las especiales siguientes. La de la obligación principal; la de la finca raíz que se afecta al cumplimiento de la misma con designación de sus señales, títulos de pertenencia y cargas que sobre sí tenga; la facultad que el dueño de la cosa conceda al acreedor para que pueda repetir contra ella, si no se le satisface el crédito en la época señalada; los pactos lícitos que los otorgantes estipulen; la entrega de los títulos en propiedad ó que en ellos se anote esta obligación; la evicción y saneamiento; la aceptación del acreedor y la advertencia de que se tome razón de la escritura en el oficio de hipotecas, cuando ella es especial. Esta escritura, lo mismo que la de prenda, suele otorgarse al propio tiempo que la de la obligación principal, en cuyo caso se deben insertar en ésta las cláusulas que se acaban de referir.

§ 6.°

Modo práctico de extenderla.

En México, á tantos de tal mes y año, ante mí el infrascrito escribano y testigos que se expresarán, comparecieron don Ildefonso Ocaña y don Isidoro Puente, mayores de edad y vecinos de esta ciudad, y el primero dijo: que el expresado don Isidoro le tiene prestado la cantidad de mil pesos, como consta de tal escritura (aquí se expresará su fecha y el nombre del escribano por quien estuviese autorizada), y con el objeto de darle la mayor seguridad y en garantía de que los referidos mil pesos se los pagará el día designado en la mencionada escritura de préstamo, otorga: que le da y entrega en prenda un cuadro original, pintado por Murillo, de vara y media de largo y una de ancho, que representa tal cosa, tasado en dos mil pesos; que le confiere ámplia facultad para que, si dentro del término referido no le pagare enteramente los mencionados mil pesos, lo venda por el precio que

entónces tuviere y se reintegre de ellos: que se obliga á la evicción y saneamiento del citado cuadro y en caso de que el precio que se dé de él no alcanzase á cubrir dicho crédito, se obliga también á pagarle el residuo en buena moneda. En vista de lo que, don Isidoro Puente dijo: que aceptaba la escritura en todas sus partes, y que recibia en prenda de su crédito el expresado cuadro, de cuya entrega y recibo doy fé, por haberse hecho en mi presencia y en la de los testigos infrascritos; que se obliga á devolverlo sin demora en el buen estado en que se halla en el caso que don Ildefonso Ocaña le satisfaga en el plazo estipulado los mil pesos que le tiene prestados; que si por no verificarse este pago lo vendiere, se obliga igualmente á entregarle el sobrante del precio que pudiere resultar despues de deducido, el crédito y las costas que para su cobro se le hubieren originado. Al cumplimiento de lo que ambos otorgantes obligan todos sus bienes presentes y futuros. Así lo dijeron y firmaron á quienes doy fé conozco, siendo testigos don N., don N. y don N., vecinos de esta ciudad.—Ildefonso Ocaña.—Isidoro Puente.—Ante mí, Pedro Alonso.

CAPÍTULO XVI.

DE LA ESCRITURA DE FIANZA (1).

§ 1.°

Definición de esta escritura.

La escritura de fianza es aquella en la que se consigna el contrato que lleva este nombre. Este se define diciendo que es el contrato por el cual uno toma sobre sí el cumplimiento de una obligación ajena, para en el caso de que no la cumpla el que la contrajo (2).

(1) Véase con relación á esta materia el Título VI, del Libro 3°, del Código Civil de 1884, y el mismo Título y Libro del de 1870, del Distrito Federal.

(2) Ley 1, tít. 12, P. 5.

La fianza puede ser convencional, legal y judicial. Es convencional la que se contrae por la mera voluntad de las partes; legal la que se exige por la ley, como la que está obligado á prestar el tutor y el usufructuario; y judicial la que se da en virtud de auto de juez, como es la llamada de la ley de Madrid, Toledo y otras de que despues se tratará. La fianza puede otorgarse verbalmente ó por escritura privada; pero el modo ordinario de constituirla es el de la escritura que estamos examinando.

§ 2.°

Naturaleza de la fianza.

El contrato de fianza, lo mismo que los dos anteriores, es accesorio y excluye por consiguiente toda idea de novación. Mas sin embargo, puede constituirse no sólo al mismo tiempo y después que la obligación principal, sino también antes que esta, en cuyo caso se considerará condicional (1). Ella puede tener lugar en toda clase de contratos; pero como lo accesorio no puede subsistir sin lo principal, se requiere para su validez el que la obligación principal no sea nula ó ilícita. Así es que la fianza que recayere sobre deuda contraida por un hijo de familia mayor ó menor que está bajo la patria potestad, sin licencia de su padre ó sobre otro contrato igualmente reprobado, es nulo y de ningún efecto (2). Más si la obligación principal no fuese nula de derecho, aunque capaz de res-

(1) Ley 8, tít. 12, P. 5.
(2) Ley 17, tít. 1, lib. 10 de la N. R.

cisión por algún grave vicio de que adolezca, tampoco lo será la fianza; bien que el fiador podrá rescindirla por medio de la correspondiente excepción.

§ 3.°

Personas hábiles para otorgar esta escritura.

Tienen la actitud legal para otorgar la escritura de fianza por regla general, todas las personas que tienen capacidad para celebrar contratos (1). Exceptuándose sin embargo, los obispos, los religiosos, los clérigos, de órden sacro, lo cuales no pueden ser fiadores sino á favor de otros clérigos, de iglesia ó de personas miserables y desvalidas, bien que si lo fuesen de otras personas, valdrá la fianza en cuanto alcancen sus bienes patrimoniales, aunque sus prelados podrán imponerles penas por haberlo hecho (2). Tampoco podrán ser fiadores los soldados que se hallen en actual servicio ni los labradores, ó por los intereses de la hacienda pública, ni finalmente las mujeres, sino en los casos en que se refiere en el párrafo siguiente (3).

§ 4.°

De la capacidad de las mujeres para otorgar esta escritura.

La mujer no puede salir fiadora por ninguna persona; así es que su fianza es nula, ménos en los casos

(1) Ley 1, tít. 12, P. 5.
(2) Leyes 45, tít. 6, P. 1; y 2, tít 12, P. 5.
(3) Leyes 2 y 3, tít. 12, P. 5; y 2, 3, 7 y 8, tít. 11 lib. 10, de la N. R.

siguientes: 1.° por libertad de un esclavo: 2.° por razón de dote, v. gr., en favor del que la ofrece á otra mujer para que se case: 3.° si cerciorada de que no puede ser fiadora renuncia voluntariamente el derecho que la ley le concede: 4.° si habiendo salido fiadora permanece en la fianza dos años, y después de cumplidos la renueva ó entrega prenda al acreedor para la seguridad del débito: 5.° si recibiere precio por la fianza: 6.° si se vistiese de varon ó hiciere otro engaño para otorgar la fianza en concepto de ser hombre: 7.° si otorgase la fianza por su propia utilidad y provecho, ó si fiare á su mismo fiador: 8.° si saliese fiadora de alguno á quien heredase después (1).

§ 5.°

De las fianzas de las mujeres casadas.

En los casos que se acaban de referir, también puede salir fiadora la mujer casada, con tal, empero, de que para ello haya obtenido la licencia del marido y de que la fianza no se otorgue á favor de éste; pues le está prohibido prestar dicha fianza, aun cuando se diga y alegue que la fianza se convirtió en su utilidad, según lo dispone de un modo expreso y terminante la ley 61 de Toro (2). Acerca de esta ley es oportuno advertir que, en nuestro concepto, es por lo ménos dudoso que puede renunciarse, por la sencilla razón de ser prohibitiva, y por consiguiente más que conceder derecho, impone deberes, los cuales ninguna legisla-

(1) Ley 3, tít. 12, P. 5.
(2) Ley 3, tít. 10, lib. 10 de la N. R.

ción permite se puedan renunciar por solo la voluntad de la persona obligada á cumplirlos, y también y muy especialmente porque si la razón que la ley tuvo presente para establecer esta prohibición, fué la facilidad con que el marido puede influir en el ánimo de su mujer para que salga fiadora por él con notable perjuicio de la sociedad, que tan interesada está en que las mujeres no queden indotadas; es á todas luces evidente que esta misma razón existe con respecto á la renuncia; pues es indudable que el que puede inducir á la mujer para que salga fiadora, puede del mismo modo obligarla á que renuncie la ley que se lo prohibe; y como *ubi eadem est ratio ibi es eadem juris dispositio*, se infiere que la ley que prohibe á la mujer salir fiadora de su marido, prohibe igualmente su renuncia. Por consiguiente, tanto la fianza como la renuncia de la ley 61 de Toro, deben considerarse nulas, por ser en nuestra apinión contrarias á la ley que prohibe hacer lo uno y lo ctro.

§ 6.°

Efectos de la fianza.

Como la fianza es un contrato subsidiario y condicional por naturaleza, según hemos ya indicado, el fiador sólo se obliga en defecto del deudor principal. Por la misma razón de ser accesorio el contrato de fianza, no puede aquél obligarse á más que éste, ni en la cantidad ni en el lugar, ni en el tiempo ni en el modo (1). Pero puede, sin embargo, obligarse más extric-

(2) Ley 7, tít. 12, P. 5.

tamente que el deudor principal; así es que puede el fiador entregar prenda ó señalar hipoteca, aunque el deudor no se haya obligado á lo uno ni á lo otro (1). En una palabra, el fiador puede obligarse, como dice un célebre escritor, más *intensamente*, pero no más *extensamente* ni en cosa diversa que el deudor principal. Por el contrario, él puede obligarse á ménos que el deudor (2), porque nada impide que en la obligación accesoria haya ménos que en la principal.

§ 7.°

Beneficio de los fiadores.

Según lo que en el párrafo anterior tenemos manifestado, el fiador no puede ser reconvenido sino subsidiariamente y en defecto del deudor principal (3). Por esta razón, si el acreedor se dirigiera primero contra el fiador, podrá éste valerse del beneficio de *órden* ó *excusión*, que consiste en pedir el fiador que antes se proceda contra el deudor y sus bienes, á no ser que hubiere renunciado este beneficio, ó que el deudor fuese notoriamente insolvente ó no pudiese fácilmente ser reconvenido, ó el fiador negase maliciosamente la fianza, ó por último, si se hubiese obligado solidariamente ó de mancomún con el deudor principal (4). Si fuesen muchos los fiadores de un mismo deudor por una misma deuda, debe distinguirse si se obligaren simplemente ó so-

(1) Ley 5, tít. 12, P. 5.
(2) Ley 6, tít. 12, P. 5.
(3) Ley 9, tít. 12, P. 5.
(4) Ley 10, tít. 12, P. 5.

lidariamente. Si lo primero, esto es, sin expresar que cada uno se obliga por el todo, ninguno de ellos puede ser reconvenido sino por la parte que le toque según el número de los fiadores (1), de modo que en este caso la obligación ó deuda está dividida *ipso jure* entre los fiadores, por cuyo motivo opinan algunos autores no ser entonces necesario el beneficio de división que se da al fiador, que es reconvenido por el todo de la deuda, para que ésta se distribuya entre sus confiadores. Sin embargo, lo más seguro es que cuando sea reconvenido, oponga la referida excepción de división para que no se crea que la renuncia. Mas si se obligaron solidariamente, esto es, expresando que todos y cada uno se obligaban por toda la deuda, puede el acreedor proceder contra todos los fiadores juntos ó contra cualquiera de ellos en particular, para que le satisfaga la deuda por entero, y pagada por uno quedan los otros libres (2). En este caso ninguno de ellos puede oponer la excepción de división, porque en el hecho de obligarse solidariamente, se entiende renunciada; en su defecto le corresponde el beneficio de carta de *lasto* ó de cesión de acciones, que es el derecho que tiene el fiador reconvenido por la deuda de poder exigir del acreedor al tiempo de hacer el pago, que le ceda las acciones y derechos que tiene contra todos y cada uno de los fiadores, para demandar á éstos con el objeto de reintegrarse de la parte que pagó por ellos (3).

(1) Ley 10, tít. 1, lib. 10 de la N. R.
(2) Leyes 8 y 10, tít. 12, P. 5; y 1, tít. 10, lib. 10 de la N. R.
(3) Ley 11, tít. 12, P. 5.

§ 8.°

Cláusulas peculiares de esta escritura.

Despues de las generales debe la escritura de fianza convencional contener la cláusula en que con claridad y entera exactitud se refiera el contrato ú obligación principal, en la que el otorgante manifiesta su voluntad de constituirse fiador en seguridad de la misma: si fuesen varios los fiadores, se expresarán si lo son *in sólidum*, lo que se colige si renuncian el beneficio de división, por cuyo motivo no deberá hacerse en la escritura semejante renuncia sin mandato expreso de los fiadores; en seguida se consignarán las obligaciones que el fiador contrae y la general de todos sus bienes: Si fuere mujer la que se obliga como fiadora, deberá el escribano hacer constar en la escritura haberla instruido del beneficio que tiene de no poder salir fiadora, y que lo renuncia libremente por su voluntad. Esta declaración puede afirmarse con juramento cuando los otorgantes se convienen en ello. No hacemos mérito de las cláusulas y renuncias que debe contener la fianza que la mujer otorga por su marido, porque según hemos manifestado, es en nuestro concepto contraria á la ley 61 de Toro, y por consiguiente puede sostenerse su nulidad.

§ 9.°

Modo práctico de redactarla.

En México, en tal día, mes y año, ante mí el infrascrito escribano de esta ciudad y testigos que se expresarán, comparecieron don José Pérez y su mujer doña Petra López, mayores de

edad y vecinos de la misma, y usando esta de la licencia marital que de haber sido pedida, concedida y aceptada respectivamente por ambos, doy fé, dijo: que en cinco de Enero de este año, don Antonio González, de esta vecindad dió en préstamo sin interés á don Vicente Arias la cantidad de mil pesos con la condición de que se los habia de pagar el treinta del mes actual si no le presentaba fiador que asegurase su devolución, en cuyo caso le prorrogaba el plazo en que ésta se habia de verificar hasta el dia tantos de tal mes, según consta de la escritura privada de obligación, firmada por el deudor, que el acreedor conserva en su poder; y deseosa de facilitar á aquel el que pueda usar de dicha prórroga, se constituia por su fiadora, renunciando el privilegio de no poderlo ser que la ley concede, y de cuya disposición fué instruida por mí, de lo que igualmente doy fé; y en su consecuencia otorga, que si el mencionado don Vicente Arias no paga el treinta de Abril referido los expresados mil pesos ni se le hallaren bienes suficientes para completarlos, la señora otorgante los satisfará íntegros á don Antonio González, en el momento en que legalmente le haga constar la falacia; y declara (ó jura en debida forma) que para celebrar este contrato y hacer la renuncia que se deja referida, no ha sido violentada, seducida ni engañada por ninguna persona, sino por el contrario, todo lo ha ejecutado de su libre y deliberada voluntad. Por lo que al cumplimiento de esta escritura obligó todos sus bienes presentes y futuros. Así lo dijo y firmó en unión de su marido, que lo hace por razón de la licencia, á quienes doy fe conozco; siendo testigos don N., don N. y don N., vecinos de esta ciudad. —Petra López—José Pérez.—Ante mí, Pedro Alonso.

§ 10.

Escritura de fianza de saneamiento.

Habiendo tratado de la fianza convencional, pasamos á hablar del otorgamiento de las judiciales, empezando por la de saneamiento, de la cual daremos una lijera idea para instrucción del escribano, á pesar

de que en el día esta fianza es de escaso interes porque según la legislación vigente, nadie puede ser preso por deudas civiles, que era precisamente el objeto de la referida fianza. Llámase de saneamiento porque el fiador está obligado á sanear los bienes embargados del deudor, y en su defecto á pagar ó suplir de los suyos el importe de la deuda. Esta fianza debe recibirla el escribano ante quien se despacha la ejecución por cuenta y riesgo del mismo y de su oficio, y no el que va á practicar la diligencia, si no precede consentimiento por escrito del ejecutante, quien deberá conformarse ó darse por satisfecho del fiador para eximir al escribano de la responsabilidad del débito.

§ 11.

De las obligaciones de este fiador.

El fiador de saneamiento debe asegurar: 1.° que los bienes embargados son propios del ejecutado: 2.° que al tiempo del remate serán suficientes no solo para el pago de la deuda, sino tambien de las costas que se causen en su cobro y de la décima donde haya estilo de exigirla: 3.° que la satisfará de todos sus bienes, si se verificase que los bienes embargados no son del deudor, ó bien lo que faltase si estos no fueren suficientes, para cuyos casos hace propia la deuda y se constituye deudor principal.

§ 12.

Cláusulas que debe contener.

Las mismas cláusulas peculiares de la fianza convencional debe tener la de saneamiento, con la diferencia de que en esta se hace una lijera relación del expediente ejecutivo y del mandamiento de ejecución; se manifiesta que su objeto es evitar las molestias y vejaciones del deudor, y á continuación se consignan con sencillez las obligaciones del fiador expuestas en el párrafo anterior. La redacción de esta escritura es en extremo fácil: teniendo presente el modo de extender la convencional, que existe en el párrafo 9.°, á cuya imitación se extenderá la presente, que omitimos por no podernos alargar demasiado en este tratado elemental.

§ 13.

Escritura de fianza de la ley de Toledo y la de la ley de Madrid.

La fianza de la ley de Toledo es la seguridad que presta el acreedor á quien se hace pago de la deuda con el producto de los bienes ejecutados, obligándose y dando fiador que le obligue á la restitución de lo cobrado *con el doble por pena en nombre de intereses*, en caso de que se revoque la sentencia á instancia del deudor. Llámase fianza de la ley de Toledo por haber sido establecida por los Reyes Católicos en dicha ciudad en el año de 1480 (1). La fianza de la ley de Madrid es la seguridad que en la ejecución procedente de sentencia arbitral, de transacciones hechas entre partes por escribano público, y de la sentencia confirmatoria del parecer de contadores nombrados por las partes, presta con fiador la parte vencedora de que

(1) Leyes 1 y 12, tít. 28, lib. 11 de la Nov. Rec.

restituirá lo que por razón de dicha ejecución hubiere recibido, con los *frutos* y *rentas* en caso de que la sentencia de remate fuese revocada á instancia de la otra parte. Dícese fianza de la ley de Madrid por haber sido establecida por los mismos reyes en las Ordenanzas de Madrid de 1502 (1).

§ 14.

Diferencia de una y otra fianza.

De lo expuesto anteriormente se sigue, que la fianza de la ley de Toledo, como la de Madrid, se prestan en los juicios ejecutivos, con la diferencia de que la última se exige en las ejecuciones que dimanan de sentencias arbitrales, transacciones y juicios de contadores y la primera en las que procedan de otros instrumentos: la de Madrid tiene por objeto la restitución de lo cobrado con los frutos y rentas, y la de Toledo la restitución de lo cobrado con el doble por vía de interes en caso de la revocación de la sentencia.

§ 15.

Cláusulas de esta escritura.

Hecha la relación en la escritura del expediente ejecutivo y de la sentencia en que se ordena prestar la fianza, se expresará la voluntad del otorgante en constituirse fiador por el ejecutante, la obligación que contrae de restituir lo cobrado con sus frutos y rentas, si la fianza fuere de Madrid, ó con el doble por vía de

(1) Leyes 4 y 9 y la nota, tít. 17 de la Nov. Rec.

intereses si de Toledo, en el caso de la revocación de la sentencia y de no restituirlo el ejecutante ó principal obligado.

§ 16.

Modo práctico de extender esta fianza.

En México, á tantos de tal mes y año, ante mí el infrascrito escribano del número y testigos que se expresarán, compareció don Pedro Gutiérrez, mayor de edad y vecino de la misma, y dijo: que don Antonio Gómez siguió autos ejecutivos contra don Vicente Arnaiz, ante el señor don N., juez de primera instancia de esta, por tanta cantidad, que le estaba debiendo en virtud de papel reconocido (y si fuese de Madrid en virtud de escritura de transacción ó de la sentencia arbitral que deberá especificarse), en los cuales pronunció sentencia de remate ante mí tal día, mandando expedir el correspondiente mandamiento de pago, y que para ponerlo en ejecución diese el actor la fianza prevenida en la ley de Toledo (ó en la de Madrid), la que estaba dispuesto á constituir; en cuya atención otorga: que si la referida sentencia de remate fuese revocada por la superioridad y condenado don Antonio Gómez a la restitucion de la expresada cantidad que en su virtud hubiese cobrado, lo devolverá en el momento en que sea requerido, con la doble por pena en nombre de intereses (si fuese de Madrid la devolverá con sus frutos y rentas); y por si no lo cumpliese así, se obliga el otorgante á satisfacerlo él mismo sin la menor excusa ni demora, haciendo propia la deuda agena. Al cumplimiento de lo que obliga todos sus bienes presentes y futuros. Así lo dijo y firmó á quien doy fé conozco, siendo testigos don N., don N. y don N., vecinos de esta ciudad. —Pedro Gutiérrez.—Ante mí, Pedro Alonso.

§ 17.

Escritura de la fianza de la haz.

Entiéndese por fianza de la *haz* la de estar á derecho, la de estar á las resultas del juicio y pagar lo juz-