

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ Artículo 1,706, Código civil de 1884.

² Artículo 1,711 Código civil de 1884.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.º Cuando fueren comerciantes:

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

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

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

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

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

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

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

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

2 Ley 2.ª, tít. 17, lib. 50, D.

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

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

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

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

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

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

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

2 Ley 22, tít. 29, lib. 4, C61.; Novela 134, cap. 8.; ley 3, tít. 12, Partida 5.^a.

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

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

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

El artículo 1829 del Código declara expresamente que todas las obligaciones y derechos del fiador pasan á sus herederos, reproduciendo el principio contenido en el artículo 1,443, según el cual las obligaciones personales ligan á las personas que las contraen y sus herederos.¹

Parece que la declaración contenida en el artículo 1,829 es innecesaria, supuesto que, según los principios elementales del derecho, todo contratante contrata para sí y para sus herederos, quienes le suceden á su muerte en todos sus derechos y obligaciones.

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

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

1 Artículos 1714 y 1326, Código Civil de 1884.

2 Artículos 1,715 y 1,396, Código Civil de 1,884.

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

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

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

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

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

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

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

¹ Artículo 1,722.

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

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

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

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

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

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

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

¹ Véase la nota precedente.

dor, cuyo objeto consigue mediante el examen de testigos y exhibiendo los títulos que acrediten que posee bienes raíces de su propiedad y el certificado del Registro público que justifique que éstos no reportan ningún gravamen (Artículos 1.834 y 1.856, Cód. Civ.).¹

¹ Artículos 1.717 y 1.740, Código civil de 1884.

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

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

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

No creemos acertada la reforma ni convincentes las razones que la motivaron; y bastaría para demostrar su ningún valor aducir las que con relación al artículo 1.856 del Código de 1870, reformado por el precepto aludido, produce la Exposición de motivos. Pero existen otras, que á nuestra vez, vamos á exponer, para corroborar nuestro aserto.

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

En efecto: la primera causa es enteramente falsa, porque el artículo 1.856 del Código de 1.870, reformado por el 1.740 del de 1.884, no obligaba á los testigos que abonaban al fiador á pagar por éste en caso de insolvencia, aunque fuera posterior al otorgamiento de la fianza, sino sólo cuando era anterior á este hecho, y en castigo de la falta que habían cometido á sabiendas, aseverando falsamente la idoneidad de aquél, ó por negligencia, por no haber tomado los informes necesarios para declarar de ciencia cierta.

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

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

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

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

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

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

1.º En el caso de que el deudor obligado á dar ó reemplazar un fiador, no lo presentare dentro del término que el juez le señale, á petición de parte legítima, queda obligado al pago inmediato de la deuda, aunque no se haya vencido el plazo de ésta (Art. 1.837, Cód. civ.).²

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

¹ Artículo 1.718, Código civil de 1.884 y leyes 3, tít. 1, y 4, tít. 5, lib. 46, D.

² Artículo 1.720, Código civil de 1884.

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

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

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

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

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

1 Artículo 1.721, Código civil de 1,884.

Reformado en los términos siguientes:

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

2 Artículo 1.723, Código civil de 1,884.

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

III

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

La fianza es, como hemos dicho antes, la obligación que una persona contrae de pagar ó cumplir por otra, si ésta no lo hace: es decir, que es esencialmente subsidiaria y que el acreedor no puede exigir del fiador el cumplimiento de la obligación principal sino después de haberlo pretendido del deudor (Art. 1,813, Cód. civ.).¹

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

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

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

2 Novela 4.ª cap. 1.

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