

CAPÍTULO II

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA

SECCION PRIMERA

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR

Artículo 1759.—El fiador no puede ser compelido á pagar al acreedor sin previa excusion de todos los bienes del deudor.

Si por ausencia del deudor fuere demandado el fiador, podrá pedir plazo al juez para presentarle; pero trascurrido sin hacerlo, responderá á la demanda y pagará la cantidad adeudada.

ORÍGENES

Ley 3.^a, tít. XVIII, lib. III, Fuero Real.

Ley 9.^a, tít. XII, Partida 5.^a

CONCORDANCIAS

Concuerta en parte con: Art. 2021 Cod. Francia.—1997 Italia.—830 Portugal.—1355 y 1356 Austria.—1868 Holanda.—3014 Luisiana.—2034 Bolivia.—1503 Vaud.—1776 Valais.—1114 Tesino.—912 Berna.

JURISPRUDENCIA

La obligacion del fiador es á favor del que exige la fianza, y no de otra persona (Sentencia 24 Febrero de 1869).

Cuando uno se constituye fiador de otro y obligado mancomunadamente, estableciendo que el acreedor puede dirigirse contra el deudor y el fiador juntos, ó contra cualquiera de ellos, por el todo de la obligacion, sin ser necesario hacer ántes excusion en los bienes del

otro, es incuestionable que el acreedor puede pedir al fiador el cumplimiento de la obligacion, con arreglo á la ley 1.^a, tít. I, lib. X, Novísima Recopilacion, y 10, tít. XII, Partida 5.^a (Sent. 30 Setiembre 1870).

Cuando la demanda contra el fiador se entabla despues de procederse á la ejecucion formal de los bienes del principal obligado, el cual es declarado insolvente, la sentencia que admite dicha demanda y condena al fiador al pago, no infringe la ley 3.^a, tít. XVIII, lib. III, del Fuero Real, que exige la excusion en los bienes del principal obligado ántes de dirigirse contra el fiador, porque aunque aquél ocultase algo maliciosamente, de ninguna manera puede éste perjudicar los derechos del acreedor, mientras no conste que la ocultacion se hizo con su consentimiento (Sent. 7 Noviembre 1870).

Las leyes 9.^a, 10 y 11, tít. XII, Partida 5.^a, sobre los fiadores, no pueden tomarse en consideracion cuando el pleito versa sobre operaciones mercantiles y se rige por las leyes especiales del comercio (Sent. 26 Junio 1872).

Si la sentencia no niega que el fiador pueda ser reconvenido desde luégo, sin procederse ántes contra el deudor principal, cuando éste fuese notoriamente insolvente, ó cuando el fiador no ha opuesto en tiempo el beneficio de orden ó excusion, ántes bien, reconociendo y sentando esta doctrina, funda, sin embargo, la absolucion en que, segun la extension de la fianza al tenor de la obligacion principal, no podía el fiador ser responsable de ella, no infringe las leyes 1.^a, 8.^a y 9.^a, tít. XII de la Partida 5.^a (Sent. 9 Marzo 1876).

Si no ha sido objeto de la demanda, ni de la contestacion, ni de la sentencia, el orden que debe guardarse para demandar al fiador despues del deudor principal, no puede alegarse como motivo de casacion la infraccion de la ley 9.^a, tít. XII, Partida 5.^a, que establece esta doctrina, porque no pueden tomarse en consideracion leyes que no se refieren á puntos no discutidos en el pleito (Sent. 14 Diciembre 1874).

La denegacion del beneficio de orden y excusion no es atendible cuando el que lo invoca lo funda en la cualidad de fiador que gratuitamente se atribuye, contra el tenor expreso de los términos en que se obligó; y bajo tal supuesto, no son aplicables ni pueden ser infringidos el art. 475 del Código de Comercio y las leyes 9.^a, tít. XII, de la Partida 5.^a, y 3.^a, título XVIII del Fuero Real, por referirse á los simples fiadores, y no á los principales obligados (Sent. 11 Octubre 1875).

COMENTARIO

Recibe el nombre de beneficio de orden ó excusion el derecho que tiene el fiador para obligar al acreedor á que reconvenga primero al deudor principal y haga excusion de los de éste.

Si el principal deudor se hallase ausente, podrá el acreedor dirigirse contra el fiador, pero éste puede pedir un plazo para presentar al primer obligado, cuyo plazo deberá concedérsele.

Si el deudor principal se hubiere ausentado, pero dejare procurador con poder bastante, no podrá tenerse á aquel por ausente para los efectos de esta ley. Así lo entiende Febrero.

El fiador deberá invocar el beneficio de orden ó excusion ántes de la contestacion á la demanda, y en forma de excepcion dilatoria. No propuesta la excepcion en tiempo oportuno, no puede ya tenerse en cuenta. (Véase la sentencia de 9 de Marzo de 1866.) Mas, y si despues de contestada la demanda por el fiador, el deudor principal se hiciera rico, ¿podrá aquél excepcionar el beneficio de orden? Parece lo más justo que pueda alegarse, pues aunque las excepciones dilatorias, dice Gutierrez, deben oponerse ántes de la contestacion á la demanda, esto debe tener lugar respecto de las excep-

ciones nacidas y no de las que nazcan con posterioridad al pleito.

El beneficio de orden puede renunciarse expresa y tácitamente. Esto último tendría lugar si el fiador se hubiere obligado en concepto de deudor principal.

Sin embargo de la renuncia, entienden los autores que cuando se trata de un crédito ilíquido deberá el acreedor, áun cuando el fiador hubiere renunciado á su beneficio, dirigirse primeramente contra el deudor principal.

El beneficio de orden cesa: 1.^o Cuando deudor y fiador se obligaron mancomunada ó solidariamente. 2.^o Cuando el deudor hubiere quebrado ó fuere notoriamente insolvente.

Artículo 1760.—Si dos ó más personas se constituyen simplemente fiadores, sólo pueden ser reconvenidos en la parte que á cada uno corresponda.

Si los fiadores se obligaron solidariamente ó como deudores principales, se entenderá renunciado el beneficio de division que concede el párrafo precedente.

ORÍGENES

Ley 4.^a, tít. XVIII, lib. III, Fuero Real.

Leyes 8.^a y 10, tít. XII, Partida 5.^a

Ley 10, tít. I, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

Conócese bajo el nombre de beneficio de division el derecho que tiene el fiador reconvenido por toda la deuda, para obligar al acreedor á dividir su accion entre los demas fiadores que son solventes al tiempo de la contestacion del pleito, dirigiéndola contra el mismo, solamente á prorata. Para ello es necesario que el fiador reconvenido se haya obligado simplemente, pues de otro modo, esto es, si se obligó solidariamente, cesará este beneficio.

Discuten los tratadistas acerca de si por nuestro derecho existe el beneficio de division. Nosotros creemos haber redactado el artículo de la manera más conforme con las leyes, y de acuerdo con la opinion de Matienzo, de Sala y de Febrero.

SECCION SEGUNDA

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

Artículo 1761.—Todo fiador que lo fuere por mandato del deudor principal, ó por su consentimiento hallándose presente, ó si estando ausente fuere á éste útil la fianza, debe ser indemnizado de los gastos que hizo por razon de la misma, á no ser en alguno de los casos siguientes:

- 1.º Si el fiador paga con intencion de no repetir contra el deudor.
2.º Si la fianza se constituyó en utilidad del fiador.
3.º Si se constituyó fiador contra la voluntad del principal obligado.

ORIGENES

Ley 12, tit. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerta en parte con: Arts. 2028, Código Francia.—1915 Italia.—838 Portugal.—351, tit. XIV, parte 1.ª, Prusia.—11, cap. X, lib. IV, Baviera.—2011 Bolivia.—3021 Luisiana.—Ley 6.ª, tit. XXI, lib. III, Instituta.—Ley 60 de regulis juris.

COMENTARIO

El fiador puede pagar en nombre del deudor: 1.º, por mandato de éste; 2.º, por su consentimiento tácito, como si estando presente no lo contradijo; 3.º, sin su mandato ni consentimiento, si estaba ausente, pero le fué útil al deudor. En cualquiera de estos casos el fiador debe ser indemnizado de los gastos que hubiere tenido que hacer.

Para el cobro de estos desembolsos puede dirigirse el fiador contra el deudor principal sin

necesidad de que el acreedor le ceda sus acciones ni otorge carta de lasto (1), pues el fiador ejercerá la acción de mandato segun expresa Justiniano, ó la de negotiorum gestor, segun Ulpiano.

Las excepciones que consigna el artículo que comentamos no necesitan explicacion.

Artículo 1762.—No estará obligado el deudor á indemnizar los desembolsos que por razon de la fianza haya hecho su fiador, si éste, al ser demandado, dejó de oponer las excepciones que militaban en su favor ó en el del principal obligado.

Si la excepcion fuere puramente personal del deudor ó del fiador, como si fuere el fiador mujer y dejara de excepcionar el sexo, no tendrá aplicacion lo dispuesto en el párrafo precedente.

ORIGENES

Ley 15, tit. XII, Partida 5.ª

COMENTARIO

El fiador deberá hacer uso de las excepciones reales, pero de ningun modo de las que sean personales del deudor principal ó del mismo fiador.

Asi, pues, aun cuando pueda alegarse una excepcion puramente personal del deudor, si dejó de oponerla, no por eso perderá su derecho á ser indemnizado de los desembolsos que se le hayan ocasionado.

(1) Véase la seccion siguiente.

Gutierrez señala una excepcion á esta regla; cuando el deudor principal,—dice,—se ha obligado con una calidad que la rescision ha destruido, se extingue la obligacion de los fiadores, como si el menor se hubiese obligado en clase de heredero y se le hubiese restituído contra la aceptacion de la herencia, puesto que entónces no hay obligacion principal ni aun natural sobre que pueda apoyarse la fianza.

Artículo 1763.—Cuando por mandato de un tercero se constituyere alguno fiador de otro que no esté presente, si llegare á pagar algo por el deudor á quien fió, no podrá repetir contra éste, sinó contra el tercero.

ORIGENES

Ley 13, tit. XII, Partida 5.ª

COMENTARIO

Si el principal estuvo presente y lo consintió, no tendrá lugar lo dispuesto en este artículo, sinó que la obligacion pesará sobre aquél. (Véase nuestro artículo 1761.)

Artículo 1764.—Los derechos y obligaciones que nacen de la fianza se transmiten á

SECCION TERCERA

DE LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE LOS CO-FIADORES

Artículo 1766.—Los co-fiadores quedan obligados en el modo que determina el artículo 1760.

El co-fiador que pagase toda la deuda podrá repetir contra el deudor principal, con arreglo á lo dispuesto en la Sección anterior; y si el pago no lo hizo en nombre de éste, podrá reclamar á cada co-fiador la parte que le corresponda.

ORIGENES

Ley 4.ª, tit. XVIII, Fuero Real.
Ley 11, tit. XII, Partida 5.ª

los herederos respectivamente del deudor principal y del fiador.

ORIGENES

Ley 12, tit. XVIII, lib. III, Fuero Real.
Ley 16, tit. XII, Partida 5.ª

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 2017 Cód. Francia.—1863 Holanda.—334, tit. XIV, parte 1.ª, Prusia.—1499 Vaud.—1638 Neufchatel.—3013 Luisiana.—2030 Bolivia.—Ley 4.ª, tit. I, lib. XLVI Digesto.—Titulo XXI, lib. III, Instituciones.

Artículo 1765.—Las obligaciones del deudor principal para con el fiador no se extinguen porque éste haya pagado al acreedor sin reconvenion judicial.

Si el fiador hubiere pagado ántes del vencimiento del plazo, deberá esperar á éste para repetir contra el deudor principal.

ORIGENES

Ley 12, tit. XVIII, lib. III, Fuero Real.
Ley 16, tit. XII, Partida 5.ª

JURISPRUDENCIA

Lo dispuesto en la ley 11, tit. XII, Partida 5.ª, respecto á fiadores, no puede aplicarse por analogía á una obligacion personal sin haber otro ó más deudores de mancomun ó in solidum (Sent. 20 Octubre 1869).

Artículo 1767.—Cuando el co-fiador haya de dirigirse, segun lo dispuesto en el artículo anterior, contra los demas co-fiadores, deberá reclamar del acreedor la cesion de sus acciones, sin cuyo requisito, al que no

podrá negarse el acreedor, no le será posible repetir contra aquéllos.

ORÍGENES

Ley 11, tit. XII, Partida 5.^a

COMENTARIO

Quando fueren varios los fiadores y no se hubieren obligado solidariamente, cada uno deberá pagar su parte, con arreglo á lo dispuesto en la Sección anterior. Mas si voluntariamente pagare toda la deuda uno solo de los fiadores, puede suceder: 1.º, que la hubiere pagado en nombre del principal deudor: 2.º, que la hubiere pagado en su nombre propio ó en el de los demas co-fiadores.

En el primer caso únicamente tendrá acción contra el deudor principal.

En el segundo caso podrá dirigirse, ó contra el principal deudor, ó contra los demas co-fiadores, á su eleccion; pero para dirigirse contra éstos necesita obtener del acreedor la cesion de sus acciones ó sea la carta de lasto.

La duda más importante á que ha dado lugar esta ley, consiste en saber si se refiere á los fiadores que lo son simplemente, ó á los solidarios, es decir, respecto de cuál de ellos podrá el fiador que pagó en su nombre entablar la reclamacion de lo que á cada uno de los otros corresponda.

Gregorio Lopez se inclina á que la ley habla sólo de los fiadores simples. Otros autores, entre los cuales se hallan La Serna, Montalvan y Gutierrez, entienden que si, estando dos fiadores obligados por mitad, el uno de ellos pagare toda la deuda, no tendrá derecho de pedir la cesion de acciones, y únicamente podrá repetir del acreedor la mitad que pagó indebidamente, si lo hizo ignorando el beneficio de la ley; pero que si lo hizo á sabiendas, nada puede repetir, pues se presume que ha querido hacer una donacion.

Nuestra opinion es contraria á las dos á que nos hemos referido. En nuestro concepto, hablando la ley de fiadores sin determinar si se refiere á los simples ó á los solidarios, ni hacer distincion alguna entre ellos para los efectos de dirigirse contra los demas co-fiadores, deberá reclamarse del acreedor la cesion de sus acciones, sin cuyo requisito, al que no

tos de esta ley, no hallamos fundamento bastante para hacer ó admitir una distincion que ni admite ni hace la ley. Así, pues, creemos que, tanto en el caso en que los co-fiadores lo sean simplemente, como si lo fueren *in solidum*, podrá el fiador que hubiere pagado exigir la carta de lasto y tendrá en su virtud acción para dirigirse contra los otros co-fiadores en demanda de las porciones correspondientes.

Este mismo entendemos que es el espíritu de los modernos Códigos, que además suprimen la carta de lasto, pues basta, segun ellos, el solo hecho del pago para que haya acción contra los co-fiadores, pues el fiador que pagó, hizo el negocio de los otros libertándolos de una obligación á cuyo cumplimiento pudieron haber sido compelidos, y esto es suficiente título para legitimar su acción.

Artículo 1768.—Si el fiador paga, sin designar si lo hace por el deudor ó por los co-fiadores, se entenderá hecho de este último modo si inmediatamente reclama del acreedor la cesion de acciones á que se refiere el artículo precedente.

ORÍGENES

Ley 11, tit. XII, Partida 5.^a

Artículo 1769.—Cuando un co-fiador reclamare de los demas el pago de sus porciones correspondientes, si alguno fuere insolvente, deberá constituir obligación de pagar así que pueda.

ORÍGENES

Ley 11, tit. XII, Partida 5.^a

«Si alguno y ouiesse tan pobre que la non pudiesse estonce pagar, deue tomar dél tal recabdo que le pague cada que pueda.» El proyecto de Código, por el contrario, dispone que la parte que corresponda al insolvente recae sobre todos en la misma proporcion.

ORÍGENES

Ley 4.^a, tit. XVIII, Fuero Real.
Ley 11, tit. XII, Partida 5.^a

CAPÍTULO III

DE LA EXTINCION DE LA FIANZA

Artículo 1770.—La obligación del fiador se extingue por el mero hecho de haberse extinguido la del deudor principal.

ORÍGENES

Proemio y leyes 4.^a y 5.^a, tit. XII, Partida 5.^a

COMENTARIO

El precepto de este artículo es consecuencia necesaria del carácter de la fianza y del objeto y fin que desempeña en la contratacion.

Artículo 1771.—El fiador no podrá pedir judicialmente ser relevado de la fianza, á no ser en alguno de los casos siguientes:

- 1.º Cuando fuere condenado á pagar toda la deuda ó parte de ella.
- 2.º Cuando resulte, segun prudente arbitrio judicial, que la fianza se prorroga demasiado.

3.º Si creyendo espirado el plazo intenta pagar y el acreedor rehusa el cobro, ó si hallándose el acreedor ausente, deposita aquél la cantidad con la formalidad debida.

4.º Cuando cumpliese el término por que se constituyó la fianza.

5.º Si el deudor principal comenzare á malversar sus bienes.

ORÍGENES

Ley 8.^a, tit. XVIII, lib. III, Fuero Real.
Ley 14, tit. XII, Partida 5.^a

COMENTARIO

Los modos generales de terminarse las obligaciones tienen aplicacion al contrato de fianza, del mismo modo que á todos los demas.

Pero al mismo tiempo existen los comprendidos en el presente artículo, cuya sencillez nos releva de explicar minuciosamente cada uno de los casos que comprende.