

A pesar de esto, en todos ellos ha sido admitida la solidaridad de los fiadores, y nosotros los seguimos porque está en la naturaleza de la fianza el sujetarse á todo, lo mismo que el deudor principal, si otra cosa no se expresa.

Así es que en las secciones 3 y 4 se repiten para los co-fiadores muchas de las disposiciones dictadas para los deudores mancomunados en la en la seccion 6, capítulo 4, título 5 de este libro, pero los beneficios de *orden* ó *excusión* y de *division*, hacen ver que no hay absoluta igualdad ó identidad entre unos y otros.

*Pero el reconvenido.* Concuerta con el mismo párrafo 4 y ley de Partida arriba citados, y con los artículos 2026 Frances, 2062 Sardo, 1896 Napolitano, 3018 de la Luisiana, y 1874 Holandes.

*Que el acreedor divida su accion.* Esto es lo que se llama beneficio de *division*, introducido por el emperador Adriano. Sin duda el antiguo Derecho Romano era mas consecuente con la doctrina y principios de la solidaridad en no admitirlo. Pero la fianza es generalmente un acto de beneficencia, y merece alguna excepcion ó favor en cuanto sea compatible con los intereses del acreedor; estos quedan asegurados con la responsabilidad proporcional de la insolvencia anterior que se establece en el artículo siguiente; á mas de que el acreedor puede exigir la renuncia de este beneficio, y apénas hay una escritura de fianza que no la contenga.

Para gozar del beneficio han de ser fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, segun se expresa en el artículo; entre fiadores de diversos deudores, aunque la deuda sea la misma, no tiene lugar, leyes 43 y 27, párrafo último, título 42, libro 8 del Código.

La division no se hace *Ipsa jure*; ántes por el contrario, la obligacion de los fiadores es solidaria ó mancomunada; si, pues, uno de ellos paga sin reclamar ó oponer el beneficio, paga lo que debe y no podría repetir del acreedor cómo puede hacerlo el que paga mas de lo debido.

*Cesa en los mismos casos:* conforme con las leyes 1, título 41, libro 8, y 29, título 3, libro 2 del Código; vé el artículo 1744: los fundamentos ó motivos son iguales en ambos casos.

Una sola excepcion habia en Derecho Romano, que no habemos admitido: el beneficio de *division* tenia lugar aun cuando los fiadores se hubiesen obligado con solidaridad expresa, ley 3 al fin, título 42, libro 8 del Código.

La razon era, porque sin necesidad de pacto especial la obligacion fué ya solidaria y nada añade ni quita la expresion de lo que se sobreentiende, aunque no se exprese. Pero algo se quiso con la expresion de mancomunada, segun he notado al número 2 del artículo 1744; en este caso hay, si cabe, algo mas que renuncia.

Con esta sola modificacion es preferible y habemos preferido el Derecho Romano á los Códigos modernos, que solo mencionan el caso de renuncia para excluir este beneficio.

¿Será mas favorecido el fiador respecto de sus co-fiadores que respecto del deudor principal? ¿Qué razon habrá para que el acreedor vaya á demandar al fiador quebrado ó que no pueda ser demandado judicialmente dentro del reino?

Yo me inclino á que los Códigos modernos dijeron ménos de lo que quisieron decir, y que el tercer párrafo de nuestro artículo está en el espíritu de ellos.

#### ARTICULO 1751.

*El fiador que reclama el beneficio de division responde proporcionalmente de la insolvencia anterior de los otros fiadores, pero no de la posterior á la division.*

*Tampoco responde de la anterior, cuando el acreedor dividió su accion voluntariamente y sin reclamarlo el fiador (1).*

1. El fiador que pide el beneficio de division solo responde por la parte del fiador ó fiadores insalvantes, si la insolvencia es anterior á la peticion, y ni aun por esta misma insolvencia, si el acreedor voluntariamente hace el cobro á prorrata, sin que el fiador lo reclame.—Art. 1860, tít. 6, cap. 2, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

*Si quis ex fidejussoribus eo tempore (litis contestatae) solvendo non sit hoc coeteros onerat,* párrafo 4, título 21, libro 3, Instituciones: lo mismo en la ley 8, tít. 12, Partida 5.

Concuerta con los artículos extranjeros citados en el artículo anterior, á seguida de las palabras: *Pero el reconvenido.*

El beneficio de *division* no tiene efecto retroactivo; el que se acoje á él, responde proporcionalmente de la insolvencia anterior de alguno de los fiadores; pero una vez opuesto, reduce la obligacion del oponente á su parte y porcion, y le liberta de toda insolvencia posterior.

*Tampoco responde, etc.* Conforme con las leyes 16, título 41, libro 8 del Código, y 39, párrafo 3, título 1, libro 17 del Digesto El acreedor podrá hacer recaer la insolvencia anterior de uno de los fiadores sobre los otros, por la obligacion solidaria de todos, y no habiendo usado de esta facultad, se presume que renunció formalmente á ella: véase el párrafo último del artículo 1062.

Por Derecho Romano podia oponerse la excepcion de *division* en cualquier estado del pleito ántes de la sentencia, ley 10, párrafo 1, título 42, libro 8 del Código.

Los Códigos modernos callan sobre este punto: yo tengo á esta excepcion por tan dilatatoria como la de *excusión*, y que únicamente, como tal, puede oponerse; los motivos expuestos al artículo 1745 sobre la una, militan en la otra.

#### SECCION II.

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL DEUDOR Y EL FIADOR.

#### ARTICULO 1752.

*El fiador que ha pagado por el deudor, debe ser indemnizado por este.*

*La indemnizacion comprende:*

1º *La cantidad principal de la deuda.*

2º *Los intereses de ella desde que se hizo saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor.*

3º *Los gastos ocasionados al fiador, despues de haber puesto en noticia del deudor que se le requería para el pago.*

4º *Los daños y perjuicios cuando procedan.*

*La disposicion de este artículo tiene lugar aun cuando se haya dado la fianza, ignorándolo el deudor (1).*

*Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium,* párrafo 6, título 21, libro 3 Instituciones, y ley 12, Partida 5, que exceptúa tres casos: tomándolos del Romano, y que están igualmente exceptuados expresa ó tácitamente en todos los Códigos; por ejemplo, el de haber salido uno fiador, prohibiéndoselo el deudor: vé el final del artículo 1099: la 13 siguiente hace otras excepciones, de las que solo mencionaré una mas abajo.

Conforme con los artículos 2028 Frances, 2065 Sardo, 1900 Napolitano, 1506 de Vaud, 1876 Holandes y 3021 de la Luisiana. El 11, capítulo 10, libro 4, Bávaro, impone simplemente al deudor la obligacion de indemnizar al fiador. El 351 Prusiano, título 14, parte 1, dice con enérgica sencillez: El deudor responde al fiador de todos los daños y gastos que se le hayan ocasionado, á ménos que sean el resultado de una falta del fiador."

El que fió, mandándolo ó consintiéndolo el deudor, tiene contra este la accion *contraria* de mandato que es mas llana que la subrogacion, en cuanto comprende desde luego los intereses de las cantidades anticipadas así, el fiador puede reclamar intereses de lo pagado, aunque la deuda principal no los produjese á favor del acreedor.

Número 2. *Desde que, etc.* Ha sido tomado del artículo 2065 Sardo, por ser mas

1 El fiador que paga, debe ser indemnizado por el deudor, aunque este no haya prestado su consentimiento, para la constitucion de la fianza. Si esta se hubiere otorgado contra la voluntad del deudor, no tendrá derecho alguno el fiador para cobrar lo que pagó.—El fiador que paga por el deudor, debe ser indemnizado por este:—1º De la deuda principal:—2º De los intereses respectivos desde que haya noticiado el pago al deudor, aun cuando este no estuviere obligado por razon del contrato á pagarlos al acreedor:—3º De los gastos que haya hecho desde que dió noticia al deudor de haber sido requerido de pago:—4º De los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor.—Arts. 1861 y 1862, tít. 6, cap. 3, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

claro y expresivo que los otros citados. Si la deuda rendia interes convencional á favor del acreedor, continuará rindiéndolo igualmente á favor del fiador: en caso contrario tendrá lugar el interes legal por este artículo.

*Se hizo saber el pago:* para que haya entrada al interes legal ha de proceder mora, y no la hay hasta que el deudor, noticioso del pago y requerido para la indemnizacion no la hace: esto, sin embargo, no quita á lo expuesto en el párrafo último del número anterior, cuando se dió la fianza mandándolo ó consintiéndolo el deudor.

*La disposicion, etc.* Por Derecho Romano y Patrio procedia en sustancia lo mismo, ley 4, título 1, libro 45 del Digesto, y 14, título 12, Partida 5; pero como no podia darse accion de mandato contra el deudor ignorante, se daba al fiador la de *negotiorum gestorum*: el artículo es mas sencillo.

Si el fiador entregó y pagó, prohibiéndolo el deudor, no tenia accion alguna en Derecho Romano y Patrio, ley 6, párrafo 2, título 1 libro 45 del Digesto, y 12, título 12, Partida 5; ahora se estará al artículo 1999 segun deajo ya observado.

#### ARTICULO 1753.

*El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenia contra el deudor*

*Sin embargo, si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor mas de lo que realmente haya pagado, á ménos que el acreedor le haya hecho cesion expresa del resto (1).*

Conforme con los artículos 2029 Frances, 2066 Sardo, 1901 Napolitano, 3022 de la

1. El fiador que paga, se subroga en todos los derechos que el acreedor tenia contra el deudor.—Si el fiador hubiere transigido con el acreedor, no podrá exigir del deudor sino lo que en realidad haya pagado.—Arts. 1863 y 1864, tit. 6, cap. 3, lib. 3, cód. civ. vigente.

La Comision dice: que el artículo 1864 contiene una verdadera excepcion del 1739, supuesto que en este se previene que el crédito cedido es exigible por todo su valor representativo; mas si en general es necesaria esta disposicion, contrayéndonos al fiador, pudiera ser origen de abusos que la ley debe evitar en beneficio del deudor, y por un principio de verdadera moralidad.—N. de los EE

Luisiana, 1506 de Vaud, 1877 Holandes, 38 y 339 Prusianos, título 14, parte 1. El 1358 Austriaco, añade: Los títulos del crédito deben serle entregados.

*Se subroga:* á virtud de lo dispuesto en el número 3 del artículo 1117.

Es un tercer beneficio que la ley concede al fiador; este no tiene necesidad de pedir la subrogacion; la ley misma la pronuncia, porque resulta del hecho mismo del pago, y habemos dejado á un lado las vanas sutilezas que hacian necesario el sustituir á una subrogacion, que no se daba expresamente, una pretendida accion de mandato.

*Sin embargo, etc.* Es el artículo 340 Prusiano, título 14, parte 1. Si es justo que el fiador tenga una completa indemnizacion, tambien lo es que no se enriquezca á la sombra de la fianza por la sola disposicion de la ley, y sin que el acreedor le ceda el resto.

#### ARTICULO 1754.

*Cuando hay dos ó mas deudores mancomunados de una misma deuda, puede el fiador repetir de cada uno de ellos la totalidad de lo que haya pagado. (1)*

Porque, efectivamente, cada uno de ellos era deudor de la totalidad, y el acreedor, en cuyo lugar y derechos queda subrogado el fiador, podia igualmente exigirla de cada uno.

Conforme con los artículos 2030 Frances, 2067 Sardo, 1902 Napolitano, 3023 de la Luisiana, 1508 de Vaud y 1878 Holandes.

#### ARTICULO 1755.

*Si el fiador ha pagado sin ponerlo en noticia del deudor, y este, ignorando el pago, lo repite por su parte, no queda al primero recurso alguno contra el segundo; pero sí contra el acreedor.*

*Si el fiador paga sin ponerlo en noticia del deudor, podrá este hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago (2).*

1. Siendo dos ó mas los deudores solidarios de una misma deuda, podrá el fiador pedir de cualquiera de ellos la totalidad de lo que hubiere pagado.—Art. 1865, tit. 6, cap. 3, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2. Si el fiador hace el pago sin ponerlo en

Conforme con los artículos 2031 Frances, 2068 Sardo, 1903 Napolitano, 3024 de la Luisiana, 1509 de Vaud y 1879 Holandes.

El artículo 349 Prusiano, título 14, parte 1, dice: "El deudor puede hacer valer contra el fiador todas las excepciones que habria podido oponer al acreedor; si el fiador ha pagado sin avisarle."

Lo mismo dispone el artículo 1361 Austriaco con mas generalidad: "Si el fiador ha pagado sin el consentimiento del deudor,"

"Si cum fidejussor solvisset, non certioravit reum, si deinde reus solvit, quod solvere eum non oportebat, credo, si, cum posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fidejussorem repelli. Dolo enim proximum, est, si post solutionem non nuntiaverit debitori. Cedere autem reus in debiti actionem fideiussori debet, ne dum plurim creditor consequatur," ley 29, párrafo 3, título 1, libro 17 del Digesto.

En la misma se niega toda accion al fiador que, sabiendo que el deudor tenia alguna excepcion perentoria, pagó sin oponerla, y se repite en la 15, título 12, Partida 5. "Porque semeja que lo hizo engañosamente por fazer perder al otro su derecho."

*Ha pagado:* En los artículos anteriores se supone que el fiador ha pagado válidamente con noticia del deudor, y sin perjuicio de las excepciones perentorias que este habria podido oponer al acreedor. En este se habla del caso contrario y, como el fiador no puede por su culpa menoscabar los derechos é intereses del deudor, su disposicion es de evidente justicia.

*Sin ponerlo en noticia.* El fiador puede conocimiento del deudor, podrá este oponerle todas las excepciones que podria oponer al acreedor al tiempo de hacer el pago.—Si el deudor, ignorando el pago por falta de aviso del fiador, paga de nuevo, no podrá este repetir contra aquel, sino solamente contra el acreedor.—Si el fiador ha pagado en virtud de un fallo judicial, y por motivo fundado no pudo hacer saber el pago al deudor, este quedará obligado á indemnizar á aquel, y no podrá oponerle mas excepciones que las que sean inherentes á la obligacion y que no hubieren sido opuestas por el fiador, teniendo conocimiento de ellas.—Arts. 1865 á 1868, tit. 6, cap. 3, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

TOM. IV.

repetir contra el deudor, aunque haya pagado sin reconvenccion judicial y sin ponerlo en su noticia, con tal que de ello no se haya seguido perjuicio á los derechos é intereses del deudor, como se sigue, ó puede seguirse, en los dos casos de este artículo: así se hallaba tambien dispuesto en la ley 16, título 12, Partida 5.

#### ARTICULO 1756.

*Cuando la deuda era á plazo y el fiador la pagó antes de su vencimiento, no podrá exigirla del deudor hasta que aquel se venza (1)*

Es la ley 16, título 12, Partida 5, tomada de la 22, párrafo 1, título 1, libro 17 del Digesto. "Tractatum est, si, cum in diem deberem, mandatu meo in diem fideiussoris, et ante diem solveris, an statim habeas mandati actionem? Et quidam putant, presentem quidem esse mandati actionem, sed tanti minorem, quanti mea intersit superveniente die solutum fuisse: sed melius est dici, interim nec hujus summae mandati agi posse: quando nunc nullum adhuc commodum meum sit, ut nec hoc ante diem solvam." El fiador no puede por su simple voluntad hacer peor la condicion del deudor

#### ARTICULO 1757.

*El fiador puede, aun antes de haber pagado reclamar del deudor que le indemnice ó releve de la fianza:*

- 1º *Cuando el mismo fiador ha sido demandado judicialmente para el pago.*
- 2º *Cuando el deudor se declara en quiebra ó hay temores fundados de que se declare, ó comienza á disipar su fortuna.*
- 3º *Si hay temor de que se fugue ó quiere dejar el Reino*
- 4º *Cuando se obligó á revelar de la fianza en un tiempo determinado y este ha pasado.*
- 5º *Cuando la deuda ha llegado á ser exigible por el vencimiento del plazo; en este caso podrá tambien requerir al acreedor para*

1 Si la deuda fuere á plazo ó bajo condicion, y el fiador la pagare antes de que aquel ó esta se cumplan, no podrá cobrarla del deudor sino cuando fuere legalmente exigible.—Art. 1869, tit. 6, cap. 3, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.