

TITULO DECIMOTERCERO

De la fianza

ARTÍCULO 2793. Los demás derechos y obligaciones de las partes, en la compra de esperanza, serán los que se determinan en el título de compra-venta.

La compra de esperanza se rige por las disposiciones del título de la compra-venta, o sean los aa. del 2248 al 2326, porque la naturaleza del objeto del contrato de compra de esperanza no la convierte en un contrato distinto, sino sólo en una modalidad de la compraventa. Esto hace que sea opinable la ubicación de los preceptos relativos en diferentes títulos del código.

S.T.A.R.

TITULO DECIMOTERCERO

De la fianza

CAPITULO I

De la fianza en general

ARTÍCULO 2794. La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

La fianza es un contrato de garantía, que encuentra su base en el crédito personal. El fiador se compromete con el acreedor a cumplir por el deudor, si éste no lo hace.

La fianza es un negocio jurídico accesorio, supone necesariamente una deuda principal cuyo cumplimiento asegure y garantice el fiador. Este no se obliga a título principal, con respecto al acreedor, sino solamente ante la previsión del incumplimiento del deudor. Se compromete para el supuesto de que el deudor no pague.

El fiador contrae un compromiso personal; su obligación surgida del contrato de fianza es distinta de la que une al acreedor y al deudor principal pues procede de otra fuente.

El fiador se obliga a responder de una deuda ajena, con el propio crédito, asegura el cumplimiento de una obligación contraída por otra persona distinta. Sabido es que nadie puede ser fiador de sí mismo.

En los términos de este artículo, la fianza se perfecciona por el acuerdo de voluntades de fiador y acreedor. La voluntad del fiado no es menester, pues la fianza puede ser constituida a pesar de que éste la contradiga (Véase a. 2796).

Como la ley no establece formalidad para la validez de este contrato, puede afirmarse que es consensual, bastando el solo consentimiento, cualquiera que sea la manera en que se manifieste.

C.L.V.

ARTÍCULO 2795. La fianza puede ser legal, judicial, convencional, gratuita o a título oneroso.

Por el origen al que la garantía debe su otorgamiento, el código distingue entre fianza legal, judicial y convencional.

La fianza legal se presenta cuando la ley obliga al deudor a proporcionar al acreedor un fiador. La fianza judicial es aquella en que a virtud de mandamiento judicial, se ordena, a una de las partes litigantes, proporcione fiador, para fines del procedimiento. Por último, la fianza convencional tiene lugar cuando por acuerdo de las partes, procura un fiador al acreedor.

Algunos juristas opinan que la fianza legal y la judicial no tienen características contractuales; sin embargo, otros piensan que en todos los casos la fianza es una garantía convencional: surge de un contrato libremente concertado entre el acreedor y el fiador; nadie es fiador sin haberlo querido.

Se sostiene que la clasificación de la fianza en legal, judicial y convencional, no quiere decir que sólo la convencional sea un contrato y la fianza legal o judicial no lo sea, sino que ello significa que en la fianza convencional no existe, antes de celebrar el contrato de fianza, ninguna obligación de constituir la mencionada garantía, en tanto que en la fianza judicial o legal, antes de celebrar el contrato existe ya la obligación de otorgar esa garantía personal. (Sánchez Medel, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 1984, p. 388).

La fianza judicial no debe confundirse con la ordenada por la autoridad judicial en virtud del precepto expreso de la ley o en virtud del convenio. En estos casos no existe fianza judicial, porque el juez o tribunal que la ordena, no la impone por su propia autoridad, sólo condena al obligado a prestarla, porque así lo exige la ley o la convención.

Puede afirmarse que el interés de distinguir entre fianza convencional, legal y judicial radica en que la primera es menos rigurosa que las dos últimas, y es que éstas tienen por objeto asegurar importantes intereses que están salvaguardados por la sociedad. Por esta razón el fiador judicial como el legal no gozan de los beneficios de orden y de exclusión (véase a. 2855), y deben acreditar su solvencia, si van a garantizar el cumplimiento de una obligación cuya cuantía exceda de mil pesos, con bienes raíces inscritos en el RPP (véase a. 2850).

La fianza puede ser gratuita u onerosa. Gratuita es la prestada por el fiador como un acto de beneficencia, sin recibir a cambio remuneración; pero esta

gratuidad no debe entenderse como un acto de beneficencia a favor del acreedor, sino en favor del deudor principal.

La fianza es onerosa cuando el fiador recibe, por prestarla, una retribución. A este respecto cuando el fiador no consiente en obligarse, sino mediante una suma más o menos importante pagada por el acreedor, el contrato de fianza se semeja al "seguro", aunque difiere fundamentalmente en que el fiador garantiza el cumplimiento de las obligaciones del deudor, mientras que el asegurador asume la obligación de pagar al asegurado o al beneficiario una suma de dinero estipulada en el caso de que se produzca un daño por un hecho o siniestro.

C.L.V.

ARTÍCULO 2796. La fianza puede constituirse no sólo en favor del deudor principal, sino en el del fiador, ya sea que uno u otro, en su respectivo caso, consienta en la garantía, ya sea que la ignore, ya sea que la contradiga.

La fianza puede constituirse no sólo en favor del deudor principal, sino en el del fiador, porque éste es a su vez un deudor, y su obligación puede asegurarse. La doctrina, en este caso, suele hablar de fianza simple y fianza doble o subfianza: la primera se establece para asegurar el cumplimiento de la obligación principal; y, la segunda para garantizar una fianza anterior (la solvencia del fiador). El subfiador es un fiador subsidiario: aquél pagará, si el fiador, cuando esté obligado no paga; es un fiador del fiador.

Para la celebración de la fianza sólo se requiere del acuerdo de voluntades del acreedor y el fiador, la voluntad del "deudor principal" es innecesaria (Véase a. 2794); por consiguiente, la fianza, lo mismo que la subfianza, puede constituirse consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo el fiado. Como no se presta en favor del fiado, sino del acreedor —por más que de la fianza obtenga aquél un indudable servicio— se comprende que la constitución de la misma no dependa del consentimiento del fiado.

El primer fiador se encuentra en la subfianza en el mismo caso que el principal deudor en la fianza garantizada por ella, y estando dicha subfianza constituida en beneficio del acreedor y no del deudor, no es necesario el consentimiento de éste para la creación del nuevo vínculo jurídico, no pudiendo impedirlo, ni su ignorancia ni su contradicción. (Véase Manresa y Navarro, José María, *Comentarios al código civil español*, 3a. ed., Madrid, Reus, 1920, t. XI, p. 200).

C.L.V

ARTÍCULO 2797. La fianza no puede existir sin una obligación válida.

Puede, no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado.

La fianza es un contrato accesorio, que precisa de una obligación válida para existir o subsistir, porque lo accesorio no tiene vida propia o independiente. Consecuencia de esto es que la obligación accesoria corre la misma suerte que la principal contraída por el deudor; si ésta es inexistente, lo será también la otra, y si sólo fuera anulable la obligación principal, anulable sería igualmente la accesoria de la fianza. Esta dependencia se manifiesta no sólo en el momento inicial de la obligación principal y de la accesoria, sino en todo el curso de la vida de ambas.

Sin embargo, hay que distinguir, al tenor del segundo párrafo de este artículo, si la nulidad de la obligación principal es sólo reclamable a virtud de una excepción puramente personal del obligado, pues entonces siendo la excepción exclusiva del obligado sólo éste puede pedir la declaración de nulidad de la obligación principal, y si no lo hiciera, la obligación principal, y con ella la fianza, producirá efectos (véase a. 2227), sin que pueda oponerse a ello el fiador; si por lo contrario, no es personal del deudor la excepción, entonces podrá el fiador reclamar, la nulidad de la obligación citada, como interesado que es en su subsistencia o insubsistencia. En los casos en que la nulidad sólo pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado, si éste la intenta y el juez la declara, la fianza se extinguirá, como consecuencia de haberse extinguido también la relación jurídica principal (véase Manresa y Navarro, José María, *Comentarios al código civil español*, 3a. ed., Madrid, Reus, 1920, t. XI, pp. 207 a 209).

C.L.V.

ARTÍCULO 2798. Puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida.

No es necesario que la deuda por afianzar exista cuando se otorga la fianza; pues así como puede ser objeto de un contrato una cosa futura (véase a. 1826), puede garantizarse el cumplimiento de una obligación futura. En este supuesto, la existencia de la fianza dependerá del surgimiento de la obligación principal. El fiador se obliga para el caso de que la obligación futura llegue a existir.

El código admite, la constitución de la fianza sobre deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, pero en tal caso no podrá exigirse responsabilidad al fiador, sino hasta que la deuda garantizada sea líquida. Esto se justifica por el carácter accesorio de la fianza (véase a. 2794), y por las reglas del pago (véase segundo párrafo del a. 2078). La exigibilidad de la fianza depende de que lo sea la obligación principal, y el pago de ésta sólo es exigible, si es líquida. En efecto, es indispensable que la deuda principal sea líquida y exigible, para que a su vez, pueda ser reclamable del fiador. Además, la cuantía de la obligación exigible al fiador depende de la que se fije a la obligación principal.

C.L.V.

ARTÍCULO 2799. El fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal. Si se hubiere obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor. En caso de duda sobre si se obligó por menos o por otro tanto de la obligación principal, se presume que se obligó por otro tanto.

Del carácter accesorio de la fianza resultan, entre otros efectos, el previsto en este artículo.

El fiador puede obligarse por menos o en condiciones menos onerosas que el deudor principal, pero no por más: *non plus in accensione esse potest quam in principali re*, o sea: lo accesorio no puede exceder de lo principal)

Según algunos autores, el *plus* en el afianciamento puede significar que el fiador se obligue a más: *re* (en cuanto a la cosa), cuando garantizase mayor cantidad que la debida por el deudor principal; *tempore*, si se compromete a pagar antes del vencimiento de la obligación principal; *loco*, si se obliga a pagar en lugar más favorable al acreedor; y, *causa*, si variare la forma de la obligación principal, respondiendo puramente, de una obligación condicional (Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español común y foral*, 5a. ed., Madrid, Reus, 1941, t. III, p. 361).

Cuando el fiador se obliga a más que el deudor principal, su obligación no es nula, sino que se reduce, de pleno derecho, a los límites de la obligación principal, a virtud del principio de la conservación del contrato.

A este respecto, nuestro derecho, es menos ríguoso que el romano, donde, por su carácter *stricti iuris*, la fianza *in duriozem causam* (con efecto más pesado) era totalmente nula. (Floris Margadant, Guillermo, *El derecho privado romano*, 7a. ed., México, Esfinge, 1977, p. 386).

En caso de duda sobre si el fiador se obligó por menos o por el importe de la obligación principal, se presume *iuris tantum*, que se obligó por el importe de

ésta, pues lo común es que el fiador garantice el pago de la obligación contraída por el fiado y el pago consiste en el cumplimiento de la obligación que éste hubiere prometido.

C.L.V.

ARTÍCULO 2800. Puede también obligarse el fiador a pagar una cantidad en dinero, si el deudor principal no presta una cosa o un hecho determinado.

En los términos de este artículo, la responsabilidad del fiador, cuando se obliga a pagar una cantidad de dinero si el deudor principal no presta una cosa o un hecho determinado, consiste en indemnizar daños y perjuicios, previamente cuantificados, que pueda deber el deudor, en caso de incumplimiento.

C.L.V.

ARTÍCULO 2801. La responsabilidad de los herederos del fiador se rige por lo dispuesto en el artículo 1998.

Los herederos quedan ligados por las obligaciones contraídas por el autor de la sucesión, en cuanto causahabientes a título universal. Son responsables de su cumplimiento hasta donde alcance el acervo hereditario, conforme al principio de la responsabilidad patrimonial del deudor, que pasa a sus herederos (aa. 1284 y 2964).

Esta responsabilidad está regida por las mismas reglas que establece el código, respecto de la mancomunidad proveniente de las obligaciones indivisibles pues pasando la del fiador a sus herederos, se divide de pleno derecho, porque cada uno sólo está obligado por su cuota hereditaria.

Esta responsabilidad pasa a cada uno de los herederos del fiador, en proporción de la cuota que le corresponde en el haber hereditario.

Si la obligación es indivisible cada heredero queda obligado por todo frente al acreedor; en tanto que, respecto de los demás coherederos, el que pagó la fianza tiene acción contra cada uno de los coherederos, en proporción a la cuota hereditaria que a ellos corresponda (aa. 1999 y 2006).

La remisión al a. 1998 que contiene el precepto y que se refiere a la solidaridad pasiva, no basta para interpretar debidamente el sentido del precepto en comentario.

I.G.G. y C.L.V

ARTÍCULO 2802. El obligado a dar fiador debe presentar persona que tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. El fiador se entenderá sometido a la jurisdicción del juez del lugar donde esta obligación deba cumplirse.-

El deudor obligado a dar fiador debe proponer al acreedor una persona que reúna dos condiciones: tener capacidad para obligarse y contar con bienes suficientes para responder de la obligación que se garantiza.

Exige la capacidad porque la fianza es un contrato (véase a. 1795, fr. I) y como tal requiere para ser válida de tal presupuesto. El fiador se sustituye en el lugar del deudor, para cumplir por él llegado que sea el caso; un incapaz no podría obligarse por sí; y, por lo mismo, no podría ser fiador.

Acerca de esta primera condición es interesante destacar que existen, en nuestro derecho vigente, prohibiciones expresas, en virtud de las cuales los que ejercen la patria potestad, los tutores, los representantes de un ausente, síndicos, albaceas, etc., no pueden dar fianza en nombre de sus representados (véase aa. 436, 563 y 660). Por otra parte, para que un cónyuge pueda ser fiador de su consorte, en asuntos que sean de interés exclusivo de éste, se requiere autorización judicial, salvo que la fianza sea otorgada por el cónyuge para que su consorte obtenga su libertad (véase a. 175).

Además de la capacidad para obligarse, se exige que el fiador tenga bienes suficientes para responder de la obligación principal, porque sólo de esta manera la fianza resulta una garantía seria. Si el obligado a dar fianza pudiera ofrecer como fiador a una persona cuya solvencia no fuera suficiente, la garantía resultaría ilusoria.

Es claro que si el deudor presenta una persona que reúna los requisitos exigidos por la ley, el acreedor no podrá rehusarse a aceptarla como fiadora; pero también es evidente que esta disposición legal es una norma en favor del acreedor, y por lo tanto él puede aceptar como fiador a persona que no cubra la condición de solvencia.

Dispone, en su parte final, este artículo que el fiador se entenderá sometido a la jurisdicción del juez del lugar donde la obligación principal deba cumplirse. Esto tiene por objeto facilitar al acreedor la ejecución contra el fiador, y dar sanción al principio de que la fianza, como accesoria que es de la principal, debe seguir el fuero de ésta.

C.L.V.

ARTÍCULO 2803. En las obligaciones a plazo o de prestación periódica, el acreedor podrá exigir fianza, aun cuando en el

contrato no se haya constituido, si después de celebrado, el deudor sufre menoscabo en sus bienes, o pretende ausentarse del lugar en que debe hacerse el pago.

El cumplimiento en las obligaciones a plazo o de prestación periódica es de tracto sucesivo, de suerte que depende siempre de la solvencia futura del deudor, y de la circunstancia de que se localice en el lugar es que debe hacerse el pago.

Si el deudor, en este tipo de obligaciones, aun sin prometer fianza, al celebrar el contrato sufre menoscabo en sus bienes o pretende ausentarse del lugar en que debe hacerse el pago, la ley concede al acreedor, para salvar sus intereses, el derecho de exigir fianza, pues existe un justo motivo para temer que el deudor no cumpla.

C.L.V.

ARTÍCULO 2804. Si el fiador viniere a estado de insolvencia, puede el acreedor pedir otro que reúna las cualidades exigidas por el artículo 2802.

Si el fiador que se hubiese obligado viniese a estado de insolvencia, el acreedor tiene derecho de exigir al deudor otro fiador que reúna las condiciones señaladas. El deudor no se perjudica en modo alguno con la regla aquí establecida, pues su deber es afianzar la obligación mientras no la extinga.

Lo dispuesto en este artículo, sólo se refiere al supuesto del "obligado a dar fiador" (véase texto del a. 2802), no así al caso de fiador proporcionado por un deudor que no estuviese obligado a ello.

C.L.V.

ARTÍCULO 2805. El que debiendo dar o reemplazar el fiador, no lo presenta dentro del término que el juez le señale, a petición de parte legítima, queda obligado al pago inmediato de la deuda, aunque no se haya vencido el plazo de ésta.

Lo dispuesto en este artículo es en gran medida, aplicación del principio general contenido en la fr. II del a. 1959. Si el obligado a dar fianza o reemplazar al fiador no cumple este deber, nada es más justo que se le obligue a pagar de inmediato la deuda; el acreedor no tiene por qué exponer por más tiempo su crédito, faltando la garantía que lo debía asegurar, o lo aseguraba contra el incumplimiento del deudor principal.

C.L.V.

ARTÍCULO 2806. Si la fianza fuere para garantizar la administración de bienes, cesará ésta si aquélla no se da en el término convenido o señalado por la ley, o por el juez, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa.

La regla contenida en este artículo es lógicá. La fianza tiene por objeto garantizar el pago de la responsabilidad civil por mala administración de los bienes. Si la fianza no se da en el término convenido o señalado por la ley, o por el juez, es consecuente que debe cesar la administración y dejen de estar los bienes dados en administración expuestos a sufrir perjuicios no reparables por la falta de garantía.

C.L.V.

ARTÍCULO 2807. Si la fianza importa garantía de cantidad que el deudor debe recibir, la suma se depositará mientras se dé la fianza.

Cuando la fianza se exige en garantía de alguna cantidad que debe recibir el deudor, la suma se depositará, mientras no se dé la fianza, para protección inmediata de los intereses del acreedor quien precisamente cuenta con esa garantía, como seguridad de que la cantidad que entregue al deudor le será devuelta.

C.L.V.

ARTÍCULO 2808. Las cartas de recomendación en que se asegure la probidad y solvencia de alguien, no constituyen fianza.

Esta disposición es plenamente justificable, porque la fianza es un contrato en el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace, y en las cartas de recomendación, simplemente se manifiesta la idoneidad de alguien. En modo alguno constituyen fianza, pues no sólo no hay en ellas el acuerdo de voluntades, elemento esencial de todo contrato, sino que no contienen la voluntad del suscriptor, dirigida al acreedor, de pagar por el recomendado, si éste no lo hace.

C.L.V.

ARTÍCULO 2809. Si las cartas de recomendación fuesen dadas de mala fe, afirmando falsamente la solvencia del recomendado, el que las suscriba será responsable del daño que sobreviniere a las personas a quienes se dirigen, por la insolvencia del recomendado.

Si el que suscribe la carta de recomendación afirma la solvencia del recomendado, sabedor de que esto es falso, es responsable, por dolo, de los daños y perjuicios que la insolvencia del recomendado ocasione a las personas a quienes dirige la carta; pero ello, sólo en el caso de que la recomendación hubiese sido el motivo que haya determinado a esas personas a contratar con el recomendado (véase a. 2810).

C.L.V.

ARTÍCULO 2810. No tendrá lugar la responsabilidad del artículo anterior, si el que dio la carta probase que no fue su recomendación la que condujo a tratar con su recomendado.

Este artículo aplica, en cierta manera, la doctrina contenida en el a. 1816. Si el suscriptor acredita que su recomendación no fue el motivo que determinó a contratar con su recomendado, no se le puede demandar indemnización alguna, porque su recomendación no fue la causa que produjo el daño.

El legislador, con toda justicia, impone al suscriptor la carga de probar que no fue su recomendación la que condujo a tratar con su recomendado.

C.L.V.

ARTÍCULO 2811. Quedan sujetas a las disposiciones de este Título, las fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente en favor de determinadas personas, siempre que no las extiendan en forma de póliza; que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquiera otro medio, y que no empleen agentes que las ofrezcan.

La fianza civil se rige por las disposiciones del título "De la Fianza", de la segunda parte del libro cuarto del CC; es la otorgada por individuos o sociedades accidentalmente en favor de determinadas personas, siempre que: no se extiendan en forma de póliza; no se anuncien públicamente; y no se empleen

agentes para que las ofrezcan. Los casos que no tengan esta reserva son considerados como fianza mercantil, que se rige básicamente por la LFF, ordenamiento que en su artículo tercero contiene una disposición por demás interesante, puesto que prohíbe, a toda persona física o moral distinta de las instituciones de fianzas concesionadas, otorgar habitualmente fianzas a título oneroso, y agrega que salvo prueba en contrario se presume la infracción al mencionado precepto cuando el otorgamiento de fianzas se ofrece al público por cualquier medio de publicidad, o se expiden pólizas o se utilizan agentes.

C.L.V.

CAPITULO II

De los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor

ARTÍCULO 2812. El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, mas no las que sean personales del deudor.

Puesto que la obligación del fiador es accesoria de la del deudor principal, todo medio de defensa que éste tenga inherente a la deuda principal aprovecha al fiador; esto es lo que el artículo en comentario llama excepciones inherentes a la obligación principal (*rei coherentes*). Así, el fiador podrá oponer al acreedor el pago hecho por el deudor, la prescripción de la obligación principal, la compensación que se haya producido entre el deudor principal y el acreedor, etc.

Pero este mismo artículo agrega que el fiador no puede oponer las excepciones que sean personales del deudor (*personae coherentes*); esto significa que existen medios de defensa de los cuales el fiador no puede servirse por tratarse de motivos de impugnación que no derivan del contrato, sino que se relacionan con la persona del deudor y por eso no pueden ser invocados por otra persona distinta, tal ocurre, p.e. con la excepción del deudor fundada en incapacidad (véase el a. 2228).

El artículo que se comenta al mencionar las excepciones oponibles por el fiador al acreedor, omite aquellas que no son inherentes a la fianza, cuando esta clase de defensas constituyen el medio más importante para que el fiador resulte liberado (Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, 11a. ed., t. IV, *Contratos*, México, Porrúa, 1979, p. 338).

C.L.V.

ARTÍCULO 2813. La renuncia voluntaria que hiciere el deudor de la prescripción de la deuda, o de toda otra causa de liberación, o de la nulidad o rescisión de la obligación, no impide que el fiador haga valer esas excepciones.

El fiador tiene derecho a oponer las excepciones que sean inherentes a la obligación principal. Tales medios de defensa, si bien le corresponden por virtud del carácter accesorio de la fianza respecto de la deuda principal, son independientes del derecho del deudor.

Por lo tanto, el deudor puede renunciar a hacer valer cualquiera causa de liberación de su obligación, pero esa renuncia no puede llegar al punto de privar al fiador del derecho de hacerlas valer por lo que se refiere a la fianza, que aun cuando es un contrato accesorio, las relaciones jurídicas entre acreedor o fiador nacen de un negocio jurídico distinto del contrato principal.

I.G.G. y C.L.V.

ARTÍCULO 2814. El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes.

La obligación del fiador es subsidiaria, por cuanto que él pagará cuando el acreedor no haya podido obtener del deudor la satisfacción a su crédito. Consecuencia de esta naturaleza subsidiaria son los dos beneficios que este artículo reconoce al fiador, y que ordinariamente se identifican como el beneficio de orden y el de excusión. Por el beneficio de orden el acreedor no puede demandar al fiador, sin haber demandado antes al deudor; por el de excusión, el acreedor debe ejecutar primero en bienes del deudor principal, y sólo que éste sea insolvente, de tal suerte que la obligación no pueda cumplirse en todo o en parte, podrá ejecutar al fiador por la totalidad de la obligación en el primer caso, o por el saldo insoluto en el segundo (Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, 11a. ed., t. IV, *Contratos*, México, Porrúa, 1979, p. 341).

Los beneficios de orden y excusión son propios de la naturaleza de la fianza, (aunque pueden ser objeto de renuncia), puesto que en principio el fiador se obliga a pagar, en el caso de que el deudor principal no cumpla o no pueda cumplir, y para ello se requiere que el acreedor obtenga previamente sentencia condenatoria en contra del deudor principal y que éste último no tenga bienes o no sean suficientes para satisfacer el crédito que la fianza garantiza.

Por ministerio de ley operan ambos beneficios, de suerte que deben renunciarse para que el fiador pierda las ventajas inherentes a los mismos. Se trata de verdaderas excepciones, por cuanto no pueden tomarse en cuenta de oficio por

el juez en el juicio que el acreedor hubiere promovido contra el fiador, a menos que éste expresa y oportunamente, los haya hecho valer. (Sánchez Meda, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 1984, p. 396).

I.G.G. y C.L.V.

ARTÍCULO 2815. La excusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, que quedará extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto.

La excusión consiste en ejecutar primero sobre bienes del deudor, porque:

éste es el principal obligado, quedando la obligación extinguida o reducida a la parte que no se logre pagar con esos bienes. El fiador sólo estará obligado a responder por el saldo insoluto.

Pero no basta decir que el fiador, por el incumplimiento del deudor queda obligado a pagar el depósito o a realizar lo que debía hacer el principal obligado, sino que es preciso determinar el concepto de esa obligación a los límites de ese efecto de la fianza, para apreciar jurídicamente y sin error, cuándo empieza y hasta dónde alcanza la carga impuesta al fiador de responder por el deudor. (Véase Manresa y Navarro, José María, *Comentarios al código civil español*, Madrid, Reus, 1973, t. XII, p. 379).

I.G.G. y C.L.V.

ARTÍCULO 2816. La excusión no tendrá lugar:

- I.—Cuando el fiador renunció expresamente a ella;
- II.—En los casos de concurso o de insolvencia probada del deudor;
- III.—Cuando el deudor no puede ser judicialmente demandado dentro del territorio de la República;
- IV.—Cuando el negocio para que se prestó la fianza sea propio del fiador;
- V.—Cuando se ignore el paradero del deudor, siempre que llamado éste por edictos, no comparezca, ni tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación.

El derecho del fiador a la excusión no es absoluto, hay casos en que no tiene lugar, sea por las condiciones en que la fianza se prestó, sea por la necesidad de evitar que se dificulte el pago al acreedor.

Establece este artículo que la excusión no tendrá lugar “Cuando el fiador renunció expresamente a ella” (fr. I).

El beneficio de excusión es de interés privado, se ha establecido en exclusivo interés del fiador, éste puede renunciarlo, y en ese supuesto no le aprovechará. El acto de renuncia debe constar en términos claros y precisos (véase a. 7).

En la práctica se observa que en la fianza convencional, casi siempre se renuncia al beneficio de excusión, para facilitar el pago al acreedor.

La fr. II establece la excusión “En los casos de concurso o de insolvencia probada del deudor”.

El objeto de la excusión es que el acreedor haga el pago de la obligación en bienes del deudor principal; finalidad que no se lograría en los casos en que el deudor se hallase en concurso o en estado de insolvencia probada. En estos supuestos no es necesario acudir a la excusión para comprobar que no existen bienes libres del deudor y aplicarlos al pago de la obligación.

El código habla de “insolvencia probada”, a efecto de evitar que los acreedores bajo pretexto de insolvencia del deudor, traten de hacer efectivo su crédito en bienes del fiador, antes que en el patrimonio del deudor sin fundamento alguno y en contra de los naturales efectos de la fianza.

Si el deudor se encuentra sujeto a concurso la prueba de su insolvencia es la declaratoria del estado concursal. (Calva, Esteban, *Instituciones de derecho civil*, t. II, *De los contratos*, México, Imprenta de Díaz de León y White, 1875, p. 239).

Dice la fr. III: “Cuando el deudor no puede ser judicialmente demandado dentro del territorio de la República”. Se justifica esta disposición, porque al acreedor le resultaría muy gravoso o tal vez imposible cobrar si tuviera que demandar al deudor fuera del territorio de la República.

La fr. IV establece la renuncia “Cuando el negocio para el que se prestó la fianza sea propio del fiador”. En tal supuesto habría incompatibilidad con el beneficio de excusión.

Por último la fr. V dice: “Cuando se ignore el paradero del deudor, siempre que llamado éste por edictos, no comparezca ni tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación.” Es evidente que en este caso no procede la excusión, porque la ejecución sobre bienes del deudor no es factible.

A los supuestos previstos en este artículo hay que agregar los casos de fianza legal o judicial (véase a. 2855).

C.L.V.

ARTÍCULO 2817. Para que el beneficio de excusión aproveche al fiador, son indispensables los requisitos siguientes:

I.—Que el fiador alegue el beneficio luego que se le requiera de pago:

II.—Que designe los bienes del deudor que basten para cubrir el crédito y que se hallen dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago;

III.—Que anticipe o asegure competentemente los gastos de excusión.

A efecto de que el beneficio de excusión no sirva de pretexto para retardar o hacer más difícil en su ejercicio la acción del acreedor, el código establece los requisitos para que el fiador pueda usarlo, a saber:

1. “Que el fiador alegue el beneficio luego que se le requiera de pago”.

El fiador debe alegar el beneficio de excusión como excepción dilatoria, precisamente al contestar la demanda (a. 259, fr. IV del CPC) o al ser requerido de pago, “sin esperar ningún otro trámite ni a ningún otro estado de la reclamación, a fin de evitar al acreedor el daño injusto o el perjuicio de tener que sostener una reclamación baldía contra el fiador, si después de ella o durante su sucesivo curso había éste de utilizar el indicado beneficio”.

Hasta tal punto llega esta exigencia, que de no cumplirse priva de dicho beneficio al fiador (Manresa y Navarro, José Ma., *Comentarios al código civil español*, 3a. ed., Madrid, Reus, 1920, t. XI, p. 286).

2. “Que designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito y que se hallen dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago”.

La excusión no debe servir para entorpecer o hacer difícil y costosa la ejecución. Por ello el fiador debe designar bienes suficientes para cubrir el crédito, y que, además se hallen en el lugar donde debe hacerse el pago.

3. “Que anticipe o asegure competentemente los gastos de excusión”.

La excusión es un beneficio del fiador, y es natural que en él recaiga la obligación de adelantar o asegurar los gastos de ella. Sería injusto obligar al acreedor a realizar gastos que acaso serían inútiles.

Esta fracción tiene como antecedentes el a. 2023 del CC francés y el 1745 del proyecto de García Goyena. Los autores del código español, suprimieron (a. 1832) la disposición contenida en la fr. II del precepto que estamos comentando por considerar injusta esa exigencia.

En las Concordancias, motivos y comentarios (proyecto) del código español de García Goyena (Zaragoza, 1974) p. 908, este autor dice:

El citado artículo francés 2023 fue vivamente combatido en cuanto a la anticipación de dinero por el fiador... En los discursos 95 y 96 se contestó victoriosamente al ataque: si la excusión cede enteramente en favor del fiador; si él no lo reclama sino para evitar el satisfacer por sí mismo una

deuda que ha garantido y en la que no se habría consentido sin la fianza, justo es que él anticipe los gastos. ¿Qué ventajas sacaría el acreedor de la fianza, si para hacer la excusión se ve obligado a la anticipación de cantidades que tal vez excedería el crédito?

I.G.G. y C.L.V.

ARTÍCULO 2818. Si el deudor adquiere bienes después del requerimiento, o si se descubren los que hubiese ocultado, el fiador puede pedir la excusión, aunque antes no la haya pedido.

La excusión es una excepción dilatoria, debe hacerse valer precisamente al contestar la demanda o al ser requerido de pago, para efecto de que antes de proseguirse o continuar el juicio contra el fiador, proceda judicialmente el acreedor contra el deudor principal, embargue y ejecute sobre los bienes de éste. Sin embargo, puede hacerse valer como excepción superveniente cuando el deudor adquiera bienes después del requerimiento de pago, o se descubran los que hubiese ocultado para evitar la excusión. (Sánchez Meda, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 1984, p. 396).

I.G.G.

ARTÍCULO 2819. El acreedor puede obligar al fiador a que haga la excusión en los bienes del deudor.

Una vez opuesta la excepción dilatoria del beneficio de excusión por parte del fiador, el acreedor que lo hubiere demandado puede hacer cualquiera de estas dos cosas: o intentar él mismo el juicio de excusión contra el deudor principal, o bien obligar al fiador a que inicie ese juicio, y lo termine en el plazo que al efecto señale la autoridad judicial. La razón de esto se encuentra en que la excusión es sólo en beneficio del fiador, y por lo mismo, justo es que éste sufra las molestias personales y los gastos que ella implica. (Sánchez Meda, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 1984, p. 397).

I.G.G.

ARTÍCULO 2820. Si el fiador, voluntariamente u obligado por el acreedor hace por sí mismo la excusión y pide plazo, el juez puede concederle el que crea conveniente, atendi-

das las circunstancias de las personas y las calidades de la obligación.

El fiador para hacer la excusión, tendrá que acudir a los tribunales a tramitar el juicio respectivo. Para esto el fiador puede pedir plazo, mismo que le será concedido por el juez, atendidas las circunstancias de las personas y las calidades de la obligación. El juez al conceder este plazo habrá de tener presente que los derechos del acreedor están en suspenso, y que es su deber procurar que se perjudique por esta causa lo menos posible. No debe por tanto entenderse que está en sus facultades conceder un término innecesario o excesivo. (Calva, Esteban, *Instituciones de derecho civil*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1883, t. III, p. 245).

I.G.G.

ARTÍCULO 2821. El acreedor que, cumplidos los requisitos del artículo 2817, hubiere sido negligente en promover la excusión, queda responsable de los perjuicios que pueda causar al fiador, y éste libre de la obligación hasta la cantidad a que alcancen los bienes que hubiere designado para la excusión.

Cumplidas por el fiador las condiciones precisas para que el beneficio de excusión le aproveche, debe el acreedor ser diligente en promover la excusión. Si se muestra negligente, debe responder de los perjuicios que ocasione al fiador a causa de la insolvencia sobrevenida del deudor.

Esta responsabilidad no debe extenderse más allá del perjuicio que causó al fiador, por lo mismo, sólo debe abarcar el importe de los bienes cuya excusión no pudo lograrse por su culpa.

C.L.V.

ARTÍCULO 2822. Cuando el fiador haya renunciado el beneficio de orden, pero no el de excusión, el acreedor puede perseguir en un mismo juicio al deudor principal y al fiador; mas éste conservará el beneficio de excusión, aun cuando se dé sentencia contra los dos.

Cuando el fiador haya renunciado al beneficio de orden, pero no al de excusión, el código permite, con el objeto de procurar la mayor economía en los

gastos y tiempo de la reclamación, que el acreedor pueda perseguir en un mismo juicio al deudor principal y al fiador.

Aquí aparece claramente que, en tanto el beneficio de orden hace alusión a la prioridad del ejercicio de la acción de pago en contra del deudor principal, la excusión se refiere no a la acción misma, sino a la ejecución de la sentencia condenatoria que debe llevarse al cabo previamente en el patrimonio del deudor y, sólo después de que los bienes del deudor principal no sean suficientes para cubrir la deuda, se podrá dirigir el procedimiento ejecutivo en contra del fiador.

Por lo tanto, no hay nada que impida (si no se ha renunciado al beneficio de orden) que el acreedor demande a la vez al deudor principal y al fiador, y si no ha renunciado el fiador al beneficio de excusión, el acreedor debería intentar previamente la vía coactiva en contra del deudor principal, pues si éste resultare insolvente podría exigir el cumplimiento del pago, vía ejecución de sentencia, al fiador.

I.G.G. y C.L.V.

ARTÍCULO 2823. Si hubiere renunciado a los beneficios de orden y excusión, el fiador, al ser demandado por el acreedor, puede denunciar el pleito al deudor principal, para que éste rinda las pruebas que crea conveniente; y en caso de que no salga al juicio para el indicado objeto, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra el fiador.

En el caso de que se renuncien los beneficios de orden y excusión, y el acreedor sólo demande al fiador, éste tiene la facultad de denunciar el pleito al principal obligado, para que éste salga a juicio y rinda las pruebas que estime convenientes, pues nadie más que él puede tener los medios para rechazar la pretensión del acreedor. Si no sale a juicio, o sale y no rinde pruebas, le perjudica la sentencia pronunciada contra el fiador.

La *litis denunciatio* a que se refiere este artículo es de gran utilidad para el fiador pues de esta manera se libera de la obligación que tiene de oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal (véanse aa. 2832 y 2834), ya que para este efecto llama al deudor. Además, en ocasiones el fiador no está en aptitud de saber cuáles son esas defensas inherentes a la obligación principal, y para no incurrir después en el peligro de que el deudor le oponga esas excepciones, cuando repita contra él, lo más práctico será que lo llame a juicio. (Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, 11a. ed., t. IV, *Contratos*, México, Porrúa, 1979, p. 342).

C.L.V.

ARTÍCULO 2824. El que fía al fiador goza del beneficio de excusión, tanto contra el fiador como contra el deudor principal.

Se refiere este artículo a lo que, en doctrina, se conoce como doble fianza o subfianza. Con ella la solvencia que se asegura no es la del principal deudor, sino la del fiador, y, por tanto, para que pueda reclamarse contra el que presta dicha fianza, es preciso que el primer obligado no cumpla la obligación contraída por él, ni tampoco el primer fiador.

Es una verdadera subfianza, y por ello el subfiador, o sea el fiador anterior, tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones que éste, si bien subsidiariamente. Así lo confirma este artículo al establecer que el fiador goza del beneficio de excusión, tanto contra el fiador como contra el deudor principal.

C.L.V

ARTÍCULO 2825. No fian a un fiador los testigos que declaren de ciencia cierta en favor de su idoneidad; pero por analogía se les aplicará lo dispuesto en el artículo 2809.

No constituyen fianza las declaraciones testimoniales por las que se asegure la probidad y la solvencia de alguien, porque en modo alguno puede atribuírsele el sentido de que quien las emite se compromete con aquel a quien van dirigidas, a pagar por el fiador, si éste no lo hace.

Sin embargo, si el testigo declara de ciencia cierta en favor de la idoneidad de un fiador, sabedor de que esto es falso, contrae la responsabilidad de pagar daños y perjuicios que ocasione al acreedor, por la insolvencia del fiador, a menos que pruebe que no fue su declaración el motivo determinante que llevó al acreedor a aceptar la garantía.

En efecto, si no fue la declaración del testigo la que indujo al acreedor a celebrar el contrato de fianza, el daño producido no tiene en dicha declaración su causa y por tanto, es natural que si el testigo prueba esto, no tenga lugar la responsabilidad mencionada.

C.L.V.

ARTÍCULO 2826. La transacción entre el acreedor y el deudor principal aprovecha al fiador, pero no le perjudica. La celebrada entre el fiador y el acreedor, aprovecha, pero no perjudica al deudor principal.

La transacción, como todo convenio, no obliga a los terceros, y el fiador, en la operación celebrada entre el acreedor y el deudor principal es un tercero; lo mismo ocurre con la celebrada entre acreedor y fiador, en cuanto hace al deudor principal. Para que la transacción obligue al fiador, en el primer caso, o al deudor principal, en el segundo, es menester que consientan en ella.

C.L.V.

ARTÍCULO 2827. Si son varios los fiadores de un deudor por una sola deuda, responderá cada uno de ellos por la totalidad de aquélla, no habiendo convenio en contrario; pero si sólo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar a los demás para que se defiendan juntamente, y en la proporción debida estén a las resultas del juicio.

Dispone este artículo que si varios fiadores han afianzado a un deudor por una sola deuda, responderá cada uno de ellos por el todo de ella, como si fuese único, salvo convenio en contrario. Esto significa que los cofiadores son tratados como solidarios entre sí, pero entiéndase solidaridad, solamente en cuanto al derecho de persecución del acreedor por el total, que es el efecto principal de esta institución.

Los efectos secundarios de la solidaridad no se producen respecto de los fiadores, situación que se explica por el mantenimiento, en el derecho vigente, de antiguas tradiciones que tienen su origen en el derecho romano, donde, de no haber pacto en contrario, los cofiadores respondían solidariamente.

Sin embargo, el rigor de la ley es atenuado por el *beneficium divisionis*, con antecedentes también en el derecho romano, en virtud del cual si uno de los cofiadores era demandado por la integridad, podía exigir del acreedor que dividiese la acción entre los demás cofiadores, presentes y solventes.

Nuestro código consagra este beneficio al disponer: "Si sólo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar a los demás para que se defiendan juntamente, y en la proporción debida estén a las resultas del juicio". El beneficio se concede como excepción dilatoria, para que se suspenda el juicio hasta que sean citados los demás cofiadores, y a la vez como excepción perentoria, a efectos de que la deuda se divida entre todos los solventes. El cofiador demandado debe manifestar su voluntad de invocar el beneficio: el juez no puede suscitar de oficio la excepción.

Gozan del beneficio de división únicamente los fiadores que han afianzado al mismo deudor, por la misma deuda.

Ninguna división es posible entre el fiador y el que lo fia (subfiador), ni entre fiadores dados separadamente por dos deudores solidarios: tales fiadores han garantizado la misma deuda, pero no al mismo fiador.

El efecto del beneficio es que la deuda se divida entre todos los fiadores solventes: El que la obligación de los cofiadores sea por la totalidad de la deuda tiene por consecuencia que la insolvencia de alguno o algunos sea soportada, en principio, por los demás. Ocurre de modo distinto en dos casos: *a)* Si el propio acreedor ha dividido voluntariamente la deuda; y *b)* Si los fiadores se han vuelto insolventes luego de haberse alegado el beneficio de división (véase a. 2840).

Con un criterio diferente, el CC español dispone: "Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación de responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad (véase a. 1837).

C.L.V.

CAPITULO III

De los efectos de la fianza entre el fiador y el deudor

ARTÍCULO 2828. El fiador que paga debe ser indemnizado por el deudor, aunque éste no haya prestado su consentimiento para la constitución de la fianza. Si ésta se hubiere otorgado contra la voluntad del deudor, no tendrá derecho alguno el fiador para cobrar lo que pagó, sino en cuanto hubiere beneficiado el pago al deudor.

El fiador que ha pagado, dispone de una acción personal contra el deudor principal. Dicha acción deriva, no del contrato de fianza, sino del hecho del pago, y se funda en las reglas del pago hecho por un tercero (aa. 2065 a 2072), por ello está obligado el fiador a poner en conocimiento del deudor que va a efectuar el pago (a. 2832).

Para que el fiador pueda obtener el reembolso de lo que pagó se requiere que la fianza haya sido otorgada con el consentimiento del deudor. En caso contrario se aplicará lo dispuesto por el a. 2068.

I.G.G.

ARTÍCULO 2829. El fiador que paga por el deudor, debe ser indemnizado por éste:

- I.—De la deuda principal;
- II.—De los intereses respectivos, desde que haya notificado el pago al deudor, aun cuando éste no estuviere obligado por razón del contrato a pagarlos al acreedor;
- III.—De los gastos que haya hecho desde que dio noticia al deudor de haber sido requerido de pago;
- IV.—De los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor.

Este artículo consagra el principio tradicional según el cual el fiador que paga puede repetir contra el deudor principal. No es una acción de indemnización sino de reembolso. Implica que:

1. El fiador que paga tiene derecho a reclamar al deudor principal, la cantidad pagada por él. Los intereses debidos por el deudor al acreedor y pagados por el fiador, se consideran respecto de éste formando parte de la deuda principal.

2. Los intereses que devengue la suma pagada por el fiador desde que éste haya notificado al deudor que ha hecho el pago al acreedor, aun cuando no estuviere obligado por razón de contrato a pagarlos al acreedor. El fiador no tiene por qué sufrir pérdidas por la fianza; por ello, si pagó, tiene derecho, a que se le abonen los intereses que la cantidad pagada le hubiera producido. El reclama los intereses a virtud del pago que efectuó, como una indemnización que se establece por ministerio de ley. Esos intereses habrán de regularse desde que se hiciera saber el pago al deudor, porque desde entonces no puede alegar ignorancia del pago hecho ni la obligación en que se halla de reintegrar lo pagado y suyas serán las consecuencias que produzca su morosidad. (Manresa y Navarro, José María, *Comentarios al código civil español*, 2a. ed., Madrid, Reus, 1920, t. XI, p. 299).

3. Los gastos que haya hecho desde que dio noticia al deudor de haber sido requerido el pago. La razón de esto es la misma a la del punto anterior. Desde que el fiador da el aviso indicado al deudor éste será responsable de los gastos que por su falta de pago, se originen al fiador.

4. Los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor. El fiador debe ser indemnizado de todos los daños y perjuicios que haya podido sufrir. Su situación es privilegiada, pues aunque se trata de sumas de dinero, tiene derecho, además a la reparación de todos los daños que le haya ocasionado la culpa del deudor.

C.L.V.

ARTÍCULO 2830. El fiador que paga, se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.

El fiador que paga cuenta con una doble acción; una que le es personal (véase aa. 2828 y 2829); y otra que es la acción del acreedor pagado, y que el fiador obtiene por subrogación. A esta última se refiere el presente artículo.

La acción subrogatoria es considerada por algunos autores, más ventajosa que la personal, porque a diferencia de esta última, permite el fiador utilizar, como subrogado, todas las garantías o derechos accesorios (p.e. hipotecas) que corresponden al acreedor; pero por el juego de la subrogación, no puede reclamar más de lo que fuera debido al acreedor; las garantías que asegurarán el crédito no se extienden a las costas anticipadas, ni a la reparación de los daños y perjuicios experimentados personalmente por el fiador.

La subrogación del fiador opera por ministerio de la ley, es una aplicación del a. 2058, fr. II, pues el fiador tiene interés jurídico en cumplir la obligación principal.

C.L.V.

ARTÍCULO 2831. Si el fiador hubiese transigido con el acreedor, no podrá exigir del deudor sino lo que en realidad haya pagado.

La transacción celebrada entre el fiador y el acreedor extingue la obligación principal mediante el cumplimiento de las prestaciones que en ella contrajo el fiador.

De manera que si la fianza se otorgó con el consentimiento del deudor, a las relaciones entre éste y el fiador se aplican las disposiciones del mandato, por lo que la transacción en lo que beneficie al deudor, impide que el fiador que ha obrado por cuenta del deudor trate de lucrar pretendiendo obtener del deudor más de lo que él pagó realmente al acreedor (véase a. 2826).

I.G.G.

ARTÍCULO 2832. Si el fiador hace el pago sin ponerlo en conocimiento del deudor, podrá éste oponerle todas las excepciones que podría oponer al acreedor al tiempo de hacer el pago.

El fiador tiene obligación de notificar al deudor que va a hacer el pago, a efecto de que éste pueda oponerse si tiene excepciones para ello, manifieste su conformidad o simplemente no se oponga o declare no tener excepciones.

En el caso de que el fiador haga el pago sin ponerlo en conocimiento del deudor, podrá éste oponerle las excepciones que podría hacer valer al acreedor al tiempo de hacer el pago.

El fiador no puede menoscabar los intereses legítimos del deudor, haciéndole perder su derecho a ejercitar las excepciones y defensas personales que pudiera tener contra el acreedor.

C.L.V.

ARTÍCULO 2833. Si el deudor, ignorando el pago por falta de aviso del fiador, paga de nuevo, no podrá éste repetir contra aquél, sino sólo contra el acreedor.

El fiador tiene la obligación de avisar al deudor que va a hacer el pago. Si paga sin dar ese aviso, y el deudor ignorante del pago, paga de nuevo, la ley lo sanciona privándolo de toda acción contra éste.

El deudor no es responsable del doble pago y no tiene por que sufrir las consecuencias de una falta imputable al fiador; éste ha de dirigir su acción de reintegro contra el acreedor, que ha hecho dos veces efectivo su crédito, enriqueciéndose sin causa.

El fiador no tiene otra acción que la repetición de lo indebido fundada en el pago hecho por error (aa. 1883 y ss.).

C.L.V.

ARTÍCULO 2834. Si el fiador ha pagado en virtud de fallo judicial, y por motivo fundado no pudo hacer saber el pago al deudor, éste quedará obligado a indemnizar a aquél y no podrá oponerle más excepciones que las que sean inherentes a la obligación y que no hubieren sido opuestas por el fiador, teniendo conocimiento de ellas.

El fiador tiene obligación de poner en conocimiento del deudor el pago que va a hacer, a efecto de que no se le impongan las sanciones previstas por falta de ese aviso (véase aa. 2832 y 2833). Queda libre de responsabilidad si habiendo pagado a virtud de fallo judicial y por motivo fundado, no pudo hacer saber el pago al deudor. La resolución judicial, que lo constringe a pagar, y la imposibilidad de dar el aviso al deudor, producen el efecto de que éste en todo caso, quede obligado a indemnizarlo (reembolsarlo del pago, intereses y expensas) sin

que pueda oponer más excepciones que las inherentes a la obligación principal, y que no hubieren sido opuestas por el fiador, teniendo conocimiento de ellas. Esto es justo, pues el fiador no debe sufrir perjuicios, si no incurrió en culpa.

La determinación de qué ha de entenderse por motivo fundado, queda al arbitrio del juez; pero éste debe tener en cuenta que el motivo fundado para no hacer saber al deudor el pago que va a efectuar el fiador deriva de que no haya éste denunciado el pleito al deudor principal (a. 2823) y que por ignorar el domicilio del deudor no se le pueda notificar la sentencia condenatoria pronunciada.

I.G.G. y C.L.V.

ARTÍCULO 2835. Si la deuda fuere a plazo o bajo condición, y el fiador la pagare antes de que aquél o ésta se cumplan, no podrá cobrarla del deudor sino cuando fuere legalmente exigible.

La acción del fiador, bien se ejercite como acción de reembolso (véanse aa. 2828 y 2829) o como subrogatoria (véase a. 2830), tiene en nuestra ley esta excepción, a saber: si la deuda es a plazo o bajo condición, y el fiador la paga antes de que aquél o ésta se cumplan, no podrá cobrarla al deudor, sino cuando fuere legalmente exigible.

Esto se explica por el carácter subsidiario de la fianza, el fiador no responde de la deuda sino en defecto del deudor, y esto sólo puede ocurrir después que ha llegado el momento en que éste debe cumplir la obligación principal. Si el fiador paga antes de que se cumpla el plazo o la condición, el deudor no puede ser obligado a reembolsar; sólo puede ser compelido al pago cuando se cumpla la condición o cuando la obligación sea exigible, es decir, al vencimiento del plazo.

C.L.V.

ARTÍCULO 2836. El fiador puede, aun antes de haber pagado, exigir que el deudor asegure el pago o lo releve de la fianza:

- I.—Si fue demandado judicialmente por el pago;
- II.—Si el deudor sufre menoscabo en sus bienes, de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente;
- III.—Si pretende ausentarse de la República;

IV.—Si se obligó a relevarlo de la fianza en tiempo determinado, y éste ha transcurrido;

V.—Si la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo.

En principio, el fiador no tiene acción contra el deudor; sino después de haber pagado al acreedor (véanse aa. 2828 y 2830). No obstante, en ciertos casos, la ley le permite, aun antes de haber pagado, accionar contra el deudor, a efecto de que lo releve de la fianza o le dé garantías para asegurar el cumplimiento de la obligación principal.

Se trata de casos que constituyen circunstancias que autorizan a temer que en el momento en que el fiador esté obligado a hacer frente a su compromiso con respecto al acreedor, sus probabilidades de repetición habrán desaparecido. Estos casos son los siguientes:

1. Cuando el fiador fue demandado judicialmente por el pago. Este apartado confiere al fiador una medida cautelar de aseguramiento de los resultados de la acción de pago que en su caso tenga que hacer valer el fiador contra el deudor que no cumple la obligación que contrajo.

2. Si el deudor sufre menoscabo en sus bienes, de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente. Es como el anterior, una medida cautelar contra la insuficiencia patrimonial del deudor principal que se halla en riesgo de insolvencia.

3. Si el deudor pretende ausentarse de la República. En el supuesto previsto en este apartado la situación del deudor se torna más gravosa por cuanto aumentan las dificultades y los gastos que tiene que efectuar el fiador en el caso de demandar al deudor que se encuentra en el extranjero.

4. Si se obligó a relevarlo de la fianza en tiempo determinado, y éste ha transcurrido.

Es evidente que la liberación habrá de tener lugar sin perjuicio para el acreedor; por tanto, para que el fiador sea relevado, se requiere el consentimiento del acreedor (a. 2051).

5. Si la deuda se hace exigible por haberse cumplido el plazo en que debe satisfacerse. Este supuesto presupone demora del deudor, con el consiguiente riesgo inminente para el fiador de responder frente al acreedor, explica la acción concedida al fiador.

Este artículo debe entenderse aplicable sólo al caso en que el fiador haya otorgado la fianza con consentimiento del deudor.

C.L.V.

CAPITULO IV

De los efectos de la fianza entre los cofiadores

ARTÍCULO 2837. Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer.

Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción.

Para que pueda tener lugar lo dispuesto en este artículo, es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso.

Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor por una misma deuda, la ley concede al que paga, una acción contra los demás.

Muy antiguo es el origen de esta acción y se encuentra en las instituciones romanas, donde el fiador que había pagado podía dirigirse contra los demás, siempre y cuando hubiese obtenido previamente del acreedor la llamada "carta de lasto", mediante la cual le cedía éste todos los derechos contra aquéllos. El derecho moderno no requiere tal cesión, basta el pago para que el fiador pueda reclamar de cada uno de los otros fiadores la parte que proporcionalmente les corresponda satisfacer.

Si alguno de ellos resultare insolvente, su parte recaerá sobre los otros en la misma proporción (véase a. 2827). El criterio de distribución es el de proporcionalidad, lo mismo en cuanto a las cuotas de cada fiador, que en cuanto a la parte de aumento de responsabilidad por la insolvencia de alguno de ellos, igual ocurre respecto a los deudores solidarios (véase a. 1999).

Sin embargo, para que pueda ejercitar el fiador el derecho que le concede este artículo es preciso que haya pagado en virtud de demanda judicial del acreedor, o hallándose el deudor principal sujeto a concurso.

La doctrina discute sobre la naturaleza de este derecho de repetición del fiador; para algunos deriva de una acción de gestión de negocios: el fiador ha gestionado el negocio de los demás, librándolos de una deuda que era común a todos; para otros es una extensión de la subrogación legal: el fiador se subroga en los derechos del acreedor, pero debe dividir su repetición entre los fiadores solventes, en la parte proporcional que les corresponda; y para otros más, se explica por la existencia entre los cofiadores de una especie de sociedad tácita que los expone a un mismo riesgo, lo que implica la idea de una repartición de la pérdida sufrida.

(Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, 5a. ed., Madrid, Reus, 1941, t. III, p. 370).

Cualquiera que sea la naturaleza que se le atribuya, no hay que confundir este derecho del fiador con el beneficio de división (a. 2827). Esto se hace frente al acreedor, en tanto que aquél es un derecho al reembolso que se hace frente a los cofiadores, cuando el fiador pagó en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en estado de concurso.

C.L.V.

ARTÍCULO 2838. En el caso del artículo anterior, podrán los cofiadores oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fueren puramente personales del mismo deudor o del fiador que hizo el pago.

La regla establecida en este artículo cuando dispone "podrán los cofiadores oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fueren puramente personales del mismo deudor" no es más que una ampliación del principio establecido en el a. 2812.

El que los cofiadores puedan oponer al que pagó, las excepciones que éste habría podido oponer al acreedor, porque todos garantizan el pago de una obligación principal, común a todos los cofiadores y a todos benefician las excepciones que derivan de la naturaleza de aquella obligación, por ello si el fiador que pagó no hizo valer tales excepciones éstos pueden oponer en el juicio que el fiador intente en contra de cualquiera de los demás cofiadores.

I.G.G.

ARTÍCULO 2839. El beneficio de división no tiene lugar entre los fiadores:

I.—Cuando se renuncia expresamente;

II.—Cuando cada uno se ha obligado mancomunadamente con el deudor;

III.—Cuando alguno o algunos de los fiadores son concursados o se hallan insolventes, en cuyo caso se procederá conforme a lo dispuesto en los párrafos 2o. y 3o. del artículo 2837;

IV.—En el caso de la fracción IV del artículo 2816;

V.—Cuando alguno o algunos de los fiadores se encuentren en alguno de los casos señalados para el deudor en las fracciones III y V del mencionado artículo 2816.

Cuando hay varios cofiadores la división de la deuda cesa en los mismos casos que cesa la excusión. (a. 2816).

“El beneficio de división se reduce a un derecho que corresponde a los cofiadores cuando éstos no se hubieran obligado solidariamente para que el acreedor divida entre toda la obligación”. (Valverde y Valverde, Calixto, *Tratado de derecho civil español*, 4a. ed., t. III, Parte especial, *Derechos personales de obligaciones*, Valladolid, 1937, p. 746).

Asimismo cesa la división de la deuda entre cofiadores, cuando se ha renunciado a ella cuando uno de los fiadores se ha obligado mancomunadamente con el deudor principal o con otros fiadores; en caso de concurso o de insolvencia de uno de los cofiadores etc. (véase nuestro comentario al a. 2816).

I.G.G.

ARTÍCULO 2840. El fiador que pide el beneficio de división, sólo responde por la parte del fiador o fiadores insolventes, si la insolvencia es anterior a la petición; y ni aun por esa misma insolvencia, si el acreedor voluntariamente hace el cobro a prorrata sin que el fiador lo reclame.

Si son varios fiadores responde cada uno de ellos por la totalidad de la deuda, no habiendo convenio en contrario (véase a. 2827). Esto trae como consecuencia que el fiador que pida la división deba responder por la insolvencia de los otros cofiadores puesto que su responsabilidad era por el todo.

A partir de la solicitud de división, desaparece esa responsabilidad y con ella sus consecuencias. Será el acreedor a quien corresponda soportar la insolvencia sobrevenida; de su diligencia dependerá evitar riesgos futuros actuando rápidamente.

Pero, ni aun por la insolvencia anterior de los demás fiadores responderá el fiador si el acreedor voluntariamente divide la deuda, porque con ello revela su voluntad de renunciar a reclamarle toda la deuda al mismo cofiador.

C.L.V.

ARTÍCULO 2841. El que fía al fiador, en caso de insolvencia de éste, es responsable para con los otros fiadores, en los mismos términos en que lo sería el fiador fiado.

Ninguna división cabe entre el fiador y el que lo fía. Este se encuentra obligado frente a los cofiadores de su fiado, en los mismos términos en que éste lo está. Por consiguiente, si su fiado es insolvente, responderá frente a los cofiadores del cumplimiento de la obligación de éste, pues precisamente la subfianza tiene, como principal razón, garantizar contra la insolvencia del fiado.

C.L.V.

CAPITULO V

De la extinción de la fianza

ARTÍCULO 2842. La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones.

La obligación del fiador es accesoria y se extingue con la obligación principal: su existencia depende de la de ésta, puesto que es garantía del cumplimiento de la obligación principal.

Pero la fianza es también una obligación en sí misma, y se extinguirá por las causas generales de las obligaciones, el fiador ha contraído una obligación personal, susceptible de extinguirse directamente por los modos normales de extinción de las obligaciones.

De esto se sigue que la extinción de la obligación del fiador puede producirse de dos maneras: por vía accesoria, indirecta o de consecuencia (como p.e.: el pago de la obligación principal), o por vía directa o principal (p.e. la remisión hecha por el acreedor al fiador).

C.L.V.

ARTÍCULO 2843. Si la obligación del deudor y la del fiador se confunden, porque uno herede al otro, no se extingue la obligación del que fió al fiador.

Esta disposición es resultado de los efectos naturales de la confusión: “La obligación se extingue por confusión —dice el a. 2206— cuando las calidades de acreedor y deudor concurren en una misma persona”.

La razón de ello consiste en que la confusión en el caso de herencia, no permite que subsista la relación jurídica, por falta de sujeto activo (acreedor) y de sujeto pasivo (deudor).

Esta situación no se presenta en el caso del subfiador, porque éste se obligó a pagar por el fiador frente al deudor principal.

El subfiador que paga en este caso pierde el derecho de obtener el reembolso de lo pagado porque el fiador a quien fió. Es ahora el acreedor a quien aquél pagó.

En resumen, la confusión extingue la fianza en algunos casos y en otros no. La que tiene lugar entre el deudor y el acreedor producirá la extinción, porque cesando por virtud de ella la obligación principal, ha de cesar necesariamente la subsidiaria. La del acreedor y uno de los fiadores, no extingue la obligación principal y en cuanto a los cofiadores tampoco es la parte que a estos corresponde pues conforme al artículo 1194 (correspondiente con el a. 2207 del CC de 1928) en las deudas mencionadas (solidarias) no puede menos de estimarse comprendida la de aquellos sólo surte efecto la confusión en cuanto a la parte correspondiente entre acreedores y deudor en que concurren los dos preceptos y por último la confusión del fiador y del deudor o viceversa no extinguirá la obligación en cuanto al subfiador o subfiadores si los hubiere. (Véase Manresa y Navarro, José María, *Comentarios al código civil español*, Madrid, Reus, 1973, t. XII, p. 471.)

I.G.G.

ARTÍCULO 2844. La liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores, sin el consentimiento de los otros, aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado.

La remisión hecha por el acreedor a uno de los fiadores, sin el consentimiento de los demás aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del fiador liberado, porque el acreedor no puede por hechos propios aumentar la cuantía de las obligaciones de los demás fiadores en sus relaciones entre sí. En ese caso si los cofiadores deben responder proporcionalmente de la deuda principal, la remisión o perdón de la deuda debe ser con cargo al patrimonio del remitente y no aumentando la proporción con que cada cofiador participa en la obligación.

Si los cofiadores prestan su consentimiento para la liberación con su manifestación de voluntad, habrán consentido en absorber la porción de la deuda del liberado.

C.L.V.

ARTÍCULO 2845. Los fiadores, aun cuando sean solidarios, quedan libres de su obligación, si por culpa o negligencia del acreedor no pueden subrogarse en los derechos, privilegios o hipotecas del mismo acreedor.

El Digesto, en el libro I, título XVII, Ley 14 dispone: "No se debe, por hecho propio, empeorar la situación de otro".

Si por culpa o negligencia del acreedor, el fiador no puede subrogarse en los privilegios e hipotecas que corresponden al crédito afianzado, el fiador queda liberado de su obligación.

El precepto establece una manera específica de extinción de la fianza, por hechos imputables al acreedor que disminuyen o menoscaban los derechos del fiador para obtener el reembolso de las cantidades cuyo pago demanda el acreedor.

Contra la opinión de Manresa (*Comentarios al código civil español*, Madrid, Reus, 1973, t. XII, p. 484), pensamos que dados los términos del precepto en comentario, es importante para la extinción de la fianza que el fiador pueda obtener el resarcimiento de lo pagado precisamente por no poder hacer valer los privilegios y garantías reales en las que no se pueda subrogar.

Es suficiente que el acreedor que recibe la satisfacción de su crédito impida por culpa o negligencia, que el fiador se subrogue en el ejercicio del crédito, en las condiciones en que éste se encontraba al otorgar la fianza.

I.G.G.

ARTÍCULO 2846. La prórroga o espera concedida al deudor por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza.

Si el acreedor concede prórroga o espera al deudor principal, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza, porque el acreedor no amplía la responsabilidad del fiador durante la prórroga concedida.

No habrá de entenderse como prórroga, el hecho de que el acreedor no reclame el cumplimiento de la obligación inmediatamente de que sea exigible, pues tal circunstancia no revela la intención del deudor de conceder prórroga alguna, ya que conforme a lo dispuesto en la fr. V del a. 2836, cuando la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo, puede el fiador, aun antes de haber pagado, proceder contra el deudor, exigiéndole que asegure el pago o releve de la fianza.

La disposición de este artículo no es aplicable si el fiador hubiese prestado su voluntad a la prórroga o espera porque entonces desaparecería la razón en que

se funda, y por el contrario, expresa y bien explícita estaría en dicho caso la voluntad del fiador de aceptar las consecuencias de la prórroga o espera (Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*. 5a. ed., Madrid, Reus, 1941, t. III, p. 372).

C.L.V.

ARTÍCULO 2847. 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 obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones.

Consecuencia del carácter de la fianza es su reducción en la misma proporción que la deuda principal, por quita que se haga de ésta.

Si con ocasión de la quita la deuda principal se sujeta a nuevos gravámenes o condiciones, la fianza se extingue, porque habrá novación de la deuda principal.

Es decir, la deuda garantizada con la fianza se habría extinguido para dar lugar a una nueva obligación en la que se requeriría la voluntad del fiador para que la fianza subsista.

I.G.G.

ARTÍCULO 2848. El fiador que se ha obligado por tiempo determinado, queda libre de su obligación, si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo. También quedará libre de su obligación el fiador, cuando el acreedor, sin causa justificada, deje de promover por más de tres meses, en el juicio entablado contra el deudor.

En este precepto el legislador establece una regla específica aplicable a la expiración del término como causa de terminación de una obligación sujeta a esta nulidad extintiva (a. 1953).

Cuando el fiador se ha obligado por un cierto plazo, no queda liberado al vencimiento del término, continúa obligado durante el mes que sigue a la expiración del plazo establecido y el acreedor se beneficia de esa prórroga tácita, ya que dentro de ella puede requerir de pago judicialmente al deudor y en esta manera impedir que se produzcan los efectos expiratorios o el plazo extintivo.

Obsérvese que en este sentido el precepto introduce un medio singular e impeditivo de los efectos del plazo, a saber: El ejercicio de la acción de pago contra el deudor principal, cuando debió exigir que la acción se hiciera valer en este caso contra el deudor, cuya deuda puede no estar vencida y en contra del fiador, quien por identidad de razón no está obligado a pagar.

El precepto debió disponer que en el supuesto previsto, el acreedor debe demandar al deudor dentro del plazo de treinta días señalando nuevas garantías de la deuda y en caso de no otorgarlas dar por vencida la obligación (véase a. 1959 fr. II)

De esta manera se hace compatible lo establecido en la parte final del precepto (falta de promoción en el juicio seguido en contra del deudor principal) con la liberación o extinción de la fianza.

I.G.G.

ARTÍCULO 2849. Si la fianza se ha otorgado por tiempo indeterminado, tiene derecho el fiador, cuando la deuda principal se vuelve exigible, de pedir al acreedor que promueva judicialmente, dentro del plazo de un mes, el cumplimiento de la obligación. Si el acreedor no ejercita sus derechos dentro del plazo mencionado, o si en el juicio entablado deja de promover, sin causa justificada, por más de tres meses, el fiador quedará libre de su obligación.

En esta disposición aparece claramente el interés jurídico coincidente que tienen el acreedor y el fiador en el pago de la deuda principal.

El fiador puede requerir al acreedor para que en el perentorio plazo de un mes siguiente al vencimiento de la deuda ejercite la acción de pago contra el deudor que a la postre habrá de responder del cumplimiento de su obligación primero frente al acreedor y después frente al fiador que ha pagado la deuda por él contraída.

Porque como lo explica entre nosotros Francisco Lozano Noriega (*Cuarto curso de derecho civil. Contratos*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1970, p. 628). "El fiador tiene dos acciones fundamentales (contra el deudor) una acción personal que le deriva precisamente del contrato de fianza celebrado con el acreedor, no con el deudor; esa es la acción personal... Pero además de ésta el fiador tiene otra acción una acción oblicua en contra del deudor principal que es acción de subrogación legal".

El fiador como deudor del acreedor está interesado en que el deudor cumpla la obligación contraída, por lo que la negligencia del acreedor para hacerla efectiva a sus acreedores, es una causa más de extinción de la fianza.

I.G.G.

CAPITULO VI

De la fianza legal o judicial

ARTÍCULO 2850. El fiador que haya de darse por disposición de la ley o de providencia judicial, excepto cuando el fiador sea una institución de crédito, debe tener bienes raíces inscritos en el Registro de la Propiedad y de un valor que garantice suficientemente las obligaciones que contraiga.

Cuando la fianza sea para garantizar el cumplimiento de una obligación cuya cuantía no exceda de mil pesos no se exigirá que el fiador tenga bienes raíces.

La fianza puede substituirse con prenda o hipoteca.

Se ocupa este precepto de la fianza que tiene como fuente la ley o una disposición judicial y exige que el fiador ha de ser: propietario de bienes inmuebles inscritos en el RPP, o una institución de crédito. Hoy en día las fianzas menores de mil pesos son un dato para la historia.

Se caracterizan estas especies de fianzas porque: han de estar expresamente ordenadas por la ley, y porque las disposiciones legales a ella aplicables no pueden hacerse extensivas por analogía a las fianzas convencionales.

Puede citarse como ejemplo lo dispuesto en el último párrafo del precepto que se comenta, la fianza legal judicial puede substituirse por prenda o hipoteca (véanse aa. 317 y 519).

I.G.G.

ARTÍCULO 2851. Para otorgar una fianza legal o judicial por más de mil pesos se presentará un certificado expedido por el Encargado del Registro Público, a fin de demostrar que el fiador tiene bienes raíces suficientes para responder del cumplimiento de la obligación que garantice.

Esta disposición que es complemento del párrafo primero del artículo anterior, se estableció con el objeto de que las fianzas legales y judiciales constituyesen una garantía de solvencia del fiador.

Conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente se hará una inscripción de la fianza y este certificado servirá de antecedente para hacer la citada inscripción.

C.L.V.

ARTÍCULO 2852. La persona ante quien se otorgue la fianza, dentro del término de tres días, dará aviso del otorgamiento al Registro Público, para que en el folio correspondiente al bien raíz que se designó para comprobar la solvencia del fiador, se haga una anotación preventiva relativa al otorgamiento de la fianza. Extinguida ésta, dentro del mismo término de tres días se dará aviso al Registro Público, para que haga la cancelación de la anotación preventiva.

La falta de avisos hace responsable al que deba darlos, de los daños y perjuicios que su omisión origine.

El otorgamiento de la fianza legal y de la judicial, aunque no crea gravámenes ni derechos reales, se inscribe en el Registro Público de la Propiedad, mediante una inscripción preventiva en la tercera parte del folio real del inmueble respectivo (aa. 2852 y 3043 fr. VI del CC y a. 71 del reglamento del RPP) para establecer una presunción legal *juris et de jure*, de fraude civil para el ejercicio de la acción pauliana en caso de insolvencia posterior del fiador.

Esta inscripción preventiva tiene un especial efecto jurídico cuando se ha anotado a favor de una institución de fianzas en el folio real de un bien inmueble perteneciente al fiador, al contrafiador o al deudor solidario de dicha institución, porque en ese caso concreto, sin crearse propiamente un derecho real ni menos una hipoteca, se establece en la LFIF (aa. 28 y 100) un verdadero privilegio para el caso de embargo (a. 2993 fr. IX), con características propias, consistente en que el embargo que sobre el bien en cuestión llegue a practicar la citada institución le confiere a ésta un derecho de preferencia sobre los acreedores hipotecarios o embargantes al momento de la anotación marginal. *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 1984, p. 402).

C.L.V.

ARTÍCULO 2853. En los certificados de gravamen que expida el Registro Público se harán figurar las anotaciones preventivas de que habla el artículo anterior.

Esta disposición es complemento de la contenida en el artículo anterior y de la establecida en el siguiente. Con el certificado de gravámenes se conoce cuál es la situación que guarda un inmueble, cuya inscripción es oponible a terceros, por la publicidad que revisten las anotaciones en el RPP.

C.L.V.

ARTÍCULO 2854. Si el fiador enajena o grava los bienes raíces cuyas inscripciones de propiedad están anotadas conforme a lo dispuesto en el artículo 2852, y de la operación resulta la insolvencia del fiador, aquélla se presumirá fraudulenta.

Este precepto tiene por finalidad, lo mismo que los anteriores, hacer de la fianza legal y de la judicial, una garantía eficaz. Su antecedente se localiza en las reformas que al "Proyecto de nuevo código civil" se hicieron en 1928.

Originalmente, cuando se elaboró el proyecto en mención, se dispuso que los bienes raíces señalados para responder de las obligaciones derivadas de la fianza legal o judicial, no pudieran enajenarse ni gravarse, mientras que la fianza subsistiera. Al revisarse dicho proyecto, se modificó el criterio, pues se pensó que dificultaba enormemente la constitución de fianzas de aquella naturaleza, y se optó por la creación de la presunción en este artículo contenida, que aunque menos rigorista, cumple con el propósito de hacer de la fianza legal y de la judicial una verdadera garantía.

C.L.V.

ARTÍCULO 2855. El fiador legal o judicial no puede pedir la excusión de los bienes del deudor principal; ni los que fian a esos fiadores, pueden pedir la excusión de éstos, así como tampoco la del deudor.

Esta disposición tiene como fin dar mayor seguridad al cumplimiento de las obligaciones garantizadas con fianza legal o judicial negando a quienes otorgan esta clase de fianza el beneficio de excusión para no dilatar el pago de las obligaciones de esa naturaleza.

Ni el fiador legal o judicial ni las personas que fian a esos fiadores, podrán oponerse a la acción de pago diciendo que el acreedor no ha agotado la acción precisamente en contra del deudor principal y que ésta ha resultado infructuosa porque los bienes del demandado resultaron insuficientes. Por esta razón la ley ha sido más rigurosa exigiendo en los artículos anteriores requisitos especiales para aceptar a los fiadores legales y judiciales.

I.G.G.