

Concuerda en su fondo con los artículos 3033 Frances, 2070 Sardo 1905 Napolitano, 3027 de la Luisiana.

Los 373 y 374 Prusianos, título 14, parte 1, dicen: "Las contestaciones entre co-fiadores serán juzgadas, á falta de convenciones, por la reglas generales sobre las obligaciones solidarias;" y me parece bien esta concision, pues aquí no se hace mas que aplicar lo dispuesto en el artículo 1063, para los deudores mancomunados; pero repito la observacion que he hecho en el artículo 1750 al copiar el 378 Prusiano.

La ley 11, título 12. Partida 5, así como las 17, 36 y 39, título 1, libro 46 del Digesto, y las 2, 11, y 15, título 42, libro 8 del Código, abundaban en sutilezas, y ápices de Jerecho, que rechazaban la equidad y el buen sentido.

El fiador, que habia pagado, no tenia recurso alguno contra los co-fiadores, si el acreedor no le cedía expresamente sus acciones antes de hacerse el pago.

Alegábase para esto que la fianza era una convencion entre el fiador y el deudor, no entre los mismos fiadores; como si por ello dejara de ser cierto que el que pagó hizo el negocio de los otros, libertándolos de una obligacion, á cuyo cumplimiento podian haber sido compelidos.

Es por lo tanto conforme á la sencillez y equidad que queden obligados en proporcion al beneficio que les resulta del pago, y que el fiador que pagó, se subrogue de derecho en el lugar del acreedor.

La parte de este (del insolvente): Se ha añadido esto para mayor claridad, pues aunque no se expresa en ninguno de los Códigos modernos, está, á no dudar, en el espíritu de todos ellos por la misma razon del artículo 1751.

En el 1063 y 1069 se dispone para los correspondientes.—Si alguno de los fiadores se hallare insolvente, se dividirá su cuota entre los demas á prorata.—Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, sólo tendrá lugar si el pago de la deuda se ha exigido judicialmente, ó si el deudor principal está fallido.—Arts. 1873 á 1875, tít. 6, cap. 4, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

deudores mancomunados lo mismo que aquí para los co-fiadores.

A virtud de demanda judicial etc. Se ha preferido el artículo Holandes, que expresa tan solo estos dos casos, á la generalidad del Frances que, bien analizado, debe quedar reducido á lo mismo: "Quand elle (el fiador) y aura été contreinte;" se dice en el discurso 93: la voluntariedad de uno de los fiadores en el pago no puede darle accion contra los otros, sino cuando el deudor principal se halla en estado de quiebra.

ARTICULO 1759.

En el caso del artículo anterior, podrán los co-fiadores oponer al que pagó las mismas excepciones que habrian correspondido al deudor principal contra el acreedor, y que no fuesen puramente personales del mismo deudor (1).

Tomado del artículo 1511 de Vaud. El fiador que pagó, no debe ser mas favorecido contra los co-fiadores, obligados subsidiariamente, que lo serian estos contra el deudor principal, salvo en lo que le fuese personal: vé el artículo 1767.

ARTICULO 1760.

El sub-fiador, en caso de insolvencia del fiador por quien se obligó, queda responsable á los co-fiadores, en los mismos términos que lo estaba el fiador (1).

Es el artículo 1513 de Vaud. El sub-fiador representa al fiador en el caso de este artículo, tanto en lo favorable, como en lo gravoso: tal fué el objeto de la sub-fianza, y ni él, ni los co-fiadores, tienen justo motivo de queja: vé lo expuesto en los artículos 1734 y 1749.

1 Los fiadores demandados por el que pagó, podrán oponer á este las excepciones que podría alegar al deudor principal contra el acreedor, y que no fueren puramente personales del deudor ó del fiador, que hizo el pago.—Art. 1876, tít. 6, cap. 4, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

1 El que abonó al fiador, en caso de insolvencia de este, es responsable para con los otros fiadores en los mismos términos en que lo sería el fiador abonado.—Art. 1877, tít. 6, cap. 4, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

El artículo 1512 de Vaud hace extensivo el beneficio de nuestro artículo 1758 á los fiadores solidarios ó mancomunados contra los fiadores *simples*, cuando todos se han obligado en un mismo instrumento y por un mismo deudor.

No fué adoptado, por parecer contrario á lo establecido en el artículo 1733, y en el número 2 del 1744; no se descubren motivos bastantes para hacer esta excepcion.

CAPITULO III.

DE LA EXTINCION DE LA FIANZA.

ARTICULO 1761.

La obligacion del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demas obligaciones (1).

Se ha preferido esta redaccion, que es el artículo 385 Prusiano, título 14, parte 1, por parecer mas expresiva que la del artículo 2034 Frances: "Se extingue por las mismas causas que las otras obligaciones."

Conformes con el Frances; los 2071 Sardo, 1906 Napolitano, 3028 de la Luisiana, 1882 Holandes y 1514 de Vaud.

El artículo 16, número 1, capítulo 10, libro 4 Bávaro: "Se extingue con la deuda principal." El 1363 Austriaco: "Con la obligacion del deudor primitivo."

Extincta obligatione principali, et confusione sequuta, principio del título 30, libro 3, Instituciones, leyes 23, párrafos 2 y 3, título 3, libro 46 del Digesto.

Extinguida la obligacion principal, no puede subsistir la fianza que es su accesoria: véase lo expuesto en los artículos 1138 y 1189.

ARTICULO 1762.

La confusion que se verifica en la persona del deudor y fiador, cuando uno de ellos hereda al otro, no extingue la obligacion del sub-fiador (1).

1 Extinguida la obligacion principal, se extingue la fianza, que tambien puede extinguirse como las demas obligaciones.—Art. 1878, tít. 6, cap. 5, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

1 Si la obligacion del deudor y la del fiador se confunden, porque uno hereda al otro, no se

Conforme con el 2035 Frances, 2072 Sardo, 1907 Napolitano, 3029 de la Luisiana, 1515 de Vaud y 1883 Holandes.

Es decir, que el acreedor conserva en este caso su accion contra el sub-fiador; pero yo no veo que esto mereciese un artículo separado como lo tiene en todos los Códigos, porque á nadie ha podido ocurrir duda de que la conservaba: Rogron pone un ejemplo tan inútil como el artículo. Si la confusion se verificase por heredar el acreedor al deudor ó fiador, ó alguno de estos á aquel, se extinguiría tambien la obligacion del sub-fiador: vé los artículos 1156 al 1159.

ARTICULO 1763.

Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble ú otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque despues los pierda por eviccion, queda libre el fiador (1).

Es el 2038 Frances, 2076 Sardo, 1910 Napolitano, 3031 de la Luisiana, 1519 de Vaud y 1886 Holandes.

Extinguida la obligacion primitiva por la aceptacion del acreedor, se extingue tambien la fianza como accesoria; si el acreedor tiene despues una accion resultante de la eviccion que sufre, esta accion es enteramente diversa de la primera y no la que el fiador habia garantido.

En este caso la obligacion queda extinguida por la novacion; ó mejor dicho, por el pago que hizo el deudor principal.

ARTICULO 1764.

La liberacion hecha por el acreedor á uno de los fiadores sin el consentimiento de los otros aprovecha á todos hasta donde alcance la parte del fiador á quien se ha otorgado (1).

extingue la obligacion del abonador.—Art. 1879, tít. 6, cap. 5, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

1 Si el acreedor acepta voluntariamente una finca ú otra cualquiera cosa en pago de la deuda, queda exonerado el fiador, aun cuando el acreedor pierda despues por eviccion la cosa que se le dió.—Art. 1880, tít. 6, cap. 5, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

1 Si el acreedor exonera á alguno de los fiadores sin consentimiento de los otros, quedarán todos ellos exonerados proporcionalmente de la

Es el 2075 Sardo; el 1363 Austriaco dice: "La quita de la obligacion hecha á un fiador solo tiene efecto respecto del acreedor, y no respecto de los otros fiadores." El 339 Prusiano, título 14, parte 1, dice por el contrario: "La liberacion del fiador aprovecha á los co-fiadores."

Véanse los artículos 1064 y 1143 con lo en ellos expuesto: aquí se hace á lo mas una lijera modificacion, ó si se quiere excepcion al 1064: la remision ó liberacion aunque limitada á un fiador determinado aprovecha parcialmente á los otros, porque no son deudores solidarios en un sentido riguroso y absoluto, pues gozan de los beneficios de excusion y division, segun he observado en el artículo 1750.

Pero si bien se mira, lo que aquí se dispone para los co-fiadores se halla tambien dispuesto para los deudores mancomunados al final del artículo 1062. "Con deducion de la parte, etc." y el 1069: el acreedor puede favorecer á uno de los co-deudores ó co-fiadores, pero sin perjudicar á los demas segun el artículo 1066

ARTICULO 1765.

La próroga concedida al deudor por el acreedor sin consentimiento del fiador extingue la fianza (1).

Contrario á los artículos 2039 Frances, 2077 Sardo, 1911 Napolitano, 3032 de la Luisiana, 1520 de Vaud y 1837 Holandes, segun ellos no se extingue la fianza, y únicamente se concede al fiador que pueda perseguir al deudor para forzarle al pago.

El artículo 17, capítulo 10, libro 4, Bávaro, viene á decir lo mismo. "El fiador puede pedir su liberacion cuando el deudor

obligacion remitida.—Art. 1881, tit. 6, cap. 5, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

1 La próroga ó espera concedida al deudor por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza.—La quita reduce la fianza en la misma proporción que la deuda principal, y la extingue en el caso de que en virtud de ella quede sujeta la obligacion á nuevos gravámenes ó condiciones.—Arts. 1883 y 1884, tit. 6, cap. 5, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

no paga al tiempo convenido y el acreedor se lo proroga."

Dicese en apoyo del artículo Frances. "La próroga puede ser útil al mismo fiador, y por otra parte no le impide compeler al deudor principal á pagar ó á libertarle de la fianza" (discurso 93:) pero en este caso no podrá proceder contra al acreedor en los términos del citado número 5 del artículo 1757, puesto que obstaría al acreedor para proceder su mismo pacto ó próroga.

"Esta disposicion derogatoria del Derecho Romano parece á primera vista un tanto rigurosa contra el fiador, sobre todo si se reflexiona que el deudor puede venir durante la próroga á estado de insolvencia, y que esta recaeria sobre el fiador sin haberla consentido."

"Pero si se considera que en el mismo artículo se reserva sábiamente al fiador el derecho de perseguir en este caso al deudor para forzarle al pago, impidiendo por este medio que le sea funesta la próroga será preciso confesar que no hay en el artículo nada que no sea conforme con la razon, la justicia y la moral" (discurso 96.)

¿Y no puede el deudor venir á insolvencia despues de la próroga, pero ántes que esta llegue á noticia del fiador? Podrá oponerse que este anduvo negligente en no averiguar si el deudor pagó: ¿pero no podrá haber negligencia ó malicia en el acreedor y deudor para no darle noticia?

Nosotros tentamos ya resuelto este punto en el artículo 1134 por la palabra *plazos*, sinónima allí de *prórrogas*: vé lo expuesto en dicho artículo donde se dan los motivos y se hace referencia á este.

ARTICULO 1766.

Los fiadores, aunque sean mancomunados, quedan libres de su obligacion, siempre que por algun hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo (1).

1. Los fiadores, aun cuando sean solidarios, quedan libres de su obligacion, si por culpa ó negligencia del acreedor no pueden subrogarse en los derechos, privilegios ó hipotecas del mis-

Conforme con los artículos 2037 Frances, 1909 Napolitano, 3031 de la Luisiana, 1517 de Vaud y 1835 Holandes, ménos en las palabras "aunque sean mancomunados" que han sido tomadas del 2074 Sardo para mayor expresion y claridad.

Subrogados. Esta subrogacion es de derecho segun el artículo 1753. Si, pues, no puede realizarse por el hecho ó culpa del acreedor, no debe ser permitido a este perseguir al fiador: la regla general de derecho es "que á cada cual daña su culpa, y que por el hecho ageno no puede empeorarse mi condicion."

La material expresion de *fiadores mancomunados* no quita á la justicia y equidad de estas razones, porque la fianza, sobre ser digna de favor como acto de beneficencia, envuelve siempre y necesariamente un deudor principal ó primitivo.

Rogron, al artículo 2037 Frances, pone varios ejemplos apoyados en fallos del Tribunal de Casacion: si el acreedor perdió su derecho de hipoteca por no inscribirlo en el registro público, ó dejó cortar el bosque hipotecado como tal, ó no apeló de la sentencia en que se declaró perdido el privilegio de que gozaba.

ARTICULO 1767.

El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y á las inherentes á la deuda, mas no las que sean puramente personales al deudor (1).

Conforme con los artículos 2036 Frances, 2073 Sardo, 1905 Napolitano, 3030 de la Luisiana, 1884 Holandes, 1516 de Vaud, y 310 Prusiano, título 14, parte 1.

El 10, capítulo 10, libro 4, Bávaro, dice: "El fiador puede oponer todas las excepciones que corresponden al deudor principal." El 1354 Austriaco niega al fiador el beneficio acreedor.—Art. 1882, tit. 6, cap. 5, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

1 Véase la nota de fojas 125 en que está consignado el artículo 1840 que previene que el fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes á la obligacion principal; mas no las que sean personales del deudor.—N. de los EE.

cio de competencia correspondiente al deudor principal, como lo negaba el Derecho Romano á los herederos y fiadores del deudor por ser un privilegio personal; leyes 24, título 1, libro 5, y 63, párrafo 1, título 2, libro 17 del Digesto: la 32, título 1, libro 46, dice: "Ex persona rei; et quidem invito reo, exceptio et caetera rei commoda fidejussori, caeterisque accessionibus competere potest."

La ley 15, título 12, Partida 5, hace tambien en esta materia diferencia entre excepciones *perentorias* y personales.

Inherentes á la deuda. El fiador puede apoderarse de toda defensa que haria caer la obligacion, tales como las del dolo, violencia, pago ya hecho, cosa juzgada, y de las demas de esta especie. La razon es porque quitada la obligacion principal se quita ó extingue la fianza.

Puramente personal: porque estas son enteramente extrañas al fiador, como el beneficio de competencia, el de los empleados para no poder ser ejecutados sino en la tercera parte del sueldo.

Rogron, en sus comentarios al artículo 2012, coloca entre estas la de incapacidad que puede oponer el menor ó mujer que ha contratado sin la debida autorizacion: el fiador no podra oponerla: el artículo 2012 Frances corresponde al 1735 nuestro, cuyos comentarios y observaciones deben tenerse presentes: vé tambien los artículos 1067, 1127 y 1143.

CAPITULO IV.

DE LA FIANZA LEGAL Y JUDICIAL.

ARTICULO 1768.

El fiador que haya de darse por disposicion de la ley ó de providencia judicial, debe tener las cualidades prescritas en el artículo 1740.

El fiador judicial debe ademas ser capaz de apremio personal cuando el deudor esté sujeto á él por razon de su deuda (1).

1. El fiador que haya de darse por disposicion de la ley ó de providencia judicial, debe tener las cualidades prescritas en el artículo

Conforme con los 2040 Frances, 2079 Sardo, 1912 Napolitano, 203 de la Luisiana.

Creo, sin embargo, que la primera parte de este artículo era innecesaria en aquellos Códigos, y lo es en este, cuyo artículo 1740 ha sido tomado de aquellos: ¿podría razonablemente dudarse que su disposición no alcanzaba á la fianza legal y judicial, siendo mas rigurosas?

Por la ley, etc. En el usufructo, por ejemplo, los casos de fianza judicial pueden ser infinitos.

El fiador judicial: aquí entran ya las diferencias de estas fianzas con la convencional. Deben ser mas fuertes los vínculos y mayores las seguridades en las obligaciones que se contraen con la justicia; y, si alguna vez puede ser este rigor un obstáculo para hallar fiadores, queda por lo ménos al deudor el recurso de poder dar una prenda ó hipoteca. Así queda satisfecha la justicia, puesto que obtiene una garantía completa.

ARTICULO 1769.

Si el obligado á dar fianza en los casos del artículo anterior no la hallare, se le admitirá en su lugar una prenda ó hipoteca que se estime bastante para cubrir su obligación (1).

El artículo 2041 Frances, seguido por el 1913 Napolitano, 3034 de la Luisiana y 1523 de Vaud, usa de la palabra *gage*. prenda: El artículo 2080 Sardo dice: "Prenda. 1831.—Art. 1865, tít. 6, cap. 6, lib. 3, cód. civ. vigente.

La comision, sobre este artículo y los siguientes consignados en el capítulo 6º dice: que ellos no contienen disposiciones que necesiten explicacion especial, y que para terminar esta importante materia de fianzas, solo indicará: que en ella procuró aplicar todas las reglas de la mancomunidad, á fin de que la fianza sea una verdadera garantía y no un nuevo elemento de dificultades, que en vez de auxiliar los derechos del acreedor, estorben su ejercicio y embaracen el cumplimiento del contrato.—N. de los EE.

1 Si el obligado á dar fianza en los casos del artículo anterior, no la hallare, podrá dar en vez de ella una prenda ó hipoteca que se estime bastante para cubrir su obligación.—Art. 1886, tít. 6, cap. 6, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

da ú otra cautela:" el 1867 Holandes: "Una prenda, ó una hipoteca."

Se ha preferido en la redacción al Holandes (y estaba redactado el artículo en sus mismos términos antes de verlo) por atravesarse las mismas ó mayores razones de equidad y conveniencia en la hipoteca que en la prenda. ¿No es por ventura igual la seguridad? Además, el artículo comprende tanto la fianza legal como la judicial, y en casi todos los casos será mas fácil dar la hipoteca que la prenda, porque suele ser mayor el valor de los inmuebles.

El artículo citado de la Luisiana añade: "Con tal que el objeto dado en prenda pueda ser guardado sin embarazo ni riesgo. Tambien puede depositar en poder del oficial publico, encargado de recibir la fianza, la cantidad por la que se le requiere á dar fiador"

En los casos del artículo anterior. No rige, pues, este artículo en la fianza convencional; el acreedor lo quiso y pactó expresamente: debe por lo tanto cumplirse lo pactado. Sin embargo, la ley 41, título 2, Partida 3, admite la caucion juratoria cuando el deudor, que debe dar fiador, no le encuentra, ni tiene bienes.

ARTICULO 1770.

El fiador judicial no puede pedir la excusion del deudor principal.

El sub-fiador, en el mismo caso, no puede pedir ni la del deudor ni la del fiador (1).

Este artículo, así como el párrafo 2 del 1768, habla solo del fiador judicial. En su primera parte está conforme con los artículos 2042 Frances, 2081 Sardo, 1914 Napolitano, 3035 de la Luisiana y 1524 de Vaud.

"Hujusmodi stipulationes ex auctoritate Praetoris interponuntur ut iudicium ratum sit," ley 1, título 5, libro 46 del Digesto; "contra cojus mentem foret differri execu-

1. El fiador judicial no puede pedir la excusion del deudor principal.—El que abona á un fiador, no puede pedir la excusion de este ni la del deudor.—Art. 1887 y 1888, tít. 6, cap. 6, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

tionem iudicati, argum," ley 52 título 1 libro 45 del Digesto, que dice: "Praetoriae stipulationes legem accipiunt de mente Praetoris qui eas proposuit: nihil (iis) immutare licet, neque addere, neque detraxere," ley 52.

No puede: por las razones dadas en el párrafo 2 del artículo 1768.

El sub-fiador. Esta segunda parte es el artículo 2043 Frances, 1915 Napolitano y 3036 de la Luisiana: el 3037 añade: "Los efectos de la fianza judicial se rigen por las leyes de procedimientos."

Del deudor principal. El sub-fiador no puede tener mas derechos, ni ser de mejor condicion que el fiador, cuya responsabilidad y obligaciones tomó sobre sí.

Ni la del fiador. El 2082 Sardo se aparta del Frances, y concede al sub-fiador la excusion del fiador. Se ha seguido al Frances, porque obran las mismas razones de saludable rigor que excluyen la excusion del deudor.

TITULO XVIII.

De la prenda.

ARTICULO 1771.

La prenda es el derecho concedido al acreedor de retener en su poder la cosa mueble que se le entrega para seguridad de su crédito hasta que le sea pagado, y de cobrar este en otro caso con el importe de la misma cosa recibida en prenda, segun la forma que determina la ley (1).

2071 y 2073 Franceses, 3100 y 3102 de la Luisiana, 2124 y 2126 Sardos 1557 y 1558 de Vaud. El 1196 Holandes dice: "La prenda es un derecho que el acreedor adquiere sobre una cosa mueble que le es entregada por el deudor ó por otro en su nombre, y queda al acreedor la facultad de hacerse pagar sobre esta cosa con preferencia á los otros acreedores, exceptuando los gastos judiciales y de conservacion de la cosa, que

1 La prenda es un derecho real que se constituye sobre algun objeto mueble, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.—Art. 1889, tít. 7, ap. 1, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

gozan de un privilegio absoluto." El 447 Austriaco: "El derecho de prenda es el derecho concedido á un acreedor para hacerse pagar sobre una cosa, si no se ejecuta la obligación." El 1 Prusiano, título 20, parte 1: "El derecho real concedido sobre la cosa ajena para la seguridad de un crédito, y sobre cuyo valor puede reclamarse el pago, se llama derecho de prenda."

Los cuatro primeros definen la prenda como contrato, y luego complican sus efectos; nosotros, con los tres últimos, la definimos como derecho: nuestra definicion es la Holandesa, suprimido ó referido su final.

La palabra *prenda* puede significar la misma cosa que se empeña y entrega, el contrato por que se constituye, y el derecho que á su virtud adquiere el acreedor. (Vino, párrafo 4, título 15, libro 3, Instituciones, citando varias leyes Romanas, y Voet, número 1, título 1, libro 20).

Los Códigos modernos, que como el Frances, la definen bajo el segundo concepto, dicen ser un contrato por el que un deudor entrega una cosa mueble á su acreedor para la seguridad de la deuda; el Heinecio, añade, que la cosa ha de ser restituida en especie, verificado el pago.

El Derecho Romano es ménos claro en esta materia, pues en sus leyes y hasta en los epígrafes de sus títulos, se usan indistintamente y como sinónimas las palabras *prenda* é *hipoteca*. "Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differit," ley 5, párrafo 1, título 1, libro 20 del Digesto, á pesar de que en la 238, título 16, libro 50, viene casi á reconocerse la impropiedad de este lenguaje. "Pignus appellatur á pugno, quia res quae pignori dantur, manu traduntur. Unde etiam videri potest, verum esse quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui."

La misma generalidad é impropiedad se nota en el título 13, Partida 5, comprendiéndose ambas á dos cosas bajo la palabra genérica *peños*, aunque su ley 1, definiendo la prenda bajo el concepto de cosa, tiene añadir, mayormente cuando es mueble.

El uso pudo mas que las leyes, y fijó de-