

SECCIÓN QUINTA.

DE LOS CONTRATOS **accesorios** CONSENSUALES.

CAPÍTULO XXXIII.

SUMARIO.—De los contratos **accesorios consensuales**.—1.º DEL CONTRATO DE fianza.

Art. I.—DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del contrato de fianza.*—1. Inicial.—2. Sus relaciones, diferencias y juicio comparativo con otras formas del principio de garantía.—3. La fianza con relación al mismo fiador.—4 y 5. La fianza económica y socialmente considerada.—6. Conclusión de crítica.—7. Definición del contrato de fianza.—8. Sus caracteres.—9. Sus especies.—10. Fuentes legales de este contrato en el Derecho de Castilla anterior al Código civil.—11. Perfección del contrato de fianza: principio general.—12. A. Elementos personales (fianzas de obispos, religiosos y clérigos, de labradores, de mujeres).—13. B. Elementos reales.—14. Principio general.—15. Observaciones complementarias.—16. C. Elementos formales.—17. Contenido del contrato de fianza; reglas de Derecho. 1.ª, 2.ª y 3.ª Extensión de la fianza. 4.ª Condiciones del fiador ofrecido y criterio de doctrina para la insolvencia ulterior del mismo. 5.ª Aplicación del remedio procesal de los embargos preventivos al supuesto de una ley derogada del Fuero Real. 6.ª Beneficios del fiador. 7.ª, 8.ª, 8.ª, 10.ª y 11.ª Beneficio de orden ó excusión de bienes.—12.ª Mancomunidad simple ó solidaria, ausencia ó pobreza de los fiadores, cuando son varios, y si se habían de resolver estos casos por la doctrina de las leyes especiales 8.ª, 9.ª y 10.ª, tít. 12, Part. V, ó por la general posterior, 10, tít. 1.º, libro X de la Nov. Rec. 13.ª Beneficio de división de acciones.—18. A. *Consumación*; principio general.—19. Relaciones obligatorias ulteriores que surgen por consecuencia del cumplimiento de la fianza.—20. Entre el acreedor y fiador que pagó; reglas de Derecho; beneficio de *cesión de acciones*.—21. Entre el fiador que pagó y el deudor principal por quien pagó; reglas de Derecho.—22. Entre los varios cofiadores; reglas de Derecho.—23. B. *Extinción* de la fianza; reglas de Derecho.

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil.*—24. Concepto del contrato de fianza.—25. Especies.—26. Elementos personales.—27. Idem reales.—28. Contenido.—29. Consumación.—30. Extinción.

Art. II.—CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto.*—31. Concepto del contrato de fianza.—32. Especies del contrato de fianza.—33. Elementos personales del contrato de fianza.—34. Idem reales.—35. Contenido del contrato de fianza.—a. Extensión de la fianza.—b. Beneficio de orden ó excusión.—c. Beneficio de división.—36. Consumación del contrato de fianza.—a. Efectos entre el acreedor y el fiador.—b. Efectos entre el deudor y el fiador.—c. Efectos entre cofiadores.—37. Extinción del contrato de fianza.—a. Extinción por transacción.—b. Extinción por varias causas.

§ 2.º *Jurisprudencia según el Código civil.*—38. Contrato de fianza.—39. Criterio de transición.

§ 3.º *Explicación.*—40. Razón de plan.—41. Concepto de la fianza y de la subfianza.—

42. Elementos reales.—43. Contenido. (Beneficios del fiador.)—44. Consumación y sus efectos.—a. Entre el acreedor y el fiador.—b. Entre el deudor y el fiador.—c. Entre cofiadores.—45. Relaciones entre la transacción y la fianza.—46. Extinción de la fianza.

ART. I.

CONCEPTO DEL CONTRATO DE FIANZA.

1. Una de las formas de realizar el principio de *garantía* en las relaciones jurídicas, sobre todo de carácter contractual, es el contrato de *fianza*.

2. Como punto de partida á él son aplicables gran parte de las consideraciones expuestas al tratar del concepto racional de los *derechos reales de prenda é hipoteca* (1).

El contrato de *fianza* es, en efecto, una evolución progresiva de la garantía juratoria, pero representa un estado inferior respecto de las garantías reales, pignoratícia é hipotecaria; es un contrato que corresponde á ideas y á necesidades más del mundo antiguo que del moderno, y así como en el orden de la efectividad económica de los contratos ofrece una seguridad menos completa y una forma de garantía más deficiente y menos práctica, como hija del crédito *personal*, que las que proceden del crédito *real*, así también resulta más embarazosa y contraria á la libertad del hombre, cuyas aspiraciones en estas modernas sociedades tienden manifiestamente á rechazar toda situación que coarte su libertad é imposibilite, de uno ú otro modo, la soberanía eficaz sobre sus derechos y su responsabilidad sobre obligaciones propias y no originadas con motivo de otras ajenas, ni tampoco complicadas las mismas propias, con responsabilidades complejas, que para una misma obligación le ligen con diferentes personas y en distintas formas. Seguridad real en la efectividad del derecho del acreedor; la mayor expedición y sencillez posible en el compromiso del deudor, y los medios patrimoniales y de crédito, dentro de sí mismo, para inspirar confianza en el cumplimiento de la obligación, sin necesidad de buscar estos elementos de garantía de terceros á expensas de su libertad moral, del aumento de sus compromisos, en razón á las personas á quienes se obliga, acreedores y fiadores, y de los obstáculos que á su iniciativa y desarrollo crearán, por lo menos los deberes de la gratitud, cuando no la necesidad de remuneraciones y sacrificios especiales en pago de la garantía del fiador, además de las obligaciones que tiene

(1) Núms. 1 al 4, Cap. XIX, Tom. III.

para con el acreedor, por la obligación principal garantida: éste es el ideal en la materia.

3. Esta misma situación embarazosa y complicada ofrece la fianza considerada respecto del fiador. Ciertamente que no es sino un deudor *eventual* por el carácter *subsidiario* de su obligación respecto de la principal, pero al fin es un deudor por una obligación que no es suya, fuera de su interés directo económico; y aun en el caso excepcional de estipular precio ó remuneración especial de parte del deudor principal por el servicio de garantía que le presta, lo que desnaturaliza la índole general del contrato y aumenta para el deudor principal los gravámenes de la obligación garantida por precio, siempre resulta, ó puede resultar para el fiador un compromiso de base insegura, casi un contrato aleatorio, que á cambio de un pequeño provecho recibido del deudor, con el premio por la fianza, le comprometa al pago de una obligación principal desde luego superior, y con un derecho de reintegro, que la mayor parte de las veces no puede hacer efectivo enfrente del deudor insolvente, por quien prestó y pagó la fianza.

4. Los resultados económicos de este contrato, considerado en sí mismo, no son tampoco halagüeños, toda vez que multiplica las obligaciones para un mismo asunto y embaraza la actividad de todos los que intervienen en este tejido de relaciones contractuales á que da lugar la fianza, entre el acreedor y el deudor, el acreedor y el fiador, el fiador y el deudor y los fiadores entre sí, cuando son varios; complicación que desde luego se apercibe, y que acreditan instituciones jurídicas que forman el cortejo necesario de la fianza, como el llamado beneficio de *orden ó excusión*, y los de *división y cesión* de acciones.

5. Inspírase, además, en un manifiesto criterio de desconfianza, algo opuesto á la naturaleza de las relaciones contractuales, que son relaciones de crédito; puede fomentar la inmoralidad y apatía de los deudores principales, propensos á declinar su responsabilidad en la persona del fiador; hace de la amistad un instrumento peligroso y abusivo, porque el deudor se atreve con más facilidad á exigir al amigo la garantía que el contenido económico de la obligación garantizada, y el amigo requerido para prestar una fianza tiene más dificultad en negarse al abonamiento personal que en el orden moral representa, y menos defensa para resistirla, puesto que se trata en último término de una obligación *eventual y subsidiaria*, que en la hipótesis, casi siempre realizada en los contratos de fianza, de llegar á ser real y efectiva le concede el derecho, muchas veces ilusorio, de un reintegro completo de sus desembolsos. Por algo es máxima de la dogmática vulgar aquello de, «*fía y pagarás*».

6. Sin negar, pues, la necesidad y la utilidad que el contrato de fianza puede tener en algún caso, no cabe desconocer que, como forma de garantía, es muy inferior á las de carácter real, ya pignoratícia, ya hipotecaria, sobre todo y, que lejos de fomentarse el desarrollo y frecuente aplicación del contrato de fianza, la tendencia moderna va limitando su uso.

7. Es la fianza *un contrato accesorio, consensual, unilateral, lucrativo ú oneroso, por el cual una tercera persona, distinta del acreedor y del deudor, toma sobre sí el cumplimiento subsidiario de la obligación principal, sin producir novación.*

8. Es *accesorio* este contrato, porque sólo se concibe con la existencia previa de otra relación jurídica contractual ó no, cuyo cumplimiento garantice. La doctrina relativa á las relaciones jurídicas susceptibles de esta garantía, y á la relación entre la obligación principal y la accesoría de la fianza, se exponen más adelante en este Capítulo.

Es *consensual*, porque basta á su *perfección* el consentimiento.

Es *unilateral*, porque el propio *contenido* del contrato sólo encierra una obligación de esta clase, derivada de su *perfección*, por más que su *consumación* traiga en pos de sí otras obligaciones, que son resultado del hecho de su cumplimiento. Si se atiende á que la obligación del acreedor, que hizo efectiva la principal del fiador, de cederle las acciones que tuviera contra el deudor, es una obligación de dicho acreedor y un derecho correlativo del fiador que pagó, condicionada en la del pago, cumplida por el fiador, parece que se trata de obligaciones bilaterales, puesto que se condicionan la una á la otra, y que lo mismo sucede en la relación de las obligaciones y derechos correlativos entre el deudor y el fiador que pagó, aquél para esperar y obtener de éste que cumpla el fin de la fianza pagando al acreedor cuando él no lo hace, y el del fiador que pagó para exigir del deudor el cumplimiento de la obligación de reintegro, toda vez que son términos condicionados. Bajo este punto de vista las varias obligaciones que pueden derivarse de un contrato de fianza son *bilaterales*, ya que cada una existe por razón de la otra; pero si se tiene en cuenta que la de la cesión de acciones por parte del acreedor y la del reintegro por parte del deudor, en favor del fiador que pagó, no nacen inmediatamente de la *perfección* del contrato de fianza, sino que surgen precisamente *después de su consumación*, que es el momento último de todo contrato, pasado el cual, en rigor de doctrina, no cabe decir que subsista la relación contractual constitutiva del *propio contenido* del contrato consumado, resultará que mal puede ser bilateral, por razón de estas obligaciones posteriores á su cumplimiento, ya que de él sólo dimanar, un contrato

que ya no existe. Lo que habrá será una nueva serie de relaciones obligatorias, producto de un hecho y de un principio de justicia, que exige del acreedor la cesión de medios para que el fiador que pagó se reintegre del deudor, y de éste, la obligación de reintegrar. Buena prueba de que estas obligaciones no son producto de la perfección del contrato de fianza, sino resultado del hecho posterior de su consumación, es que en el supuesto contrario para nada necesitaría el fiador que pagó de la cesión de acciones que al acreedor correspondieran por la obligación principal garantizada, ó lo que es lo mismo, que la fianza, como *tal contrato*, y por su *mera perfección*, no otorga el derecho de reintegro al fiador que paga respecto del deudor principal, sino el *hecho del pago*, con el cual la fianza, como contrato, desaparece; dejando en definitiva subsistente la doctrina de ser dicho contrato de fianza pura y simplemente *unilateral*.

Puede ser *lucrativo* ú *oneroso*—aunque de ordinario tiene el primer carácter, considerándose que la fianza es por su naturaleza un acto de beneficencia,—según que se otorgue sin precio ó con él, estipulando alguna retribución para el fiador, en compensación del riesgo á que se expone y del servicio que presta.

Y, por último, es requisito de la esencia de este contrato, para ser tal fianza, *que no produzca novación*, ó lo que es lo mismo, que no por obligarse el fiador quede relevado el deudor, sino que *subsistan* las dos obligaciones; la del deudor, como principal; la del fiador, como subsidiaria ó accesoria.

9. La fianza, atendido su origen, se distingue en las especies de *voluntaria*, *legal* y *judicial*. La primera puede ser debida á una sola voluntad, como la ordenada en un testamento, ó á varias voluntades concordadas, y entonces procede de un contrato y es la de carácter *contractual* de que aquí nos ocupamos. La segunda ó *legal*, es la que tiene su origen en la ley; por ejemplo, la que deben prestar los tutores y los usufructuarios. La tercera ó *judicial*, la que nace del decreto del Juez ó debe prestarse para fines del procedimiento, en cualquiera de los casos en que las leyes de enjuiciar lo exijan. Las doctrinas *generales* de la fianza son de aplicar á todas las especies de ellas, subordinadas á las particulares reglas de cada una.

10. El desarrollo histórico de este contrato tiene sus *precedentes* en Roma, que inspiró nuestro Derecho, en el cual fueron *fuentes legales* del mismo algunas leyes del Fuero Real, las del tít. 12 de la Partida V, la 7.^a y 8.^a, tít. 11, lib. x, y la 10, tít. 1.^o, lib. x de la Nov. Rec., por lo que respecta al Derecho de Castilla *anterior* al Código civil.

11. Se refiere este epígrafe, como en todos los contratos, á la doctrina de los elementos *personales*, *reales* y *formales* del mismo.

12. A. ELEMENTOS PERSONALES.—La capacidad civil para celebrar el contrato de fianza se rige por los principios generales (1).

No podían ser fiadores sin restricción, los Obispos, religiosos y, en general, los clérigos, sino en favor de otros clérigos, de iglesias ó de personas sumidas en la indigencia. Podían serlo, pero con limitación de los efectos de la fianza á lo que importaran sus bienes patrimoniales (2). Tampoco podían serlo los labradores, sino á favor de otros labradores, ó de la Hacienda pública (3). Adviértase que la ley se refiere á los simples labradores ó colonos, y no á los propietarios de tierras, que en tal concepto hipotecaran fincas de su propiedad (4).

La mujer tampoco tenía, por regla general, capacidad para ser fiadora, ni aun en favor de sus hijos, de sus padres ó de su marido, y la que otorgara sería nula, á no ser en los casos siguientes: 1.^o Por razón de dote, en el caso, por ejemplo, de constituirla en favor ó garantía de cualquiera otra persona que ofreciera dote á otra mujer para que se casara (5). 2.^o En el caso de renuncia del derecho que la ley le concedía para no quedar obligada cuando se constituía en fiadora, previo el conocimiento de este beneficio, y siendo la renuncia resultado de su libre deliberación (6). 3.^o Era igualmente válida la fianza, cuando después de dos años de haberla constituido, y subsistiendo con este carácter de fiadora durante ese tiempo, la renovara ó entregara prenda al acreedor (7). 4.^o También lo era si la mujer fiadora recibía remuneración ó precio por la fianza (8). 5.^o Igualmente en el caso de disfrazarse de hombre ó de valerse de cualquier engaño, para que la aceptaran como fiador, con esa condición de sexo supuesto (9). 6.^o Lo mismo en el caso de prestar la fianza por su propio beneficio y á título de reciprocidad, como si fió á aquel que hubiere antes fiado á ella (10). 7.^o Igualmente, si prestase su fianza en favor de alguno á quien heredare después (11).

Ni aun con renuncia del beneficio de la ley era válida la fianza que la mujer otorgara en favor del marido, aunque se dijera y alegara que se convirtió tal deuda en provecho de la mujer, á no ser que la pres-

(1) Núm. 10, Cap. X de este Tom., y L. 1.^a, tít. 12, Part. V.

(2) L. 2.^a, tít. 12, Part. V.

(3) LL. 7.^a y 8.^a, y tít. 11, lib. x Nov. Rec.

(4) Sent. 30 Septiembre 1870.

(5) L. 3.^a, tít. 12, Part. V.

(6) Idem id.

(7) Idem id.

(8) Idem id.

(9) Idem id.

(10) Idem id.

(11) Idem id. También era válida la fianza de la mujer cuando se prestaba por razón de la libertad de un esclavo; precepto que, abolida la esclavitud, dejó de tener aplicación.

tase en garantía de responsabilidades contraídas por aquél en favor de la Hacienda pública (1).

13. B. ELEMENTOS REALES.—Siendo la fianza un contrato de carácter accesorio, y accesoria también la obligación contractual que produce, sólo bajo el punto de vista de la clase de obligaciones que, como *principales*, pueden ser *objeto* de garantía, cabe consignar doctrina especial acerca de sus *elementos reales*, siéndole de aplicar en todo lo demás las reglas generales (2).

14. El principio puede establecerse declarando que la fianza es aplicable á la garantía de toda especie de contrato ó de cualquiera relación jurídica, en cuanto sea susceptible de tener cumplimiento directo ó suplido por prestaciones de carácter pecuniario. La obligación meramente *natural* es susceptible de fianza, cuyo cumplimiento podría exigirse judicialmente (3).

Ahora bien; como la fianza es un contrato accesorio, y lo accesorio no puede subsistir sin lo principal, cuando la obligación garantida no fuere válida por ilicitud del objeto, no lo será la fianza.

15. Complétase esta doctrina con las siguientes observaciones: 1.^a La fianza, aplicada á la garantía de una obligación contraída por una persona incapaz para contraerla según las leyes, es nula como la obligación principal (4). 2.^a Lo propio sucede cuando la nulidad proceda, no de la incapacidad del deudor principal, sino de vicios ó defectos esenciales en el contrato ú obligación garantizados. 3.^a El ser rescindible la obligación principal, cuando lo es por un motivo de excepción personal que al deudor se refiere; por ejemplo, la restitución *in integrum*, no afecta á la firmeza de la fianza (5). 4.^a La fianza no puede exceder á la obligación principal, ni contraerse por estipulaciones más gravosas; y, en su consecuencia, no podrá el fiador obligarse á pagar una cantidad mayor que la debida por el deudor, ni dentro de un plazo más breve que el estipulado por éste, ni puramente, si el deudor debe bajo condición, ni en distinto lugar en que el deudor deba cumplir la obligación, cuando el accidente de cambio de lugar aumentara la cosa debida ó los gastos para su entrega, ni á pagar intereses ó pagarlos más crecidos que los de que sea responsable el deudor, ni, por último, bajo la sanción de una cláusula penal no establecida también para el deudor, ó que fuera de mayores responsabilidades que la estipulada para éste. Sin embargo, de no poder el fiador quedar obligado á más, ni en

(1) L. 3.^a, tít. 11, lib. x Nov. Rec. Sents. 17 Enero 1857, y 3 Febrero 1865.

(2) Núms. 13 al 18, Cap. X de este Tom.

(3) Núm. 10, Cap. III de este Tom., y L. 5.^a, tít. 12, Part. V.

(4) L. 17, tít. 1.^o, lib. x Nov. Rec.

(5) L. 4.^a, tít. 12, Part. V.

el objeto debido, ni en ninguno de los accidentes de *modo, tiempo y lugar*, es lícita y eficaz la fianza por la cual el fiador se obligue *más*, es decir, más firmemente, como si el fiador añadiese la garantía de prenda ó hipoteca, no prestada por el deudor, otorgara la fianza por escritura ó título de carácter ejecutivo, aunque el deudor principal no pueda ser interpelado judicialmente más que por acción ordinaria, ó el deudor estuviera obligado por obligación natural y el fiador por obligación civil ó mixta (1); esto es, que el fiador puede obligarse *más intensamente*, pero no *más extensamente* que el deudor principal (2). 5.^a Tampoco, es claro, puede obligarse el fiador á otra cosa distinta, cualquiera que sea su valor, mayor ó menor, que la debida por el deudor principal. 6.^a En cambio, el fiador puede obligarse á *menos* que el deudor, ya en *extensión*, ya en *intensión*, limitando su garantía á parte de lo debido, ó garantizando una obligación principal pura, con una fianza condicional á plazo (3).

16. C. ELEMENTOS FORMALES.—Ningún requisito de forma especial exigen las leyes para la *perfección* del contrato de fianza, que es bajo este punto de vista meramente *consensual*. Á lo sumo, podemos indicar con este motivo que la fianza no se presume, sino que ha de constituirse de un modo expreso y terminante, que no deje lugar á duda de la voluntad del fiador de serlo.

17. Fijan el contenido de este contrato, además de la doctrina que á este aspecto sea aplicable de lo consignado ántes, las siguientes reglas de Derecho:

1.^a Según se ha dicho, la obligación del fiador no puede ampliarse á más de lo convenido en el contrato de fianza; por cuya razón el fiador de un mutuo, que lo sea sólo por el principal, no estará obligado al pago de los intereses, que se hubieran podido estipular entre el mutuante y mutuario; el que lo sea por la merced del arrenda-

(1) L. 5.^a, tít. 12, Part. V.

(2) Los prácticos formulan esta doctrina diciendo que de dos maneras pueden obligarse más los fiadores que los deudores principales: *extensive* é *intensive*. Se obligan del primer modo cuando responden de más que el deudor, y del segundo cuando se obligan con más seguridades. *Extensive*, si el deudor debe diez y el fiador se obliga por veinte. *Intensive*, si tanto el deudor como el fiador se obligan por diez; pero estándolo el primero por obligación sencilla y el segundo por obligación hipotecaria. Los escritores distinguen cuatro formas de obligarse *extensive*: *In re, in loco, in tempo, et in causa*. La primera tiene lugar cuando se obliga á una cosa mayor, lo cual no es lícito. La segunda, cuando ha de cumplirse en distinto lugar; por ejemplo, en el domicilio del acreedor, lo que tampoco es lícito porque produce novación. La tercera, cuando se obliga el fiador por mayor ó menor tiempo que el deudor, siendo ilícita también. Y la cuarta, cuando el uno se obliga por virtud de un contrato y el otro por otro, pues en este caso no existe relación. De todo esto se deduce, según hemos dicho, que las obligaciones contraídas *extensive* por el fiador no son lícitas.

(3) L. 6.^a, tít. 12, Part. V.

miento, no podrá ser reconvenido por la indemnización que debiere el arrendatario, en razón de deterioro, siendo de aplicar siempre este criterio á la resolución de casos análogos, cuando la fianza tuviere esa expresa determinación, que concreta al punto determinado las responsabilidades del fiador.

2.^a Si la fianza tuviere carácter indeterminado y en esa forma se prestara para garantía de una obligación principal, las responsabilidades del fiador alcanzan á todo lo que sea accesorio de la misma, y hasta á los gastos hechos para su reclamación y efectividad del deudor principal.

3.^a La fianza, como obligación contractual, se rige por el principio de todas las de esta clase, y pasa con sus responsabilidades, derechos y excepciones, á los herederos del fiador (1).

4.^a El deudor principal comprometido á presentar fiador que garantice su obligación, lo estará al ofrecimiento, con este carácter, de persona capaz para contratar y solvente (2). La solvencia del fiador se aprecia, principalmente, por razón de los bienes inmuebles que sean de su propiedad. Si sobreviniere insolvencia en el fiador, aceptado por el acreedor ó admitido por el Juez, el deudor obligado á garantizar su obligación con fianza, lo estará en este caso á presentar nuevo fiador; á no ser que el primero que sobrevino á estado de insolvencia, fuera persona designada por el acreedor y prestada por el deudor, sin dolo ni engaño. Cuando el fiador que esté obligado á dar el deudor, no fuere capaz para contratar, ó no fuere solvente, esta obligación de ofrecer fiador que el deudor tiene, dará al contrato el carácter de bilateral y permitirá la aplicación de la doctrina general de estos contratos, que convierte el incumplimiento de la obligación de un contratante, en causa de acción rescisoria para el otro (3).

5.^a Cuando al tiempo de celebrar un contrato el acreedor no estipulare la intervención de fianza, para asegurar su cumplimiento, carecerá de derecho para exigirla después, salvo el caso de que el deudor se valga manifiestamente de medios que le reduzcan á insolvencia, ó cambie de domicilio. Este precepto de una ley del Fuero Real (4) no debió considerarse vigente en su tenor literal en el Derecho de Castilla anterior al Código civil, pero sí en su espíritu, reglamentado por la ley de Enjuiciamiento civil (5), al regular los embargos preventivos.

6.^a Por razón del contrato de *fianza* existen tres llamados *beneficios*

(1) L. 16, tít. 12, Part. V.

(2) L. 1.^a, tít. 18, lib. III F. R.

(3) LL. 5.^a, tít. 6.^o, Part. V, y 14, tít. 10, lib. III F. R.

(4) 2.^a, tít. 18, lib. III.

(5) Art. 1.400, núm. 2.^o, principalmente.

á favor del fiador, que son: el de *orden ó excusión de bienes*, el de *división* y el de *cesión de acciones*. Los dos primeros corresponden, propiamente, al *contenido* del contrato de fianza; el último está fuera del *contenido*, y es consecuencia del hecho de la efectividad de la fianza, ó sea de la *consumación* de este contrato.

7.^a El beneficio de *orden ó excusión de bienes* es consecuencia de la naturaleza accesoria y subsidiaria del contrato de fianza, y consiste en el derecho del fiador á excepcionarle contra el acreedor que le reclama, sin haberlo hecho antes al deudor principal y *excutados ó extinguidos* todos los bienes del mismo, demostrando con ello su insuficiencia para obtener el cumplimiento de la obligación principal, y por esto la necesidad de acudir al fiador (1).

8.^a Es consecuencia de la naturaleza de este beneficio, no sólo que haya de reclamarse contra el fiador, después de hacerlo sin resultado contra el deudor, sino que la responsabilidad del fiador no pase del límite necesario para cubrir la insolvencia parcial del deudor (2).

9.^a Según opinión de ciertos escritores (3) y criterio de algún Código (4), cuando el fiador alega el beneficio de orden está obligado á señalar al acreedor los bienes del deudor principal en que debe hacer la excusión, y aun á facilitarle fondos, cuando el procedimiento fuera costoso. Consignamos el origen de esta doctrina, porque, sobre todo, en su segunda parte no la consideramos establecida en el Derecho de Castilla anterior al Código civil.

10.^a Aunque el fiador no hubiera renunciado el beneficio de orden, podrá ser demandado en primer término, si al tiempo en que debía cumplirse la obligación se hallare ausente de su domicilio el deudor, si bien en este caso tendrá el fiador derecho para pedir que se le otorgue un plazo, según el arbitrio judicial, á fin de presentar al deudor, y que mientras aquel transcurre se suspenda el procedimiento contra él (5).

11.^a No podría el fiador utilizar el beneficio de orden en los casos siguientes: 1.^o Si lo ha renunciado. 2.^o Si es notorio que el deudor no tiene bienes con que cumplir la obligación. 3.^o Si se ha hecho difícil reclamar al deudor, á virtud de algún hecho que haya sobrevenido respecto de su persona ó de cambio de domicilio. 4.^o Si el fiador niega de mala fe la fianza. 5.^o Si el fiador se obligó con carácter solidario. 6.^o Si el deudor y el fiador se hubiesen obligado en mancomunidad

(1) L. 9.^a, tít. 12, Part. V.

(2) Ídem íd.

(3) Febrero.

(4) El civil francés.

(5) L. 9.^a, tít. 12, Part. V.

simple con el carácter de deudores principales y fuere cada uno reconvenido por la parte que de la deuda le sea imputable, á no ser que alguno de los dos resulte insolvente, en cuyo supuesto deberá responder el otro del total (1). 7.º Si el fiador al ser interpelado por el acreedor antes del deudor, en lugar de oponer el beneficio de orden alegara otra excepción, cuyo uso le impide alegar en lo sucesivo dicho beneficio, porque es opinión corriente la de presumir que existe una renuncia tácita del mismo. Alegado á su tiempo el beneficio de orden por el fiador, cualquiera negligencia ó descuido que el acreedor tuviere en la persecución de los bienes del deudor, y que pudiese dar lugar á que éste se procurara un estado de insolvencia parcial ó total, será imputable al acreedor y relevará en la parte correspondiente de su responsabilidad al deudor (2).

12.ª En el caso de ser varios los fiadores, habrá que distinguir si se obligaron por mancomunidad simple ó solidaria. En el primer caso responderá cada uno de la parte de fianza que le corresponda, según el número de fiadores, á no ser que los unos sean pobres ó estén ausentes, en cuyo caso pagan los ricos la parte de los pobres, y lo mismo los presentes la de los ausentes. Éste, que es el sentido de las leyes especiales (3) sobre el contrato de fianza, créese por alguna opinión respetable (4), derogado y sustituido por el criterio de la ley 10, tít. 1.º, lib. x de la Nov. Rec.; pero aunque no deja de ser racional la deducción, nosotros creemos siempre peligroso ampliar los casos de derogación virtual de leyes especiales por otras de carácter general, y mantenemos la opinión de que las citadas de Partida subsistieron, á pesar de la indicada de la Novísima, y son compatibles con ella, según anticipamos en otro lugar (5).

13.ª El beneficio de *división* consiste en el derecho de cualquiera de los fiadores, cuando son varios, y no se obligaron con cláusula de solidaridad, ó no se dan los casos de ausencia ó pobreza de alguno de ellos, á los que se refieren las leyes de Partida, citadas en la regla precedente, para que el acreedor *divida su acción* contra los diversos fiadores, según la parte proporcional que cada uno garantice y le corresponda pagar de la obligación principal (6).

18. A. CONSUMACIÓN.—Tiene lugar ésta por el cumplimiento de sus fines, que, como en todos los contratos, puede ser *extrajudicial* ó

(1) L. 10, tít. 12, Part. V.

(2) Gregorio López, glosa 4.ª de la ley 8.ª, tít. 12, Part. V.

(3) 8.ª, 9.ª y 10, tít. 12, Part. V.

(4) Escriche, t. II, pág. 1.017, edición de 1874.

(5) Nota 2, pág. 45 de este Tom.

(6) L. 8.ª, tít. 12, Part. V.

judicial. Este último se obtendrá por medio del ejercicio, de parte del acreedor contra el fiador, de la acción *ex stipulatu*.

19. Ahora bien: cualquiera que sea la forma del cumplimiento del contrato de fianza, con el cual queda realmente terminada esta relación obligatoria, es de advertir que, por razón de ese hecho mismo de su cumplimiento, surgen otras relaciones obligatorias en las tres esferas siguientes: entre el fiador y el acreedor; entre el fiador y el deudor, y entre los cofiadores, si fueren varios. Estudiemos separadamente las reglas de Derecho relativas á cada una de ellas.

20. En cuanto á la relación obligatoria que sobreviene entre el acreedor y el fiador por consecuencia del pago de la fianza, son reglas de Derecho: 1.ª Todo fiador que paga la obligación garantizada con la fianza tiene derecho á ser subrogado por el acreedor en sus derechos contra el deudor ó contra los demás fiadores, mediante el otorgamiento de la llamada *carta de lasto* y correspondiente *cesión de acciones*; que es el tercero de los *beneficios* que se dice disfruta el fiador (1). 2.ª Quedará relevado el acreedor de hacer la cesión de acciones indicada, cuando el fiador en lugar de pagar *en nombre propio* pagó *en nombre del deudor principal*; porque en este último caso no puede subsistir ningún derecho ni acción del acreedor para con el deudor, puesto que es éste el que *jurídicamente* paga y de quien recibe el acreedor el cumplimiento de la obligación, correlativa de su derecho (2). 3.ª Se entiende que el fiador hace el pago en nombre propio y no en el del deudor, ya cuando así lo manifieste, ya aunque nada diga cuando reclame la cesión de acciones, al verificar el pago (3).

21. Respecto á la relación obligatoria entre el fiador que pagó y el deudor principal por quien pagó, son reglas de Derecho:

1.ª Que si el fiador pagó en nombre propio y obtuvo la correspondiente cesión de acciones del acreedor, queda subrogado en el lugar, condición y derecho en los que el mismo acreedor estuviere contra el deudor (4).

2.ª Que si el fiador que pagó no obtuvo la cesión de acciones, porque el acreedor se la negó indebidamente ó porque no se la pudo otorgar en virtud de haber pagado *en nombre* del deudor principal, de todos modos, y sólo por *el hecho* del pago y el principio de justicia de que nadie debe querer enriquecerse con perjuicio de otro, queda expedita su acción al fiador que pagó para reclamar el reintegro del deudor

(1) L. 11, tít. 12, Part. V.

(2) L. 11, tít. 12, Part. V.

(3) *Idem id.*

(4) L. 11, tít. 12, Part. V.