

4.º Cuando el deudor no puede ser demandado judicialmente dentro del territorio de la República; porque la ley que ha querido beneficiar al fiador no puede autorizar la injusticia de que el acreedor quede burlado en sus derechos, con grave perjuicio de su patrimonio, por las dilaciones que demanda y las dificultades que origina la prosecución de un litigio en el extranjero.

Además la ley otorga el beneficio de excusión en cuanto satisface los intereses del fiador y del acreedor, impidiendo que el uno sufra un menoscabo en su patrimonio en cambio de un servicio gratuito que prestó, y haciendo que el otro se reembolse íntegramente de su crédito sin grande demora lo cual no se puede obtener cuando el deudor no puede ser demandado dentro de la República.

5.º Cuando el negocio para que se prestó la fianza, sea propio del fiador, pues entonces cesa la razón de la ley que motivó el otorgamiento del beneficio de excusión.

6.º Cuando se ignora el paradero del deudor, siempre que llamado éste por edictos, no comparezca, ni tenga bienes embargables en el Distrito ó en la California.

La razón es fácilmente perceptible, porque en tal caso no se puede llenar el requisito que la ley exige para que el beneficio de excusión aproveche al fiador, la designación de bienes del deudor que se hallen dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago.

Creemos que hay una verdadera contradicción entre el precepto que declara, que no procede la excusión cuando se ignora el paradero del deudor y no tiene bienes embargables en el Distrito y la California, y el artículo 1,845 del Código, que exige como requisito esencial para que aproveche aquel beneficio, que el fiador designe bienes del deudor, que se hallen dentro del distrito judicial en que se debe hacer el pago; porque el primero supone que si el deudor tiene bienes embargables dentro del Distrito y de la California, procede la excusión aunque no estén situados dentro

del distrito judicial en que debe verificarse el pago, mientras que el segundo supone lo absolutamente contrario.

Tan evidente contradicción sólo puede conciliarse, aunque no de una manera satisfactoria, diciendo que el primero de los preceptos aludidos se refiere al caso de ausencia del deudor principal, y el segundo á aquel en que éste se halle presente.

Si aceptamos esta conciliación tan poco satisfactoria, tendremos como resultado una inexplicable inconsecuencia de la ley, porque hace de mejor condición al fiador cuando el deudor principal se halla ausente, que cuando se halla presente, toda vez que en este caso sólo procede la excusión cuando los bienes del deudor se encuentran dentro del distrito judicial en que se debe hacer el pago.

Un ejemplo nos hará comprender más fácilmente lo expuesto.

Si un individuo es fiador de otro que tiene bienes embargables en el distrito de Tlalpan, no puede pretender la excusión de ellos si el pago debe hacerse en el distrito judicial de México; pero si se ignora el paradero del deudor, se le cita por los periódicos sin obtener su comparecencia, procede la excusión en los bienes situados en aquel distrito.

Inútilmente se buscará el motivo que autorice y justifique la limitación puesta al beneficio en el primer caso y su amplitud en el segundo.

Para que proceda la excusión en éste es indispensable que se llenen tres requisitos que exige la ley, los cuales deben concurrir simultáneamente:

- 1.º Que se ignore el paradero del deudor principal:
- 2.º Que se le haya llamado por edictos y no comparezca:
- 3.º Que tenga bienes embargables en el Distrito ó en la California.

Puede acontecer que el deudor garantice el cumplimiento de la obligación mediante la fianza de una sola ó de varias personas, sin que por ello se alteren los efectos jurídi-

cos de este contrato, pues se rige por las mismas reglas que hemos establecido para el caso en que interviene un sólo fiador.

Sin embargo, cuando son varios los fiadores gozan de un beneficio que debe su origen al derecho Romano, y que se designa bajo el nombre de *beneficio de división*.

Según ese derecho, cuando intervenían varios fiadores de un mismo contrato, cada uno estaba obligado *in solidum*, porque respondía por la misma obligación que había contraído el deudor, ó lo que es lo mismo, debían satisfacer en defecto de éste el total de las obligaciones que se había impuesto; pero el rescripto del emperador Adriano les concedió el beneficio de que la acción del acreedor se dividiera entre todos los fiadores que fueran solventes al tiempo de la contestación de la demanda, de manera que el total debía ser satisfecho á prorata por todos.¹

Así, pues, el beneficio de división consiste en el derecho que tiene el fiador, demandado por el total de la obligación, para que el acreedor divida su acción entre todos los fiadores para que paguen á prorata.

Este beneficio no producía su efecto *ipso jure*, sino que era preciso que se alegara por vía de excepción por el fiador demandado, pues si cada uno de los fiadores respondiera sólo por la parte que le correspondía no podrían ser obligados á pagar la de los que resultaran insolventes, siendo así que se hallaba establecido lo contrario.

Nuestra antigua legislación no siguió en todas sus partes al derecho Romano en esta importante materia, pues la ley 8.^a tít. 12. Partida 5.^a, estableció que, cuando se obligan los fiadores cada uno por el todo, puede exigir el acreedor de cada uno de ellos ó de todos juntos el total de la obligación; pero que sí se obligan simplemente, sin expresar que

¹ Leyes 26, tít. 1, lib. 46, D. y 3, tít. 41, lib. 8, Cód.

es por el todo, el acreedor sólo puede exigir de cada uno la parte que le corresponde.

Posteriormente se promulgó la ley 10, tít. 1.^o lib. 10, de la N. R. que declara, que cuando dos personas se obligan simplemente para hacer y cumplir alguna cosa, se entienden obligadas cada una por la mitad, á no ser que se obligaren *in solidum*; cualesquiera que fueren las leyes del derecho común que establecieren lo contrario.

Estas leyes dieron motivo á grandes discusiones entre los jurisconsultos acerca de si la última era derogatoria de la primera, y si cuando se obligaron los fiadores solidariamente gozaban ó no del beneficio de división.

Por fortuna, nuestro Código nos ha alejado de esas discusiones y de las dificultades que suscitaban, aceptando por completo los principios del derecho Romano, pues establece la solidaridad de los cofiadores, les concede el beneficio de división y declara, que éste no produce efecto por ministerio de la ley, sino mediante la instancia de ellos.

En efecto: el artículo 1,857 del Código declara, que si son varios los fiadores de un deudor por una sola deuda, responderá cada uno de ellos por la totalidad de aquella, no habiendo convenio en contrario; pero si sólo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar á los demás para que se defiendan juntamente, ó de igual modo y en la proporción debida estén á las resultas del juicio.¹

Los jurisconsultos modernos han procurado encontrar la razón de la diferencia que existe, según la teoría que acabamos de exponer, entre los fiadores y los deudores mancomunados, y la reprochan como contraria á los principios fundamentales que rigen las obligaciones conjuntivas, y como destituida de todo fundamento jurídico.

En efecto: cuando muchas personas se obligan conjuntamente por una misma deuda, cada una queda obligada á

¹ Artículo 1,741, Código civil de 1884.

prorata, porque la solidaridad no se presume; mientras que los fiadores quedan obligados solidariamente, ó lo que es lo mismo, por el total de la obligación, de pleno derecho y sin necesidad de un convenio expreso.

En consecuencia, resulta que la división se verifica de pleno derecho entre los deudores, y que entre los fiadores es un beneficio que necesitan alegar para que produzca efectos jurídicos.

Pothier, siguiendo á Vinnio, explica la razón de esta diferencia diciendo, que es de la fianza que el fiador se obligue á todo lo que debe el deudor principal, y por consiguiente, que se estime que cada uno de los fiadores contrae tal obligación, si no manifiesta que sólo se obliga en parte. Y luego agrega, que cada fiador es verdaderamente deudor del total de la deuda antes de que se decrete por el juez la división en virtud de la excepción opuesta por alguno de los fiadores, y por tanto, que si alguno pagó el importe total de la obligación, no tiene derecho para exigir del acreedor la restitución de las partes de los demás, porque pagó lo que debía.¹

Esta explicación se ha estimado insuficiente, porque no contiene una razón científica y aceptable, y por lo mismo, sostiene la mayoría de los autores que la solidaridad de la obligación de los fiadores conjuntos es enteramente anormal y extraña á los principios que rigen á las obligaciones solidarias.

No tiene lugar entre los fiadores el beneficio de división, según el artículo 1,859 del Código civil:²

1.º Cuando se renuncia expresamente; pues en tal caso conserva la obligación de los fiadores el carácter de solidaria que le atribuye la ley, y por tanto, son libres para renunciar los beneficios que ésta les otorga:

1 Des obligations núm. 126

2 Artículos 1,743 Código Civil de 1884.

2.º Cuando cada uno se obliga mancomunadamente con el deudor:

3.º Cuando alguno ó algunos de los fiadores son concursados ó se hallan insolventes.

En estos casos se debe dividir la cuota del concursado ó del insolvente entre los demás fiadores á prorata (Artículo 1,874 y 2,875, Cód. civ.):¹

4.º Cuando el negocio para que se prestó la fianza sea propio del fiador ó de los fiadores requeridos de pago:

5.º Cuando alguno ó algunos de los fiadores no puedan ser demandados judicialmente dentro del territorio de la República, ó se ignore el paradero de ellos, y llamados por edictos, no comparecen, ni tienen bienes embargables en el Distrito ó en la California.

Estas excepciones son exactamente las mismas que señala el artículo 1,843 del Código para la procedencia del beneficio de excusión, y se fundan en las mismas razones que expusimos al ocuparnos de este precepto.

De lo expuesto se infiere, que para la procedencia del beneficio de división es necesario:

1.º Que los fiadores garanticen la obligación de un mismo deudor:

2.º Que sean solventes:

3.º Que no hayan renunciado el beneficio de división.

Se infiere por lo mismo, que el beneficio de división no puede tener lugar entre los fiadores y los testigos que abonaron su idoneidad y solvencia, porque garantizan una deuda distinta que aquellos, ó lo que es lo mismo, no garantizan la deuda del deudor principal, sino la de los fiadores; y por la misma razón, tampoco procede la división entre los diferentes fiadores de varios deudores solidarios, pues cada uno garantiza una obligación distinta.

La excepción que nace del beneficio, cuyo estudio hace.

1 Artículos 1,728, y 1,729 Código Civil de 1,884.

mos, es dilatoria, según el artículo 63 del Código de Procedimientos de 1,872, y el 52 del de 1,880, y por consiguiente, sólo puede oponerse dentro de seis días, contados desde el siguiente á la notificación del decreto en que se mandare contestar la demanda. ¹

En otros términos, la excepción que nace del beneficio de división debe oponerse antes de contestarse la demanda, y si se deja pasar el término que con tal objeto señala la ley, ó se contesta aquella sin alegar dicho beneficio, se tiene por renunciado y no puede pretender el fiador la división.

No creemos jurídica la clasificación que el Código de Procedimientos ha hecho enumerando la división entre las excepciones dilatorias, pues su objeto no es impedir el curso de la acción sino destruirla, al menos en parte, cuya circunstancia constituye la naturaleza esencial de las excepciones perentorias, según los arts. 62 y 51 de los Códigos de 1,872 y 1,880. ²

Es cierto que algunos autores, como Gutiérrez Fernández, han sostenido que la división es una excepción dilatoria, pero también lo es que la mayoría de los jurisconsultos defienden la opinión contraria.

Escribese se expresa acerca de ella en los términos siguientes: "La excepción de división es perentoria, y sigue por consiguiente las reglas de las excepciones de esta clase"; y Pothier dice: que en la excepción de división tiene más de las excepciones perentorias que de las dilatorias, toda vez que tiende á excluir enteramente la acción del acreedor respecto del que la opone hasta la concurrencia de las partes de la deuda que deben pagar los demás cofiadores. ³

Esta teoría es la del mayor número de los jurisconsultos modernos, y la que nos parece más conforme con los principios fundamentales del derecho. ⁴

¹ Artículo 28, Código de Procedimientos de 1884.

² Artículo 27, Código de Procedimientos de 1,884.

³ Des obligations, núm. 425.

⁴ Durantón, tomo VIII, núm. 348; Pont, tomo II, núm. 198 y 200; Laurent, tomo XXVIII, núm. 223; Colmet de Santerre; tomo VIII, núm. 257, *bis* IX; Troplong, núm. 295.

Separándose el Código de los principios del Derecho Romano, que imponían á los fiadores la obligación de probar la solvencia de sus cofiadores cuando alegaban el beneficio de división, nada establece á este respecto; de donde se infiere, que el fiador demandado no tiene prueba alguna que rendir, y que el acreedor es quien tiene que acreditar la insolvencia de aquellos al oponerse á la división. ¹

Fundamos nuestra opinión en la circunstancia de no contener ninguna determinación expresa el Código, y en la de haber declarado éste en el artículo 1,858 que no procede el beneficio á que aludimos cuando los fiadores son insolventes; lo cual quiere decir, que se debe demostrar la existencia de este estado de los responsables para que se deseché el beneficio, y por tanto, que le incumbe la prueba al acreedor que se opone á la procedencia de él. ²

El beneficio de división, como ya hemos dicho, tiene por objeto que el acreedor divida su acción entre todos los fiadores para que paguen á prorata, y produce el efecto de que el fiador que hace uso de él, sólo responda por la parte del fiador ó fiadores insolventes, si la insolvencia es anterior á la petición; y ni aún por esa misma insolvencia si el acreedor voluntariamente hace el cobro á prorata sin que el fiador lo reclame (Artículo 1,860, Cód. civ.), ³

La razón es bastante clara, porque el beneficio de división no tiene efecto retroactivo, sino que produce el que le atribuye la ley desde el día en que lo pone en ejercicio el fiador, y por tanto responde éste proporcionalmente de la insolvencia anterior de sus fiadores. En otros términos: la razón es porque el beneficio de división sólo produce efecto desde el día en que se alega por el fiador.

No responde éste por la insolvencia anterior de sus cofiadores cuando el acreedor divide voluntariamente su ac-

¹ Instituta, tít. 20 lib. 3, § 4.

² Artículo 1,742, Código civil de 1884.

³ Artículo 1,744, Código Civil de 1,884.

ción, porque haciéndolo ha renunciado al derecho que tenía de exigir á todos y cada uno solidariamente el cumplimiento de la obligación.

Resulta, pues, que existe una notable diferencia entre los efectos que produce el beneficio de división opuesto por el fiador, y los que se obtienen por la división que resulta de la voluntad del acreedor; pues el beneficio no liberta al fiador de las partes que corresponden á sus cofiadores insolventes sino desde el día de la petición, mientras que la división hecha voluntariamente por el acreedor le libra de las porciones que debieran pagar los fiadores insolventes, aunque su insolvencia sea anterior á la demanda.

La razón de la diferencia consiste, en que en el segundo caso el acreedor divide su acción voluntariamente, con conocimiento de causa, ó lo que es lo mismo, sabiendo que alguno ó algunos de los fiadores se hallan en la insolvencia, y por consiguiente, demuestra con su conducta que renuncia á su derecho para exigir el importe total de la deuda de todos ó de cada uno de los fiadores. ¹

Como la fianza es un contrato accesorio que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación, puede acontecer que recaiga sobre alguna que tenga por objeto la prestación de un hecho; pero como en tal caso pudiera suceder que el fiador careciera de las aptitudes necesarias para cumplir la obligación, la ley ocurre á esta dificultad declarando que queda libre de ella pagando los daños y perjuicios, ó haciendo que un tercero preste el hecho, en cuanto sea posible la sustitución y á su costa (Artículo 1,542 y 1,849, Cód. Civ.). ²

Creemos enteramente inútil esta declaración que es solamente la repetición del principio establecido en el artículo 1,542 del Código, cuyo estudio hicimos en el artículo II, lección 3.ª de este tratado, principio que es fundamental, y por lo mismo aplicable á todos los contratos.

¹ Laurent, tomo XXVIII, núm. 228; Poxt, tomo II, núm. 222.
² Artículos 1,426 y 1,733, Código civil de 1884.

La naturaleza esencialmente accesoria de la fianza, que depende de la existencia y validéz de la obligación principal, conduce á una consecuencia importante. El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que son inherentes á la obligación principal, pero no las que son personales del deudor. (Artículo 1,840, Cód. Civ). ¹

En otros términos: los medios que destruyen la obligación principal, cuando resultan de la naturaleza misma del contrato, destruyen también la fianza; pero si son inherentes á la persona del deudor, sólo el puede utilizarlas, y de ninguna manera las puede oponer el fiador.

Así, pues, el fiador puede alegar al acreedor las excepciones que nacen de los vicios de nulidad ó rescisión de la obligación principal contraída por error, dolo ó violencia; porque tales vicios son inherentes al contrato, por ellos no puede existir, y por tanto, tampoco puede tener existencia la fianza, accesorio de ese contrato.

Pero hay excepciones puramente personales del deudor, como la menor edad, la interdicción y la incapacidad de la mujer casada, que, como hemos dicho, no puede oponerlas el fiador, quien á pesar de la ineficacia de la obligación principal queda válidamente obligado por las razones que expusimos en el artículo I de esta lección.

El principio á que aludimos ha servido de fundamento á los autores para distinguir las excepciones que competen al deudor, en reales y personales, y para establecer que el fiador sólo puede alegar las primeras, pero no las segundas.

Ya hemos explicado cuales son las diferencias características entre una y otra especie de excepciones, y para evitar una inútil repetición remitimos á nuestros lectores el artículo VI lección 2.ª de este tratado, y nos limitamos á advertir que existe una diferencia capital entre las excepciones que allí llamamos personales, refiriéndonos á las obligaciones so-

¹ Artículo 1,724 Código civil de 1,884.

lidarias y las que con tal nombre se designan relativamente á la fianza; porque en aquellas los vicios del consentimiento de uno de los deudores constituyen excepciones puramente personales de él, que sus codeudores no pueden oponer, en tanto que el fiador puede oponerlas como inherentes á la obligación principal.

En otros términos; las excepciones que nacen de los vicios del consentimiento son puramente personales del deudor de obligación solidaria; pero son reales respecto del fiador y puede oponerlas al acreedor.

La razón de la diferencia consiste, en que las obligaciones de los deudores solidarios son principales, y existen tantos vínculos distintos cuantos son aquellos. Por el contrario, la fianza es una obligación accesoria, que no puede existir sin la principal.

Cuando el deudor y el acreedor transigen, y la transacción contiene cláusulas ó condiciones ventajosas al fiador, le aprovechan y puede hacerlas valer, pero no le perjudican; porque la transacción que recae sobre la obligación principal alterando su cuantía ó su naturaleza produce una excepción real que puede invocar el fiador, según hemos dicho. (Artículo 1,854, Cód. Civ).¹

Duranton sostiene que en el caso indicado ni aun podría renunciar á la excepción, porque si el fiador estuviera obligado á pagar la deuda primitiva, á su vez exigiría al deudor el reembolso de lo que hubiera pagado, y de esta manera quedaría éste privado del beneficio que le resultaba de la transacción.

En consecuencia, podemos establecer, que el fiador es libre para aprovecharse de la transacción celebrada por el deudor, si de ella le resulta algún beneficio; pero que no le obliga de ninguna manera si le perjudica y no ha prestado su consentimiento para su celebración.

¹ Artículo 1,738, Código civil de 1,884.

De la misma manera, la transacción celebrada entre el fiador y el acreedor, aprovecha, pero no perjudica al deudor principal: esto es, no le obliga á reembolsar al fiador en la porción en que hubiere hecho más onerosa la obligación.

Por una razón que no alcanzamos á comprender, y faltando al buen orden que, en general, preside en el Código, insertaron sus autores dos preceptos entre los que se refieren á los efectos de la fianza con relación al acreedor y al fiador, que fijan cuales deben ser los que produce respecto de éste y el deudor.

Para evitar la confusión que produce ese error, reservamos el estudio de los artículos 1,853 y 1,858 del Código, para el artículo siguiente.

IV

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

Vamos á estudiar en este artículo las relaciones jurídicas que crea la fianza entre el deudor y el fiador para fijar los derechos y obligaciones de uno y otro.

La fianza, dicen los autores, es un contrato que crea relaciones entre las tres personas que en él intervienen. Entre el acreedor y el deudor existe una obligación principal que garantiza la fianza: entre el acreedor y el fiador el contrato de fianza; y entre el segundo de éstos y el deudor existe el mandato y la gestión de negocios.

Es consecuencia de la naturaleza de la obligación que existe entre el fiador y el deudor, que sus efectos estén regidos por las mismas reglas que el contrato de mandato y la gestión de negocios; y por lo mismo, que cuando aquél