título oneroso.

Varias razones dan los jurisconsultos para fundar esta determinación de la ley, las cuales vamos á exponer en compendio.

Para lograr su intento, equiparan la situación del fiador y del deudor con la del mandatario y el mandante, y sostienen, que así como el mandatario no está obligado á despojarse de sus bienes para la ejecución del mandato, y que puede exigir del mandante que le ministre los fondos necesarios, de la misma manera no está obligado el fiador á sufrir tan grave perjuicio sin tener derecho de exigir del deudor que le salve del peligro que le amenaza, satisfaciendo al acreedor por los medios que encontrare convenientes ó relevándole de la fianza.

Sostienen también, que el fiador se ha obligado á satisfacer la obligación en defecto del deudor pero que no ha autorizado á éste para que le estreche al cumplimiento de ese deber, que sólo puede exigirle el acreedor; y que equivaldría á tanto como otorgarle tal derecho, si el fiador no pudiera compelerle en los casos indicados á asegurar el pago ó á relevarle de la obligación.

Por último: dicen que el fiador no se ha obligado con el deudor á pagar por él, á erogar los gastos ni á ministra rlos que demande la excusión, sino que se ha obligado con el

<sup>1</sup> Artículos 1,755 y 1,756, Código civil de 1,884.

acreedor, y por lo mismo, cuando se ve en peligro de pagar la deuda y de erogar esos gastos, le causa la fianza un perjuicio actual, y como es un principio legal aquel que establece que el fiador no debe sufrir pérdida alguna, de aquí proviene la acción que le otorga la ley.<sup>1</sup>

La mención de ésta al otorgar al fiador el derecho de exigir al deudor que asegure el pago ó le releve de la fianza es libertarle del peligro inminente de un perjuicio en sus intereses, presumible, con justicia en los casos que expresa.

Como la acción que compete al fiador en los casos señalados por el artículo 1,870 del Código se funda sólo en el favor y en consideraciones especiales de equidad respecto de aquél, se infiere que tal acción no puede extenderse por analogía á otros casos fuera de aquellos, y por tanto, que la enumeración que hace aquél precepto es limitativa.

## V

### De los efectos de la fianza con relación á los fiadores entre sí.

Hasta aquí hemos considerado los efectos de la fianza bajo el supuesto de que sea constituida por una sola persona, pero puede otorgarse también por varios individuos garantizando una misma obligación, por lo cual se hace preciso examinar los que le atribuye la ley en ese caso con respecto á los mismos fiadores entre sí.

Ya hemos visto que, según el artículo 1,857 del Código, cuando son varios los fiadores de un deudor por una sola

---

<sup>1</sup> Pont, tomo II, num. 63 y 85; Pensot, n.º 264.

deuda, responde cada uno de ellos por la totalidad de ella, salvo convenio en contrario.<sup>1</sup>

De este precepto se infiere que el acreedor tiene derecho para dirigirse contra cualquiera de los fiadores y exigirle el total de la deuda y que el requerido está obligado á pagarle, pero á la vez surge esta cuestión: ¿tiene el fiador que hizo el pago alguna acción contra los demás fiadores para reembolsarse y para obtener la indemnización de los daños y perjuicios que por él hubiere sufrido?

Según el derecho Romano y la legislación de las Partidas, el fiador que había pagado, no tenía recurso alguno contra sus cofiadores, si el acreedor no le cedía expresamente sus derechos antes de verificar el pago; porque la fianza era un convenio entre el fiador y el deudor y no entre los mismos fiadores, pues cada uno de ellos se propone prestar un servicio á aquél y no á sus cofiadores.<sup>2</sup>

Esta teoría rigurosamente lógica y conforme con los principios estrictos del derecho Romano era contraria á la equidad, porque otorgaba á todos los fiadores su libertad á expensas y con perjuicio de uno solo de ellos, siendo así que todos estaban obligados á satisfacer el importe de la deuda y que podían haber sido estrechados por el acreedor á pagar á prorata el total de ella.

Pero nuestro Código, siguiendo el principio sancionado por el artículo 2,033 del Código Francés, que es enteramente conforme con las indicaciones de la justicia y la equidad, declara, que siendo dos ó más fiadores del mismo deudor, y por la misma deuda, el que la hubiere pagado en su totalidad, puede exigir de cada uno de los otros la parte proporcional que le corresponda; y que si alguno de ellos se hallare insolvente, se divida su cuota entre los demás á prorata (Artículo 1,873 y 1,874. Cód civ).<sup>3</sup>

1 Artículo 1,741, Código civil de 1,884.

2 Leyes 39, tit. I, lib. 46 D, y 11, tit. 12 Partida, 5<sup>g</sup>

3 Artículos 1,757, y 1,758, Código civil de 1,884.

Podría decirse que este derecho, que otorga la ley al fiador que hace el pago, es propiamente hablando, un efecto de la subrogación legal; pero para convencerse de que tal aserción se halla muy lejos de la verdad, basta tener presente que el fiador sólo goza de tal derecho cuando se le ha exigido judicialmente el pago, ó cuando el deudor principal está fallido, según la limitación que de una manera expresa establece el artículo 1,875 del Código; cuya circunstancia demuestra que la acción que compete al fiador sólo tiene lugar cuando sus cofiadores tienen un gran interés en que se haga el pago, y por razón de ese interés deben satisfacer en parte la deuda, y por consiguiente, que aquél no sucede al acreedor en sus derechos.<sup>1</sup>

Se infiere también de lo expuesto, que el fiador que hace el pago sin que se le exija judicialmente, ó cuando el deudor no está fallido ó en estado de insolvencia, no tiene acción alguna para exigir de sus cofiadores el reembolso, pues como dice Laurent, la ley supone que si el fiador no se hubiera apresurado á pagar, el deudor lo habría hecho, librando á los demás fiadores.<sup>2</sup>

El fundamento de la acción que nos ocupa es, como hemos dicho, el pago hecho al acreedor, el cual supone necesariamente que los demás fiadores quedan libres de la obligación por haberse extinguido. Pero como este efecto no se obtiene sino mediante un pago válido, según la ley, se infiere que tal acción está subordinada de una manera indeclinable á esta condición.

El que abona al fiador es estimado, según la ley, y como dijimos en el artículo III de esta lección, como fiador de aquél y es responsable del cumplimiento de la obligación si resulta insolvente. Pues bien, este principio que ha sido sancionado por los artículos 1,855 y 1,856 del Código, se ha reproducido por el artículo 1,877, que declara, que el que

1 Artículo 1,759. Código Civil de 1,884.

2 Tomo XXVIII, núm. 264.

abonó al fiador, en caso de insolvencia de éste, es responsable para con los otros fiadores en los mismos términos en que lo sería el fiador.<sup>1</sup>

Juzgamos que esta repetición es absolutamente inútil e innecesaria, toda vez que el precepto referido nada nos enseña que ya no estuviera previsto y sancionado por los artículos antes citados.

El artículo 1,876 declara, que los fiadores demandados por el que pagó, pueden oponerle las excepciones que podría alegar el deudor principal contra el acreedor, y que no fueren puramente personales del deudor ó del fiador que hizo el pago.<sup>2</sup>

Este precepto se funda en las mismas consideraciones que el artículo 1,868, aunque no contiene la justa restricción que éste impone al derecho del deudor para oponer excepciones al fiador que hizo el pago, limitándolo sólo á aquellas que omitió éste teniendo conocimiento de ellas.<sup>3</sup>

Creemos inmotivada la generalidad del precepto y que no se halla en armonía con el artículo 1,868, porque siendo idénticas las situaciones del deudor y de los cofiadores respecto del fiador que hizo el pago, no hay alguna razón jurídica ó de equidad y de justicia por la cual gocen los segundos de un derecho más ventajoso que el primero, y por la cual el fiador que pagó apremiado judicialmente y no opuso excepciones de que tenía conocimiento, puede ser burlado en el justo ejercicio de su derecho por la alegación de ellas.

Racional y justo es que el fiador que á sabiendas dejó

1 Artículos 1,739, 1,740 y 1,761; Código civil de 1,884.

Reformados los tres preceptos que anteceden. Véanse las notas de las páginas 424 y 433, en cuanto á los dos primeros.

El último quedó concebido en los términos siguientes, para guardar armonía con los otros:

«El que fia al fiador, en caso de insolvencia de éste, es responsable para con los otros fiadores, en los mismos términos en que lo sería el fiador fiado.»

2 Artículo 1,760, Código civil de 1884.

3 Artículo 1,752, Código Civil de 1884.

de alegar las excepciones que asistían al deudor ó á él, sufra las consecuencias de su conducta negligente ó sospechosa de haber querido causar deliberadamente un daño al deudor, pero no lo es que sufra un perjuicio cuando su conducta es inculpable.

## VI

### De la extinción de la fianza.

La fianza es una obligación, supuesto que el fiador se obliga con el acreedor á satisfacer en defecto del deudor los deberes que se impuso, y por lo mismo, está sujeta á las mismas reglas que rigen los diversos modos de extinguirse las demás obligaciones, aunque con pequeñas diferencias que ya hemos indicado en la lección IV de este tratado á las cuales haremos las debidas referencias.

Pero la fianza es un contrato accesorio, y como tal, no puede subsistir sin la obligación principal; cuya circunstancia nos conduce necesariamente á concluir que la extinción de dicha obligación produce la de la fianza.

Estos principios, que son una consecuencia necesaria de la naturaleza misma de la fianza, han encontrado la debida sanción en el artículo 1878 del Código Civil, que declara, que extinguida la obligación principal, se extingue la fianza, que también puede extinguirse como las demás obligaciones.<sup>1</sup>

Como dijimos en el artículo VIII de la lección citada, la confusión consiste en la reunión de cualidades incompati-

1. Artículos 1,762 Código Civil de 1,884.

bles de acreedor y deudor, ó de acreedor y fiador; y tal reunión produce el efecto de que se extingan la obligación principal en el primer caso y la del fiador en el segundo, porque es absurdo é imposible que éste quede obligado á sí mismo.

Pero este efecto no se produce respecto del deudor principal, porque la confusión no causa imposibilidad para el ejercicio de la acción del acreedor; aunque sí parece que debería producirse respecto del que abonó al fiador, porque la obligación de éste es principal relativamente á la de aquél, y su extinción debería causar la de la accesoria.

Así se hallaba establecido por los preceptos del Derecho Romano, según los cuales, se extinguía la fianza por la confusión cuando el fiador y el deudor se heredaban el uno al otro, y producía el efecto jurídico de extinguir también las obligaciones accesorias de aquella, menos la prenda ó la hipoteca, y por consiguiente, la del que abonó al fiador.<sup>1</sup>

Duranton explica la teoría del Derecho Romano, diciendo que la fianza tenía lugar por la vía de la estipulación, en la cual todo era de estricto derecho; y como el abonador se había obligado para garantizar la obligación del fiador, se decía, cuando éste no estaba obligado, que tampoco lo estaba su fiador.<sup>2</sup>

Pero Toullier sostiene con justicia, que tal teoría está fundada en una sutiliza, porque se consideraba malamente la obligación del abonador como accesoria de la del fiador, cuando en realidad garantiza la principal; aunque bajo condición, y sólo para el caso en que el fiador no pueda cumplir el deber que se impuso: de donde se infiere que la obligación de éste no es principal respecto de la del abonador, sino solamente la condición bajo la cual se adhiere este último á la obligación del deudor.<sup>3</sup>

Por este motivo rechazó nuestro Código tal teoría, á ejem-

1 Ley 38, párrafo 5, tít. 3, lib. 46, D.

2 Tomo XVIII, núm. 377.

3 Tomo VII, núm. 426.

plo del Frances y de las legislaciones modernas, y estableció en el artículo 1,879 el principio, según el cual, cuando la obligación del fiador y la del deudor se confunden, porque uno herede al otro, no se extingue la del abonador.<sup>1</sup>

Este principio se funda, según Troplong, en dos razones:

1º La confusión no puede producir efectos perjudiciales para el acreedor, que tiene facultad para aprovechar de la unión de las dos cualidades la que le sea más ventajosa:

2º Al responder el abonador por el fiador, garantiza también al deudor principal.<sup>2</sup>

El pago, que es la manera más natural de cumplir la obligación, la extingue, y por consiguiente, extingue también la fianza, que es accesoria y subsidiaria de ella, sin la cual no puede existir, y el mismo efecto se obtiene cuando el deudor hace el ofrecimiento de pago, seguido de la consignación por la negativa del acreedor para recibirla.<sup>3</sup>

Este mismo objeto se obtiene cuando el deudor retira la cosa del depósito hecho á virtud de la consignación, con el consentimiento del acreedor, porque la sentencia que le obliga á aceptar, ó su voluntad para admitirla le trasmite la propiedad de la cosa y extinguen la deuda, y con ella la obligación del fiador, que no puede revivir sin el consentimiento nuevamente otorgado por éste (Artículo 1,682, Código Civil).<sup>4</sup>

La subrogación extingue la obligación principal respecto del acreedor, pero por una ficción de la ley subsiste en favor del subrogado, y en virtud de ella subsisten también las obligaciones accesorias que garantizan el pago, como la fian-

1 Artículo 1,763, Código civil de 1,884.

Reformado en los términos siguientes, para ponerlo en armonía con los artículos 1,739 y 1,740:

«Si la obligación del deudor y la del fiador se confunden, porque uno herede al otro, no se extingue la obligación del que fió al fiador.»

2 Núm. 428.

3 Páginas 257 y siguientes de este volumen.

4 Artículo 1,568, Código Civil de 1,884.

za, la prenda, la hipoteca, etc. En consecuencia, la fianza no se extingue por la subrogación, sino cuando el fiador satisface la obligación principal (Artículo 1,713, Código Civil).<sup>1</sup>

La novación extingue la obligación principal, y por lo mismo, en virtud de ella quedan también extinguidas la fianza y las demás obligaciones accesorias que garantizan su cumplimiento (Artículo 1,727, Código Civil).<sup>2</sup>

Este principio, tan sencillo en la apariencia, suele prestar dificultades en la práctica, y en muchas ocasiones ha dado origen á debatidas controversias entre los jurisconsultos.

Así, por ejemplo; la próroga ó espera concedida al deudor no aprovecha al fiador para el efecto de extinguir su obligación, según Vinnio, Voet y otros, porque dentro del nuevo plazo puede hacer aquél buenos negocios que le faciliten el pago, y en todo caso, el fiador que no ha intervenido en la concesión de la próroga, puede estrechar al deudor á relevarle de la fianza.<sup>3</sup>

Los defensores de esta teoría la fundan en que la próroga del plazo concedida al deudor no importa la novación de la obligación principal; pero los contradictores de ella sostienen, á nuestro juicio, con justicia, que durante la próroga se puede hacer insolvente el deudor, y es contrario á la equidad, que recaigan las consecuencias de la insolvencia de éste sobre el fiador, que, ni ha solicitado, ni ha consentido la próroga.

Esta divergencia de opiniones ha dado motivo para que las legislaciones modernas difieran en este punto, y que unas sancionen una teoría y otras la contraria; pero nuestro Código, siguiendo los principios del Derecho Romano y al Código Portugués, declara que la próroga ó espera concedida

1 Artículo 1,598, Código civil de 1884

2 Artículo 1,612, Código Civil de 1884.

3 Quaezt, illust. lib. 2, cap. XLII.

al deudor por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza (Art. 1,883). <sup>1</sup>

Todos los jurisconsultos están conformes acerca de que, cuando el acreedor acepta voluntariamente una finca ú otra cosa cualquiera en pago de la deuda, queda exonerado el fiador, aun cuando el acreedor pierda después por evicción la cosa que se le dió, cuyo principio sanciona también el artículo 1,880 del Código Civil; pero han tenido grandes divergencias sobre las razones que lo justifican.

En efecto: unos sostienen que, en el caso supuesto, la obligación principal se extingue por la aceptación del acreedor, y por consiguiente, se extingue también la fianza, que es accesoria de ella, y que si aquél es desapoderado de la cosa por la evicción, es en virtud de una acción distinta de la que nace del contrato primitivo, que no es la que garantizaba el fiador. En una palabra, que ha habido novación que extinguió la primera obligación, y que la fianza no puede extenderse á otra distinta de aquella por la cual se otorgó. <sup>2</sup>

Otros sostienen, por el contrario, que en el caso indicado no hay novación, sino dación en pago, que sólo puede extinguir la obligación del deudor y la fianza de una manera condicional, si éste le trasmite al acreedor la propiedad de la cosa que le dá en pago, y por lo mismo, que el principio que nos ocupa viene á derogar los generales del derecho; pero sostienen á la vez su justicia diciendo, que cuando el acreedor recibe una cosa distinta de la que se le debe, es porque la deuda está vencida, y por tanto, el fiador tendría derecho de exigir al deudor que pagara ó le relevara de la fianza; y si no lo hace es porque por la dación en pago ha tenido un justo motivo para creerse libre, y no es justo prolongar indefinidamente su obligación, tanto más cuanto que

1 Artículo 1,767 Código Civil de 1884.

2 Pont, tomo II, núm. 399 y 400; Ponsot, núm. 351; Baudry La Cantinerie, tomo III, núm. 962; Aubry y Rau, tomo II, pág. 487 y nota 4<sup>a</sup>, IV, y pág. 693; Grenier, tomo II, pág. 501.

hay culpa de parte del acreedor por haber recibido sin las investigaciones necesarias una cosa que no le pertenecía al deudor.<sup>1</sup>

La remisión de la deuda extingue la fianza, supuesto que ésta es un accesorio de aquella, que se extingue por el perdón del acreedor.

Este principio de tan fácil inteligencia nos conduce á establecer de una manera lógica é indiscutible, que la quita, la remisión parcial de la deuda, reduce la fianza en la misma proporción que á ésta. Pero si en virtud de ella queda sujeta á nuevos gravámenes ó condiciones la obligación principal, se extingue la fianza; porque entonces hay una verdadera novación que da origen á una obligación distinta de aquella que garantizaba la fianza, á la cual no puede extenderse ésta sin consentimiento del fiador y sólo por efecto de la voluntad del deudor principal y del acreedor (Artículo 1,884, Código Civil).<sup>2</sup>

Si el acreedor exonera á alguno de los fiadores sin el consentimiento de los otros, todos ellos quedan exonerados proporcionalmente de la obligación remitida, porque gozando del beneficio de división que la ley les otorga, no pueden ser privados de él, con perjuicio de sus intereses, por el efecto sólo de la voluntad del acreedor, tanto más, cuanto que la remisión de éste tendría por objeto otorgar un beneficio á un fiador á expensas de los demás, lo cual es injusto (Artículo 1,881, Código Civil).<sup>3</sup>

Además de los modos expresados de extinguirse la fianza, establece la ley otro, proveniente de la culpa del acreedor, declarando que los fiadores, aun cuando sean solidarios, quedan libres de sus obligaciones, si por culpa ó negligencia del acreedor no pueden subrogarse en los derechos, privile-

<sup>1</sup> Laurent, tomo XXVIII, núm. 281; Mourlon, tomo III, núm. 1,162; Troplong, núm. 581; Marton, Des priviléges et hipotteques, tomo IV, núm. 1,336.

<sup>2</sup> Artículo 1,768, Código civil de 1,884.

<sup>3</sup> Artículo 1,765, Código civil de 1884.

gios é hipotecas del mismo acreedor (Art. 1,882, Código Civil).<sup>1</sup>

Este principio se funda en consideraciones de justicia y equidad, pues cuando la deuda principal está garantizada por hipotecas, prendas, etc., el fiador se obliga teniendo en cuenta esas garantías que le facilitan el reembolso en el caso de que haga el pago de la deuda principal, supuesto que por él se subroga en todos los derechos del acreedor.

Así, pues, la subrogación es una condición del compromiso que contrae el fiador, y por tanto, si el acreedor la hace imposible, queda aquél libre de la fianza.

Pero la liberación del fiador no se obtiene en este caso de pleno derecho, supuesto que depende de un hecho cuya existencia es preciso demostrar, mediante las pruebas que reconoce la ley, y que sea alegado por vía de excepción por el fiador, contradiciendo la denuncia del acreedor.

Las palabras de la ley, claras y terminantes, nos indican con toda precisión que la libertad del fiador se obtiene en todos aquellos casos en que el acreedor deja perder las seguridades ó garantías de su crédito, ya por un hecho positivo, ya por negligencia ó omisión, como cuando no persigue en su oportunidad al deudor ó no continúa las gestiones judiciales que inició en su contra, y entre tanto se hace éste insolvente.

Las mismas palabras de la ley nos demuestran que es igualmente aplicable á los fiadores solidarios, ó lo que es lo mismo, que quedan exonerados de la fianza cuando por culpa del acreedor no pueden ser subrogados en los derechos, privilegios é hipotecas de éste; y la razón es clara, pues la solidaridad á que se someten, haciendo su obligación más severa, no cambia ni altera la naturaleza ni los efectos jurídicos de la fianza, de esa obligación accesoria, que le da derecho, en el caso de que hagan el pago por el deudor prin-

<sup>1</sup> Artículo 1,766, Código Civil de 1,884.

cipal, á exigirle el reembolso no sólo mediante la acción de mandato, sino también en virtud de la subrogación de los derechos y acciones del acreedor, que les otorga la ley, toda vez que ésta no distingue de ninguna manera entre los fiadores simples y los fiadores solidarios al hacer tal otorgamiento.

## VII.

### De la fianza legal ó judicial.

La fianza no cambia de naturaleza porque deba su origen á la voluntad de los contrayentes, á la ley ó á una determinación judicial, pues siempre es un contrato accesorio que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la obligación contraída por otra persona; y esta es la razón por la cual declara el artículo 1,885 del Código civil, que el fiador que haya de darse por disposición de la ley ó de providencia judicial, debe tener las cualidades prescritas en el artículo 1,831.<sup>1</sup>

Es decir, que debe tener:

- 1.º Capacidad para obligarse:
- 2.º Bienes raíces libres y no embargados ni hipotecados, que basten para la seguridad de la obligación, y estén situados en el lugar en que debe hacerse el pago.

Si el obligado á dar la fianza por determinación de la ley ó por providencia judicial, no la hallare, puede dar en vez

---

<sup>1</sup> Artículo 1,769 y 1,722, Código civil de 1884. Véase la nota 1.<sup>a</sup>, pág. 422.

de ella una prenda ó hipoteca que se estime bastante para cubrir sus obligaciones, según determina el artículo 1,886 del Código.<sup>1</sup>

Este precepto es de aplicación particular á las fianzas judicial y legal, pues la facultad que otorga de sustituir la fianza por una prenda ó una hipoteca no tiene lugar cuando aquella debe su origen á la voluntad de los contratantes, porque no le es lícito al deudor cambiar á su arbitrio y sin el consentimiento del acreedor las condiciones del contrato.

Fácil es comprender la razón de este precepto, si se tiene en cuenta que la ley le da un carácter más rigoroso á la fianza legal y á la judicial, cuya circunstancia puede hacer que no haya persona alguna que quiera prestar su garantía al deudor, y que ha querido facilitar los medios para que éste no se halle privado de los beneficios que le otorga mediante la fianza, permitiéndole la sustitución de ella por una prenda ó una hipoteca, más fáciles de otorgar, y que aseguran de la misma manera que aquella los derechos que se trata de garantizar.

En cuanto á los efectos de las fianzas legal y judicial, son exactamente los mismos que los de la que debe su origen al consentimiento de los interesados. Sin embargo, hay una derogación de los principios generales que rigen esos efectos; pero sólo respecto de la fianza judicial, en cuya virtud el fiador no puede pedir la excusión del deudor principal, ni el que abona al fiador puede pretender la de éste ni la de aquél (Artículos 1,887 y 1,888, Cód. civ.).<sup>2</sup>

Laurent critica esta excepción á favor de la fianza judicial, establecida también por el Código Francés, juzgando que es una anomalía que los tribunales gozen mayor autoridad que la ley, y sosteniendo que es muy difícil de justificar, porque

1 Artículo 1,770, Código Civil de 1,884.

2 Artículos 1,771 y 1,772, Código civil de 1884.

Este último precepto fué reformado en los términos siguientes:

«El que fia á un fiador judicial; no puede pedir la excusión de éste ni la del deudor.»

no es satisfactoria la única razón que se da en su abono; el respeto debido á la autoridad judicial por cuyo mandato se otorga la fianza, y la naturaleza de las deudas que garantiza, que no debe permitir el retardo consiguiente á la excusión.<sup>1</sup>

---

1 Domat, Lón civ. lib. 3, tít. 4, Lect. 2, núm. 2.