

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

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

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

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

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

1 Artículo 1.721, Código civil de 1,884.

Reformado en los términos siguientes:

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

2 Artículo 1.723, Código civil de 1,884.

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

III

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

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

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

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

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

2 Novela 4.ª cap. 1.

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

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

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

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

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

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

1. ^o Que la excusión es renunciable, supuesto que es un beneficio, y que cada uno es libre para renunciar el beneficio introducido á su favor:
2. ^o Que el acreedor puede ejercitar legalmente su acción contra el fiador, si éste no opondrá el beneficio de excusión:
3. ^o Que el fiador debe oponer este beneficio antes de contestar la demanda, supuesto que es una excepción que retarda, pero no destruye la acción de aquél; ó lo que es lo mismo, que es dilatoria.

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

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

1. ^o Que el fiador alegue el beneficio luego que se le requiera de pago:
2. ^o Que designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito, que estén libres y desembargados, y que se hallen dentro del distrito judicial en que debe hacerse el pago:
3. ^o Que anticipe ó asegure competentemente los gastos de la excusión.

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

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

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

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

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

² Tomo XXVIII, núm. 211.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ Tomo V, página 61.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Reformado el segundo de estos preceptos en los términos siguientes:

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

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

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

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

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

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

1.º Cuando el fiador renunció expresamente á ella:

1 Artículo 1,734, Código civil de 1884.

2 Tomo XXVIII, núm. 217.

3 Artículo 1,727, Código civil de 1884.

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

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

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

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

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

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

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

1 Artículo 1,727, Código civil de 1844.

2 Gutiérrez Fernández, tomo V, pág. 61.

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

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

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

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

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

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

2 Artículo 1,728, Código civil de 1844.