

macion de los hijos, hecha por rescripto real: estas legitimaciones, que siempre se otorgan sin perjuicio de tercero, no alcanzan nunca à producir todos los mismos efectos que la legitimidad; por eso nos parece que sin violencia no podemos comprenderlas en la ley.

458. Necesario es hacer aquí una advertencia importantísima, à saber: que *no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscripto su derecho, por revocacion de las donaciones en los casos permitidos por la ley, excepto el de no cumplir el donatario condiciones inscriptas en el registro* (1).

459. Las donaciones hechas en algun tiempo por los reyes en perjuicio del Estado à favor de personas poderosas, en cuyo exámen se ocupan algunos autores, no las consideramos como propias de esta obra, ya por ser hijas de circunstancias particulares, ya por ser de naturaleza diferente de las que nuestro trabajo tiene por objeto (2).

460. Lo dispuesto en varias leyes recopiladas acerca de las donaciones hechas en fraude de pechar, no tiene aplicacion en el dia, porque en realidad ya no existe la causa de su promulgacion (3).

(1) Artículo 38 de la LEY HIPOTECARIA.

(2) El rey D. Enrique II, con el fin de limitar los daños causados à la Corona por su prodigalidad excesiva, dispuso que las mercedes otorgadas por él pasaran como mayorazgo à los hijos legítimos mayores de los agraciados, y en su defecto tornaran al Estado. Esta disposicion, que constituye una cláusula de su testamento, fué mandada guardar por los Reyes Católicos. (Ley 10, tit. XVII de la Novísima Recopilacion.)

Pero habiéndose ofrecido dudas sobre su inteligencia en varios tribunales del Reino, se acordó por D. Felipe V y se declaró que *los mayorazgos de dichas donaciones reales son y se entiendan limitados para los descendientes del primer adquirente ó donatario, no para todos, sino para el hijo mayor que hubiere del último poseedor; de tal manera, que no dejando el último legítimo poseedor hijos ó descendientes legítimos, aunque tenga hermanos ó hijos, ú otros parientes transversales, hijos legítimos de los que han sido poseedores, y todos descendientes del primer donatario, no se extiendan à ellos los dichos mayorazgos..... que en tales casos ha llegado el de la reversion à la Corona de semejantes donaciones y mercedes reales.....* (Ley 11, tit. XVII, libro X de la Novísima Recopilacion.)

(3) En el tit. VII, lib. X de la Novísima Recopilacion pueden verse varias de estas leyes.

## TÍTULO XVII.

### De las fianzas.

461. La fianza es una verdadera promesa, por la que se contrae una obligacion accesoria que viene à fortalecer y asegurar otra obligacion principal. Muy frecuente es su uso y presta gran utilidad, porque disminuye el peligro del acreedor, facilita y multiplica los demás contratos, fortalece la confianza que es su base, é inspira la seguridad que tanto contribuye à la circulacion de los capitales y à los progresos de la industria. Puede ser definida, *promesa por la que una ó más personas se obligan al cumplimiento de lo que otro debe, si éste no lo ejecuta.*

462. Algunas fianzas hay que exige la ley, como en el usufructo; otras que son dadas en virtud de mandamiento del juez; y otras, que son las más comunes y en las que aquí nos ocupamos, penden absolutamente de la convencion de los que contraen. De algunas de las fianzas constituidas por la ley, hemos hablado en esta obra; pero otras de la misma clase, así como las judiciales, tienen su propio lugar en los tratados de procedimientos, y son ajenas à unos elementos de derecho civil.

463. Como este contrato tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligacion, es accesorio, segun ya hemos dicho, y no puede existir sin una obligacion principal (1). Y no es necesario que ésta sea natural y civil, es decir, completamente eficaz, pues es bastante que exista una obligacion natural. Y en este último caso, aunque el deudor principal no pueda ser compélido à cumplirla, podrá serlo el fiador, en quien no concurren las mis-

(1) Principio del tit. VII de la Part. V. En efecto; para que una obligacion sea considerada como fianza, es necesario que sea accesoria de otra y no principal. (Sentencia de 30 de Enero de 1872.)

*Aragon.*—En Aragon se admite como fiador *de salvedad* de una cosa al vendedor de ella. (Obs. 4.<sup>a</sup>, *De fidej.*) No se admite fianza por otro fiador constituido en instrumento. (Fuero I, *De solut.*, lib. VIII.)

mas razones de exencion que en aquél, y que no puede alegar una excepcion que es puramente personal al obligado (1). Consi-guiente es á esto, que los fiadores de un menor á quienes se en-gañó en lo relativo á la fianza, no quedarán obligados, pero sí en los casos en que, no mediando engaño, se rescindiere la obli-gacion del menor, como hecha en su perjuicio. Hay, no obstante, obligaciones naturales declaradas nulas, aún respecto al fiador; así, por ejemplo, los hijos de familia y los menores, sin licencia de sus padres ó guardadores, tienen prohibicion de comprar, tomar ó sacar al fiado géneros ó mercaderías de los comerciantes, siendo nulas y de ningun valor y efecto cualesquiera fianzas y seguridades que sobre estos contratos se dieren, como ya hemos visto en otro lugar (2). Las obligaciones meramente civiles, que válidas en el rigor del derecho, puede eludir el deudor con una excepcion perpétua, podrán ser eludidas tambien por el fiador, pues de otra suerte seria favorecido el acreedor audaz, doloso ó de mala fe.

464. Por lo mismo que es accesoria la obligacion de fianza, no podrá ser ni más extensa ni más gravosa que la principal, y será ineficaz en cuanto la exceda, si el exceso consiste en la cantidad; mas su ineficacia será absoluta si excede á la obliga-cion principal, ya por razon del lugar, cuando éste era más gra-voso, ya por razon del tiempo, si el fiador se obligó á pagar án-tes del plazo en que debia hacerlo el deudor, y ya por razon del modo, como cuando siendo condicional la obligacion, el fiador se hubiera obligado puramente (3). Por el contrario, el fiador puede obligarse ménos extensamente y de un modo ménos gravo-so (4) que el deudor principal. Pero no está prohibido que el fiador se obligue más intensamente que el principal, de modo que la deu-da resulte todavia más asegurada. Lícito será, pues, que el fiador

(1) Leyes 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del mismo título y Partida.

(2) Ley 17, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion. Por evitar repe-ticiones no expresamos aquí, pues lo hacemos en los correspondientes lu-gares, otras obligaciones que son nulas, así como tambien las fianzas dadas para su firmeza y seguridad.

(3) Ley 7.<sup>a</sup>, tit. XII, Part. V.

(4) Ley 6.<sup>a</sup> del mismo título y Partida.

asegure con hipoteca la deuda por la que subsidiariamente se ha obligado á responder.

465. La fianza puede contraerse puramente, bajo condicion, desde y hasta cierto dia, y en estos respectivos casos surtirá efec-tos análogos á los que producen los demás contratos (1).

466. De todo lo dicho se infiere, que no debe ser reputado como fianza el contrato por el que uno liberta al que estaba án-tes obligado, obligándose él en su lugar, y realizándose de este modo una verdadera novacion.

467. Por regla general, pueden ser fiadores todos los que pue-den obligarse; pero esta doctrina tiene diferentes excepciones (2). En virtud de ellas, no pueden ser fiadores los obispos; los prela-dos; los clérigos de orden sacro, á no ser por otros clérigos, iglesias ó personas miserables, siendo la fianza en los demás casos sólo válida en cuanto alcancen sus bienes patrimoniales; los regulares; los soldados; los recaudadores de tributos (3); los labradores, á no ser por otros de su profesion (4), ó por intereses de la hacienda pública (5); ni las mujeres (6). La prohibicion de los militares no está en práctica.

468. Respecto á las mujeres, las leyes consideran subsistente la fianza que prestan por razon de la dote que se prometió á otra mujer; si la ratificaron á los dos años despues de otorgada; si han recibido precio por ella; si por disfraz han pasado por hom-bres; siendo en utilidad propia; en los casos en que heredan á aquel á quien fiaron; si concedoras de su privilegio le renuncian

(1) Ley 6.<sup>a</sup> citada.

(2) *Aragon*.—En Aragon toda persona idónea, y aún la mujer viuda, puede ser fiadora, aunque esta última sólo puede serlo en contrato y no en juicio. (Obs. 2 y 10, *De fidejus*, lib. IV. Fuero único: *Que la mujer no puede ser caplevadora*, del año de 1585.)

(3) Ley 45, tit. VI, Part. I, y ley 2.<sup>a</sup>, tit. XII, Part. V.

(4) Ley 7.<sup>a</sup>, tit. XI, lib. X de la Novísima Recopilacion. Esta ley se refiere exclusivamente á los simples labradores. (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Setiembre de 1870.)

(5) Ley 8.<sup>a</sup>, tit. XI, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(6) Ley 2.<sup>a</sup>, tit. XII, Part. V. Esta ley funda la prohibicion de la mu-jer en razones de recato: *Ca non seria guisada cosa que andoviesen en pleitos por fiaduras que feciesen, habiéndose de allegar á los lugares do se ayuntan muchos omes*..... Otra ley da por causa la sencillez y flaqueza de las mujeres.

expresamente (1), á no ser en beneficio de sus maridos, pues esta renuncia de ninguna manera tendrá valor ni efecto, porque la ley prohíbe terminantemente á las mujeres ser fiadoras de sus maridos, y no permite tampoco que sus bienes queden obligados por las fianzas que ellos hicieren por cualquier motivo. Así, pues, en ningun caso podrán las mujeres ser fiadoras de sus maridos, aunque se alegare que la deuda se habia convertido en provecho de ellas. La obligacion mancomunada de marido y de mujer es tambien ineficaz para ésta, salvo si se probare que la habia producido utilidad, á prorata de ésta, mas no si su provecho consistiere en haber recibido del marido lo que éste tenia obligacion de darla (2). La renuncia que la mujer hiciere de la ley que le im-

(1) Ley 3.<sup>a</sup>, tit. XII, Part. V. (Sentencia de 11 de Octubre de 1859.)

(2) Leyes 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, tit. XI, lib. X de la Novísima Recopilacion. Varias sentencias del Tribunal Supremo se han dictado en conformidad con esta ley 3.<sup>a</sup>, y aún se ha declarado, aunque ciertamente no ofrecia ninguna duda fundada, que la referida ley sólo se refiere á fianzas y obligaciones mancomunadas de marido y mujer, y de ningun modo á las contraídas por ella en estado de viuda, en que se halla en la plenitud de su capacidad civil. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de Noviembre de 1869 y de 10 de Enero de 1872.) Además, «segun la jurisprudencia constante de este Supremo Tribunal, la ley 61 de Toro, ó sea la 3.<sup>a</sup>, tit. XI, lib. X de la Novísima Recopilacion, se refiere únicamente á las fianzas y obligaciones «contraídas por la mujer y de comun con su marido para satisfacer las «deudas de éste, y no comprende el contrato de venta.» (Sentencia de 6 de Julio de 1872.)

Y tambien declara en sentencia de 10 de Abril de 1878, «que si bien es «cierto que con arreglo á la ley 61 de Toro, la mujer no puede obligarse «como fiadora de su marido, ni mancomunadamente con él, excepto en los «casos que la misma ley establece, no lo es ménos que con la licencia mari- «tal puede en los demás casos contratar y obligarse por sí válida y eficaz- «mente, segun dispone la ley 56 (tambien de Toro), ó sea la 12. tit. I, li- «bro X de la Novísima Recopilacion.»

*Cataluña.*—Conforme al capítulo XLI *De Recognoverunt proceres* del derecho municipal de Cataluña, la mujer que se obliga con el marido en el contrato de mútuo, no está obligada á pagar, mientras el marido tenga bienes con que hacerlo, debiendo satisfacer la mitad de la deuda cuando el marido es insolvente, y en este caso no tiene aplicacion el cap. VIII de la novela 134 de Justiniano, que declara nula toda obligacion de la mu-

pone esta prohibicion, aunque sea con juramento, será nula (1). No tenemos necesidad de advertir, que aún en los casos en que las leyes consideran subsistentes las fianzas de las mujeres, si éstas son casadas, necesitan de la licencia de sus maridos para contraerlas, sin lo cual no producirán efecto (2).

469. *Efectos de la fianza entre el acreedor y fiador.*—El fiador, en virtud de la accion personal dimanada del contrato, está sólo obligado subsidiariamente, esto es, en defecto del deudor principal. Para que conste que éste es insolvente, debe hacerse ántes *excusio*, ó lo que es lo mismo, embargo ó ejecucion de sus bienes; esto es lo que comunmente se llama *beneficio de orden*, por el que debe seguirse ántes de apremiar al fiador. Si el principal estuviere ausente, podrá su fiador demandado pedir al juez plazo para presentarle, pasado el cual sin hacerlo, será compelido á la paga (3). Este beneficio cesa en los casos de renuncia del fiador y de notoria insolvencia del deudor: como excepcion dilatoria, no puede oponerse despues de la contestacion á la demanda.

470. Otro de los beneficios que conceden las Partidas á los fiadores, es el de *division*, por el que demandados por toda la deuda, consiguen que se divida la accion del acreedor y sólo se dirija á prorata contra ellos (4); excepcion que, como perentoria, puede oponerse aún despues de contestada la demanda. Algunos

jer en favor de su marido. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de Mayo de 1873.)

*Viscaya.*—Cuando por obligacion *in solidum* de marido y mujer, en los casos en que segun la ley del reino la mujer se puede obligar, se hiciere ejecucion en los bienes del cónyuge sobreviviente y en su virtud quedare pagado el acreedor, los herederos del difunto están obligados á satisfacer la mitad de lo que se pagó. (Ley 10, tit. XX del Fuero.)

(1) Sentencia de 11 de Julio de 1872.

(2) La mujer casada puede, en efecto, ser tambien fiadora, excepto por su marido, cuando éste presta su licencia ó consentimiento. (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Abril de 1872.)

(3) Ley 9.<sup>a</sup>, tit. XII, Part. V. Mas ni esta ley, ni las 10 y 11 del mismo título y Partida, que tambien citamos despues, son aplicables á los asuntos mercantiles, que se rigen por su legislacion especial. (Sentencia de 26 de Junio de 1872.)

(4) Ley 8.<sup>a</sup>, tit. XII, Part. V.

creen, y con razon en nuestro concepto, que hoy ha caducado ya esta doctrina: fúndanse en que si la obligacion es mancomunada, los fiadores sólo pueden ser reconvenidos en parte, segun las leyes recopiladas (1), y en que si es solidaria, renunciaron la facultad de reclamar la division.

471. *Efectos de la fianza entre el deudor y fiador, y entre varios fiadores.*—El fiador que ha pagado el todo á nombre del deudor, tiene derecho de ser indemnizado por él, no sólo de lo que pagó, sino tambien de los daños y perjuicios que le ha ocasionado el deudor principal por falta de pago. Esta es una consecuencia natural del contrato de fianza. Mas este derecho cesa, cuando puede probarse que el fiador pagó con ánimo de no recobrarlo despues, y sí de hacer esta donacion al deudor; cuando no opuso la excepcion perentoria que sabia que era procedente, á no ser que le fuera puramente personal, pues en aquel caso, parece que obró dolosamente; cuando salió fiador por su propio interés, y por último, si lo fué contra la voluntad del deudor (2).

472. Pero además tiene el fiador accion contra sus confiadores obligados con él solidariamente, para reclamar la parte que por ellos satisfizo (3) y que les corresponda proporcionalmente. Al efecto impetrará del acreedor la cesion de acciones, ó sea la *carta de lasto*, de que hablamos al tratar del modo de disolver las obligaciones en general. La ley exige, para que proceda la cesion, que el fiador haya hecho el pago en su propio nombre ó en

(1) Ley 10, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion. «Las leyes 8.ª y 10, tit. XII, Part. V, y 10, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion, referentes á la mancomunidad ó divisibilidad de las fianzas ú obligaciones personales, son inaplicables en los casos en que se ha ejercitado una accion real hipotecaria.....» (Sentencia de 9 de Marzo de 1874.)

(2) Leyes 12 y 15, tit. XII, Part. V.

*Aragon.*—El fiador, con arreglo al derecho aragonés, puede reclamar del deudor principal, por la vía ordinaria, lo que por él haya pagado, á no ser que el acreedor le hubiese cedido una accion ejecutiva ó privilegiada. (Obs. 28, *De fidejús.*)

*Cataluña.*—Segun un usaje (*si ille qui plivium*), cuando el fiador paga la deuda, el deudor principal que no le indemniza, debe pagar el doble; pero Cáncer, y Vives y Cebriá, dicen que esto no se halla en práctica.

(3) Ley 11, tit. XII, Part. V.

el de los demás fiadores, y no como mandatario ó procurador del deudor. Se entiende que hace el pago á nombre de los confiadores, no sólo cuando lo expresa así, sino cuando pide inmediatamente la cesion; mas si lo difiere, se supone que pagó en nombre del deudor (1). Y es opinion de algunos jurisconsultos, conforme al parecer con el espíritu de la ley de Partida, que si estando dos fiadores obligados por mitad, el uno de ellos pagare toda la deuda, no tendrá derecho de pedir la cesion de acciones, y únicamente podrá repetir del acreedor la mitad que pagó indebidamente, si lo hizo ignorando el beneficio de la ley; pero si lo hizo á sabiendas, nada podrá repetir, pues se presume que ha querido hacer una donacion. A este medio de quedar garantido en parte el fiador que paga, se da el nombre de *beneficio de cesion de acciones y de beneficio de reintegro*.

473. *Modo de extinguirse las fianzas.*—Además de los modos de extinguirse este contrato, comunes con los otros, hay el particular de que tambien concluye terminando la obligacion principal á que está unido. El fiador, sólo podrá pedir que se le releve de su obligacion, y se extinguirá la fianza:

1.º Cuando fuere condenado á pagar toda la deuda ó parte de ella.

2.º Si se prolongare la fianza por mucho tiempo, cuya regulacion hará el juez; pero esto no se extiende al caso en que la obligacion principal lleve en sí el trascurso del tiempo y no pueda ser cumplida desde luego; así sucede con las obligaciones de eviccion y saneamiento, y con las de los guardadores.

3.º Cuando por no caer en pena y evitar que caiga en ella el deudor principal, deposita la paga que rehusa recibir el acreedor, ó que no puede entregarle por no hallarse en el lugar en que se le debe satisfacer la deuda.

4.º Si se fijó un término á la duracion de la fianza, y éste ha pasado ya.

5.º Si empieza el deudor á malversar sus bienes (2).

(1) Ley 15 del mismo título y Partida.

(2) Ley 14, tit. XII, Part. V.

*Aragon.*—Cuando en Aragon sospecha el fiador que el deudor quiere enajenar sus bienes de modo que venga á quedar en estado de insolvencia,