

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

PRESCRIPCION DE LA OBLIGACION FIADORA

T E S I S

MARIO RENE CARRILLO ORTIZ

México, D. F.

1967



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*A mi Madre y a mi Hermano
quienes con su cariño, esfuerzo
y sacrificio, hicieron factible la
realización de mis estudios.*

*Con todo cariño a mi Esposa
y a mis Hijos.*

*A mis Maestros y a mis compa-
ñeros de trabajo quienes con su
apoyo moral y sus sabios conse-
jos me alentaron para lograr la
terminación de esta carrera.*

CAPITULO I

PRESCRIPCION, EVOLUCION HISTORICA

- 1.—Roma.
- 2.—Francia.
- 3.—México.

CAPITULO II

PRESCRIPCION

- 1.—Su naturaleza.
- 2.—Prescripción Positiva.
- 3.—Prescripción Negativa.
- 4.—Caducidad.

CAPITULO III

FIANZA — ANTECEDENTES HISTORICOS

- 1.—Pre Romanos.
- 2.—Roma.
- 3.—España.
- 4.—México.

CAPITULO IV

- 1.—Concepto de Fianza.
- 2.—Fuente de la Obligación Fianzosa.
- 3.—Elementos y Características del Contrato de Fianza.
- 4.—Clasificación de la Fianza.
- 5.—Obligación Solidaria y Subsidiaria.

CAPITULO V

Prescripción de la Fianza.

Conclusiones.

Bibliografía.

CAPITULO I

PRESCRIPCION

Evolución Histórica.

Sumario: 1.—En el Derecho Romano.—a) Procedimiento formulario; b) Praescriptio longis temporis; c) Praescriptio trigénita anorum; d) Usucapion; e) Usureceptio; f) Función de usucapion y prescripción; 2.—En el derecho francés; 3.—México.

ROMA

En el Derecho Clásico Romano, en el proceso formulario, al redactar el pretor la fórmula que dirigía al juez para que conociera de una causa, se agregaban ciertas partes a solicitud del actor o del demandado que en ocasiones precedían o reemplazaban la demonstratio, las que se denominaban praescriptio, y su objeto era limitar o precisar la demanda cuando lo solicitaba el actor, o dispensar al juez de examinar el fondo del negocio en caso de que se verificara el hecho enunciado por el demandado. (1)

La praescriptio que se ponía a solicitud del demandado y que tenía por objeto dispensar al juez de examinar el fondo del negocio en caso de que se verificase el hecho enunciado en ella, era

(1) M. ORTOLAN, aplicación histórica de las instituciones del Emperador Justiniano, Tomo I Pág. 422, II traducción de la 3a. Edición.

propiamente una excepción que se oponía en contra de la acción del actor.

La diferencia que existía entre la *praescriptio* y la excepción ordinaria era que la primera se escribía a la cabeza de la fórmula y sólo limitaba el conocimiento del juicio; y la segunda se colocaba al final de la fórmula y era preciso estudiarla juntamente con el fondo del negocio.

En tiempo de GALLO las prescripciones a favor del demandado sólo se insertaban en la fórmula bajo la forma de excepción, por lo que las prescripciones y las excepciones llegaron a ser sinónimas.

Posteriormente, al desaparecer el procedimiento formulario se fundieron definitivamente las prescripciones con las excepciones ordinarias. (2)

La *praescriptio* más conocida fue la *longis temporis*, aún cuando existieron otras como la *praejudicia* cuyo objeto era hacer la demanda cuando la decisión del juez fuere prejuzgar un asunto más importante. (3)

Praescriptio Longis Temporis.—En la época del Imperio Romano, antes de Justiniano, el territorio estaba compuesto de dos tipos de fundos, los llamados itálicos y los provinciales; los fundos provinciales no eran susceptibles de propiedad privada en cambio, los itálicos sí.

A causa y como consecuencia de esa diferencia, la usucapion que era el medio de adquirir la propiedad de una cosa mediante la posesión prolongada durante el tiempo y las condiciones exigidas por la ley, sólo era aplicable a los fundos itálicos.

En esas circunstancias, los poseedores de fundos provinciales carecían de recurso alguno para conservar sus posesiones aún cuando éstas dataran de mucho tiempo; esta laguna legal se subsanó cuando los legisladores crearon la *praescriptio longis temporis*, que fue un medio de defensa que se concedió a los posee-

(2) EUGENE PETIT, *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Pág. 273 y 630, Edición 1947.

(3) E. PETIT, *ob. cit.*, Pág. 630.

dores de los fundos provinciales, para cuando su posesión fuera prolongada pudieran rechazar la acción in rem que en su contra se dirigiera.

El origen de esta praescriptio se desconoce, sólo se encuentran referencias de ella en los textos del siglo II de nuestra era, pero se cree que es probable que fue propuesta en los edictos de los gobernadores de provincia y que su aplicación se extendió y reguló en las constituciones imperiales. (4)

En un principio la praescriptio longis temporis se aplicaba únicamente a los inmuebles y la podían invocar los ciudadanos romanos o los peregrinos que poseían a nom domine fundos provinciales, pero en la época de Antonio Caracaya su aplicación se extendió a las cosas muebles, lo que vino a beneficiar a los peregrinos que no tenían el comercio, quienes gracias a ésta podían conservar y defender sus posesiones cuando reunieran los requisitos exigidos por la ley, ya que no podían tenerlas en propiedad por carecer de ese derecho que la misma ley les negaba.

Los requisitos que para la praescriptio longis temporis se exigía eran los mismos que se requerían para la usucapion, o sea poseer la cosa con causa justa, de buena fe y durante un tiempo de diez años entre presentes o de veinte entre ausentes (5); si antes de que se cumpliera el término fijado se ejercitaba la acción in rem contra del poseedor, éste perdía el beneficio ganado.

Aún cuando la praescriptio longis temporis no otorgaba la propiedad de la cosa sus efectos eran extinguir la acción in rem, pero como ésta no operaba de pleno derecho, el juzgador no podía hacerla valer de oficio, por lo que se requería necesariamente que el poseedor la hiciera valer dentro del juicio.

Praescriptio Trigénita Anorum.—En el derecho clásico romano en general, las acciones civiles eran perpetuas salvo pocas excepciones hasta que Teodosio II, por el año 424 en una constitución decretó que todas las acciones reales o personales salvo la hipotecaria, se extinguirían después de transcurridos 30 años; a esta

(4) E. PETIT, ob. cit. Pág. 273.

(5) E. PETIT, ob. cit. Pág. 273.

(6) E. PETIT, ob. cit. Págs. 275 y 276.

forma de extinción de las acciones se le llamó praescriptio trigénita anorum o sea prescripción de 30 años. (6)

Con esta praescriptio se favoreció a los poseedores de mala fé, quienes no podían hacer uso de la usucapion ni de la praescriptio longis temporis, pues independientemente de que sus posesiones reunieran o nó los requisitos de causa justa y de buena fé, podían conservarlas indefinidamente porque dejaba de existir en su contra, la acción reivindicatoria.

En un principio esta praescriptio sólo extinguía la acción in rem y el poseedor únicamente la podía usar como excepción para repeler dicha acción, pero en el año 528 por efectos de ella, se concedió al poseeder la acción reivindicatoria para perseguir la cosa aun cuando en ningún momento otorgó la propiedad, por estar limitados estos efectos a la usucapion.

Usucapion.—A diferencia de la praescriptio longis temporis y de la trigénita anorum que sólo producían la extinción de acciones, la usucapion otorgaba la propiedad de los bienes muebles o inmuebles por la posesión de los mismos en el tiempo y con las condiciones que la ley establecía; este modo de adquirir la propiedad de los bienes estaba limitada únicamente a las cosas susceptibles de propiedad privada y a las personas que conforme a las leyes de la época tenían el privilegio de gozar del derecho de propiedad.

Era una institución exigida por el bienestar público, puesto que sin ella, los dominios eran siempre inciertos; no se puede decir que era injusta, ya que por el tiempo fijado en la ley para su consumación, el propietario contaba con un plazo suficiente para proteger y hacer valer su derecho; sus efectos fueron transformar el dominio bonitario en dominio quiritarario y sobre todo, era útil cuando la traslación del dominio estaba viciada por falta de derecho en el enajenante. (7)

Para que la usucapion se consumara se requería que la posesión de la cosa derivara de una causa justa, fuera de buena fé, continua y por el tiempo que la ley fijaba, el que era de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes.

(7) FELIPE SERAFINI, Instituciones de Derecho Romano. Págs. 300 y 301.

Por causa justa o justo título se entendía todo acto jurídico válido en derecho que implica en el enajenante la intención de transferir la propiedad y en el adquirente la de hacerse propietario. (8)

La posesión debía ser corporea et animo, pero no era necesario que el poseedor detentara materialmente la cosa pues podía entregar a un tercero la posesión material; además, la posesión debía ser continua, es decir, ininterrumpida. Cuando por alguna causa la posesión se interrumpía, el beneficio adquirido se perdía.

En algunos casos, el poseedor para usucapir podía unir su posesión a la de su autor, o sea, de aquel de quien la había adquirido; a ésto se le llamaba *acussio possessionum*.

Según los textos clásicos, la usucapion se aplicaba, como ya se dijo antes, para procurar el *dominium ex-jure quiritum* a quien tiene una cosa *in bonis*, o para que el poseedor de buena fé que había recibido la tradición de la cosa de persona que no era propietario o no tenía facultad para enajenar, adquiriera la propiedad de la cosa; opina Petit que esta segunda aplicación de la usucapion es difícil de justificar, porque ella tiene por resultado despojar al verdadero propietario. Pero el interés privado de un propietario negligente debe ceder a las consideraciones del orden público, lo importante es que la propiedad no permanezca indefinidamente incierta, además que el derecho del poseedor de buena fé no se consagra sino hasta después de transcurrido el tiempo que exige la ley, el cual es suficiente para que el propietario busque la cosa y la recupere. (9)

La usucapion como medio de prueba es de gran utilidad para el propietario porque en caso de duda de la legalidad de su derecho, basta con que pruebe que ha poseído la cosa con las condiciones y durante el tiempo requerido.

En un principio las cosas susceptibles de propiedad privada eran las corporales, fueran *mancipio nec mancipi* y por lo tanto las que podían adquirirse por usucapion; sin embargo, la ley de 12 tablas prohibía la usucapion de las cosas robadas, prohibición

(8) E. PETIT, *ob. cit.* Pág. 267.

(9) FELIPE SERAFINI, *Ob. cit.*, Pág. 359.

que fue confirmada por la Ley Antinia a fines del siglo VI de Roma; en el siglo VII esta prohibición se extendió a los muebles o inmuebles poseídos por medio de la violencia. (10)

La prohibición para la cosa robada, únicamente sancionaba al ladrón ya que si un tercero la adquiría de éste de buena fé para él la usucapion sí podía producirse.

Según la misma ley de las 12 tablas, la res mancipi de una mujer en tutela de sus agnados, y los praedia rústica vel suburbanas de los menores de 25 años para quienes la enajenación directa la prohibió el Senado Consulto de Septimio Severo, no podía usucapir. Sin embargo, en el caso de la mujer en tutela la usucapion era útil si la cosa era entregada directamente por ella y con el consentimiento de su tutor.

Usureceptio.—Esta era una usucapion abreviada que permitía a las personas por medio de la posesión sin justo título ni buena fé, recobrar aquellas cosas que fueron de su propiedad y que dejaron de pertenecerles por alguna entrega voluntaria en la que no intervenía el ánimo de perderla, sino simplemente de transmitir la propiedad temporalmente, como sucedía cuando se entregaba una cosa a otra persona para su guarda y para darle mayor libertad se le transmitía la propiedad, haciéndole prometer, por un pacto de fiducia, que le será restituida en un tiempo determinado, o cuando se transfería la propiedad de una cosa para procurar al acreedor una seguridad real con el compromiso de éste de volver a transferir la propiedad al deudor en el momento del pago. (11)

El plazo para que se consumara la usureceptio, era menor al de la usucapion pues se requería sólo de un año, fueran muebles o inmuebles.

Fusión de la Usucapion y la Prescripción.—En tiempo de Justiniano al modificarse la legislación, desaparece el procedimiento formulario, las diferencias entre fundos itálicos y provinciales, y se reconoce a todos los individuos del Imperio de calidad de ciudadanos; como consecuencia de esto, en el año de 1531 se funde la praescriptio longis temporis con la usucapion.

(10) F. SERAFINI, ob. cit. Pág. 350; E. PETIT, ob. cit. Pág. 200.

(11) E. PETIT, ob. cit. Pág. 271.

Desde entonces, se denominó indistintamente a la adquisición de bienes por medio de la posesión, usucapion o prescription.

Bajo esta misma denominación de prescripción se llama también a la extinción de las acciones en general por no exigirse su cumplimiento en el plazo de 30 años, con lo que se funde en una misma institución los que en su origen y por su naturaleza son completamente diferentes.

En efecto, mientras que la usucapion es un derecho que se adquiere con el simple transcurso del tiempo, la prescripción es un modo de extinción de acciones u obligaciones, y una excepción que tiene el deudor para repeler la acción del acreedor cuando ésta se ejercita después de transcurrido el tiempo fijado por la ley.

En esa forma las legislaciones de los diversos países que han tomado como base el Derecho Romano, con el nombre de prescripción, denominan tanto a la adquisición de la propiedad de las cosas por razón de su posesión prolongada, como a la extinción de las acciones por la negligencia que existe en el acreedor para ejercerla.

FRANCIA

En la legislación de este país, bajo el epígrafe de prescripción se denomina tanto a la adquisición de bienes por medio de la posesión continua y por un tiempo determinado, como a la extinción de las obligaciones por no exigir su cumplimiento en un plazo más o menos prolongado que fija la ley. Esto no es más que el resultado de la influencia del Derecho Romano de donde se adopta esta institución tal como quedó después de la fusión de la praescriptio longis temporis y la usucapion, realizada en la época de Justiniano.

Dentro de la legislación francesa ya no se encuentra ninguna distinción entre usucapion y prescripción, sino que simplemente a la adquisición de la propiedad por medio de la posesión prolongada, se le denomina prescripción adquisitiva y a la extinción de obligaciones se le llama prescripción extintiva.

Reunidas en un sólo capítulo la prescripción adquisitiva y la prescripción extintiva se establecen una serie de reglas, las cua-

les algunas son de aplicación común para ambas prescripciones y otras no.

Siguiendo las normas de la usucapion del antiguo Derecho Romano, mediante la prescripción adquisitiva se puede adquirir la propiedad de los inmuebles y de los muebles susceptibles de posesión privada; además por medio de ésta, se puede adquirir sobre las mismas cosas, los derechos de usufructu y servidumbre. (12)

Para que un mueble pueda prescribir es requisito que el adquirente sea de buena fé, pues ésta no opera cuando haya mediado pérdida o robo, o cuando la cosa se recibe por un acto distinto que no implique la transmisión de la propiedad.

En cuanto a los inmuebles se requiere que éstos se encuentren en el comercio y que la posesión sea verdadera, a título de propietario y exenta de vicios. Los simples poseedores en precario o de tentadores no pueden prescribir.

La prescripción puede aprovechar a cualquier persona física o jurídica sin distinción de nacionalidad, al igual que puede correr en su contra. (13)

El plazo máximo para la prescripción es de 30 años, el que se reduce a 10 ó 20 años cuando el poseedor es de buena fé y tiene justo título.

En esta legislación ya encontramos que en forma expresa se determina el momento en que el plazo prescriptorio comienza a decursar y las reglas para computarlo; también se establece causa de interrupción de la prescripción y de suspensión.

Causa de Suspensión.—Los efectos de la suspensión son impedir que la prescripción comience a decursar o ya iniciada evitar que ésta continúe, es decir, que se marca un compás de espera cuando la persona en contra de quien decursa se encuentra en alguno de los supuestos que la ley señala como suspensores de prescripción.

Las causas de suspensión de la prescripción son aplicables

(12) PLANTOL y RIEPERT, Derecho Civil, Tomo III, Pág. 501; 1040 Cultural, S. A. Habana.

(13) PLANTOL y RIEPERT, *ob. cit.* pág. 502.

tanto a la prescripción adquisitiva como a la extintiva y son las siguientes:

La minoría de edad o la interdicción en el acreedor; la prescripción tampoco corre entre esposos, contra la mujer casada respecto de los bienes dotales, contra el heredero bajo beneficio de inventario de los créditos que tiene contra la sucesión.

La jurisprudencia francesa ha establecido algunos casos de suspensión como son, cuando el país atraviesa por una invasión, sufre inundación o epidemia que ponga al acreedor en imposibilidad material de actuar contra el deudor, pero ésta suspensión está condicionada a que una vez que cesa la imposibilidad, el acreedor debe actuar de inmediato, pues de lo contrario, el beneficio de la suspensión concedida en esta forma no surte sus efectos. (14)

También se encuentra como causa de suspensión el estado de guerra, que por regla general afecta a las posibilidades normales de ejercicio de los derechos, debido a que las acciones y persecuciones judiciales no son posibles contra los movilizados o asimilados salvo autorización especial; esta circunstancia fue reconocida en un decreto de 10. de septiembre de 1939, en el que se estableció que el acreedor que no ha podido actuar contra su deudor, no puede oponérsele la prescripción extintiva .

Causas de Interrupción.—Al contrario de la suspensión, la interrupción de la prescripción, produce el efecto de inutilizar todo el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se produjo.

En la prescripción adquisitiva se distinguen dos clases de interrupción, la natural que es el resultado de la pérdida o abandono de la posesión y la civil.

En la prescripción extintiva, la interrupción natural no tiene cabida porque no se opera con motivo de posesión, por lo que la única interrupción aplicable al caso es la civil.

La interrupción civil tanto en la prescripción adquisitiva como en la extintiva es el resultado de la persecución que el acreedor

(14) Louis Josserand, *Derecho Civil*, Tomo I, Vol. III. Pág. 180 y siguientes; PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.* Pág. 622 y siguientes.

hace para obtener el reconocimiento de su derecho por parte del poseedor o del deudor según el caso.

Esta interrupción se produce aún cuando la citación se haga ante tribunal incompetente. Sin embargo, si la demanda es nula por vicio de forma o el acreedor se desiste de ella o es rechazada, o se declara la caducidad de la instancia, no produce ningún efecto interruptor.

La regla general es que la interrupción aprovecha sólo al acreedor que realiza el acto, pero en materia de solidaridad activa, surte efectos a favor de todos los acreedores de igual grado.

El reconocimiento de la deuda por el deudor, también interrumpe la prescripción.

Este reconocimiento puede ser expreso o tácito; es tácito cuando el deudor hace pago al acreedor de una parte del crédito o de los intereses, o realiza actos que implican el reconocimiento del derecho del acreedor.

Los efectos de la interrupción como ya se dijo, son el de anular el tiempo transcurrido, pero la prescripción puede empezar a decursar nuevamente desde la fecha en que se realizó el acto interruptor.

MEXICO

Código Civil de 1870.—Fue éste el primer Código que para el Distrito Federal y Territorios se expidió. Sus propios autores reconocen que para su elaboración influyeron los conocimientos y experiencias obtenidas en otras legislaciones como fueron la francesa, austriaca y holandesa y los proyectos españoles y mexicanos formulados con anterioridad.

En el título séptimo, capítulo 1 a 4, artículos 1165 a 1244, se reglamenta el escabroso problema de la prescripción, que si bien es cierto que su objeto es el de evitar la perpetuidad de las acciones y la incertidumbre de la propiedad, en la mayoría de los casos sus efectos privan a las personas de su derecho a través de proporcionar a los deudores y poseedores de buena y mala fé una acción o excepción para que se les otorgue o reconozca el derecho

de propiedad sobre la cosa poseída o bien, eludan el cumplimiento de una obligación, por el simple transcurso del tiempo.

El capítulo se inicia definiendo a la prescripción como un medio de adquirir el dominio de una cosa o liberarse de una carga u obligación mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley. (artículo 1165)

Al igual que en el derecho francés encontramos que, bajo la denominación de prescripción se asimila tanto a la adquisición de bienes por medio de la posesión prolongada, como la extinción de las obligaciones por el sólo transcurso del tiempo.

A la adquisición de las cosas o derechos en virtud de la posesión, se le llama prescripción positiva y a la liberación de obligación, negativa

Los principios generales, sobre los cuales se basa la reglamentación de esta materia reflejan la influencia de los derechos romanos y francés. Para esa reglamentación, la comisión encargada de labrar este código, tomó en consideración los diversos problemas que provocaban la existencia constante de litigios que tenían como causa primordial dirimir cuestiones relacionadas con la propiedad de las cosas, asimismo, se tomaron en cuenta las condiciones o situaciones personales en que podían encontrarse los individuos en contra de quienes correría la prescripción. (15)

La prescripción positiva es aplicable a todas las cosas muebles e inmuebles, a los derechos reales, e incluso a las servidumbres, con el único requisito de que éstos se encuentren en el comercio; y aprovechaba a todos los que fueron capaces de adquirir por cualquier otro título incluyendo a los menores o incapacitados, quienes podían hacerlo por medio de sus legítimos representantes.

En términos generales para que se produjera la prescripción positiva, se requería que la posesión se fundara en justo título, que fuera de buena fé, pacífica, continua y pública; sin embargo, también podía consumarse cuando la posesión carecía de la buena fé.

Para adquirir la propiedad de los inmuebles, de los derechos

(15) Código Civil de 1870, Exposición de Motivos.

reales y de las servidumbres voluntarias por medio de la prescripción, se requería el transcurso de 20 ó 30 años según fuera la posesión de buena o mala fé.

Respecto a los muebles, el plazo prescriptorio era de 3 años si la posesión era continua, pacífica y acompañada de justo título de buena fé, o de 10 años si no existía buena fe o justo título; en este caso, la buena fé y el justo título siempre se presumían, pero si la posesión derivaba de la pérdida sufrida por el dueño o de un delito, para el que poseía en estas condiciones, la prescripción no decursaba, pero si la cosa pasaba a un tercero de buena fe se consumaba la prescripción a favor de éste después de transcurridos seis años.

El derecho de adquirir por prescripción positiva no podía renunciarse por anticipado, pero al igual que en el caso de la prescripción negativa sí puede renunciarse a la que ha comenzado a correr y a la ya consumada, pero a esta renuncia se le consideraba como una donación de los derechos que en cada caso se habían adquirido, por lo cual debía sujetarse a las reglas establecidas para el contrato de donación.

La renuncia podía ser expresa o tácita resultando ésta última del abandono del derecho adquirido, para que surtiera efectos tal renuncia era requisito indispensable que el renunciante tuviera capacidad legal para enajenar.

La prescripción no sólo aprovechaba al deudor o al poseedor directo, sino a todos los que tuvieran legítimo interés en que ésta subsistiera para lo cual estaban facultados por la ley para hacerla valer (artículo 1165).

La prescripción negativa o sea la liberación de la obligación mediante el transcurso de cierto tiempo, aprovechaba a todos aún a los que por sí mismos no podían obligarse

En este caso a diferencia de la prescripción positiva, se autorizaba la renuncia al derecho de prescribir, pero los efectos de esta renuncia no eran precisamente el de privar al deudor del beneficio de la prescripción ya que lo único que ocurría era que los plazos se duplicaran pero sin que excedieran de 30 años que era el establecido como máximo (artículos 1171 y 1172).

En atención a las determinadas condiciones o situaciones en que podían encontrarse las personas en contra de quienes decurriría la prescripción, bajo el rubro de causas de suspensión de la prescripción, se establecieron las siguientes reglas:

La prescripción no corre contra el menor si ha comenzado directamente en su contra durante la minoría de edad, pero si la prescripción es de más de 20 años, corre contra el mayor de 18 años. Según la exposición de motivos de este Código, la comisión señaló la edad de 18 años por ser ésta la designada para la emancipación, (16).

La prescripción de 20 años corre contra el menor cuando ésta ha comenzado en la persona de quien hereda o de quien ha recibido la cosa por algún título legal, pero en este caso hasta el cuatrenio legal puede pedir restitución del tiempo corrido contra él, pero del que ha decursado contra su causante (artículo 1224).

Contra los incapacitados por falta de inteligencia no corre la prescripción a menos que haya comenzado antes de su impedimento pudiendo pedir la restitución del tiempo durante el cual duró su impedimento.

La prescripción tampoco puede comenzar ni correr entre ascendientes y descendientes durante la patria potestad respecto de los bienes a que los segundos tengan derecho conforme a la ley; entre los consortes; entre los menores o incapacitados incluso el pródigo y sus tutores o curadores, mientras dura la tutela; contra los ausentes del estado en servicio público; contra los militares en servicio activo en tiempo de guerra, tanto fuera como dentro del Estado.

Tampoco puede comenzar ni correr la prescripción entre un tercero y una mujer casada respecto de los bienes dotales; a no ser que la prescripción haya comenzado antes del matrimonio, respecto de los bienes inmuebles del haber matrimonial enajenados por el marido sin el consentimiento de la mujer, pero sólo en la parte que a esta corresponda en ellos, y en los casos en que la acción contra terceras personas tenga reversión contra el marido.

(16) Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1870, Edición Económica, Tlp. de Aguilar e Hijos, 1879. Parte expositiva, Pág. 44.

También se crearon reglas que determinan las causas de interrupción del plazo prescriptorio que pueden ser naturales o civiles, las causas naturales solamente eran aplicables a la prescripción positiva, por provenir del abandono de la cosa o del gozo del derecho durante un año.

La interrupción por causa civil es aplicable tanto a la prescripción positiva como a la negativa, y se da por demanda judicial notificada al poseedor o al deudor según el caso, o por embargo

La simple cita para el acto consilatorio, protesta judicial o aseguramiento de bienes hecho en virtud de providencia precautoria, también interrumpe la prescripción desde el día en que se realizan, si dentro del mes siguiente el actor ejercita su acción en juicio contencioso.

Entre las causas de interrupción también está el reconocimiento que el poseedor o el deudor hace del derecho por prescribir. Este reconocimiento puede ser expreso, de palabra, por escrito, o tácito.

En la solidaridad pasiva, la interrupción respecto a uno de los deudores solidarios afecta a los demás, pero si el acreedor consiente en la división de la deuda respecto de uno de los deudores y sólo exige de éste la parte que le corresponde, no se entenderá por interrumpida la prescripción respecto de los demás, a pesar de la solidaridad; este principio se aplicaba a los herederos del deudor fueren o no solidarios.

Sin embargo, la prescripción que se consuma a favor de uno de los deudores solidarios no aprovecha a los demás sino cuando el tiempo exigido por la ley haya decursado en forma igual para todos; con el único beneficio de que cuando el acreedor exija el pago de la deuda a los deudores a favor de quienes no se ha operado la prescripción, deberá deducir la proporción que correspondía pagar al deudor a favor de quien se consumó la prescripción (artículo 1179, 1180 y 1233).

De lo anterior se concluye que los efectos de la interrupción de la prescripción son comunes a todos los deudores solidarios al contrario de los de la consumación que son individuales para cada uno de ellos.

Respecto a los deudores no solidarios para que la interrupción de la prescripción produzca efectos en ellos, se requiere el reconocimiento o citación de todos, salvo en el caso de los fiadores que aún cuando no son deudores solidarios sino subsidiarios, el artículo 2236 establecía que la interrupción de la prescripción contra el deudor principal produce los mismos efectos contra su fiador.

En la solidaridad activa, la interrupción de la prescripción a favor de uno de los acreedores siempre aprovechaba a todos.

Los efectos de la interrupción de la prescripción eran los de inutilizar todo el tiempo corrido antes de que se produjera la causa.

El plazo prescriptorio se cuenta por años y no de momento a momento salvo en los casos en que la ley lo determine expresamente en otra forma; los meses se regulan por el número de días que les corresponden y los días por 24 horas naturales.

El día de iniciación de la prescripción aún cuando no fuere entero siempre se cuenta completo y el último si debe ser completo; si el último día fuere feriado, la prescripción no se tendrá completa sino hasta el siguiente útil.

La prescripción una vez que se consuma puede deducirse como acción y oponerse como excepción, pero en ningún caso, los jueces la pueden hacer valer de oficio.

Código Civil de 84.—A consecuencia de los frecuentes movimientos políticos y las inquietudes sociales de la época, la vigencia del Código Civil de 1870 fue corta ya que en el año de 1884, siendo Presidente de la República el Sr. Manuel González se promulgó el nuevo código, el cual fue una repetición del anterior en el que se inspiró; en él se encuentran ligeras modificaciones y unas de sumo interés como fue la de introducir en materia hereditaria el principio de la libre testamentifacción en lugar del forzoso exigido en el Código de 1870.

En materia de prescripción, los plazos de 20 y 30 años que para la prescripción de los inmuebles se exigía, se reducen a 20 y 10 años; en el capítulo de causas de suspensión se suprimieron aquellas modalidades que autorizaban al menor y al incapacitado

la restitución del tiempo corrido en su contra durante la minoría o la incapacidad.

En la interrupción de la prescripción se establece el principio de que las notificaciones, citaciones o los secuestros de los bienes, no es necesario que se practiquen dentro del término para la prescripción ya que surten sus efectos aún cuando fueren practicados fuera de este término si la promoción se hubiere hecho en tiempo y no existiera culpa ni omisión por parte del actor.

En lo que se refiere a los demás preceptos contenidos en el Código de 1870, respecto a esta materia, en su totalidad los observa este Código.

Código Civil de 1928.—La gran influencia que el Código de Napoleón ejerció en la mayoría de las legislaciones de la época, hizo que en éstas, prevaleciera la tendencia individualista que había en él. El respeto exagerado a la libertad individual, fue causa de verdaderas explotaciones de aquellos que por las circunstancias se veían en la necesidad de contratar en desigualdad de condiciones económicas; ésto produjo la necesidad de un derecho social más humano que reemplazara la vieja fórmula de la Escuela Liberal de "dejar pasar", "dejar hacer".

Ya con esa idea de modificar la legislación en nuestro país se designó una comisión que se encargara de formular un proyecto de código, el que dio origen al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales que se promulgó el 30 de agosto de 1928.

La aplicación de este nuevo Código fue en toda la República en materia federal, y su criterio fue en función de socialización del derecho que substituyó realmente el individualista que en las anteriores legislaciones predominaba. La obra no fue meramente original y así lo reconoce la misma comisión redactora "convenida de que en materia legislativa la invención es peligrosísima y de que los intereses sociales son demasiado respetables para arriesgarlos a un experimento de éxito problemático"; de ahí que las reformas propuestas en el proyecto se encontraran secundadas por inminentes tratadistas y existentes ya en otras legislaciones consideradas como las más avanzadas. (17)

(17) Exposición de motivos del Código Civil de 1928.

En materia de prescripción los plazos que se fijan son: en la positiva de 5 y 10 años, según fuera de buena fe o mala fe, o el inmueble hubiera sido objeto de una información de posesión; y en la negativa 10 años, contados desde que la obligación fue exigible. Asimismo, se establecen prescripciones breves de 2 a 5 años; salvo estas modificaciones, los demás principios que para la prescripción establece el Código de 84, son los mismos.

Este Código, siguiendo el criterio de los anteriores de 70 y 84, en un mismo capítulo consigna tanto a la prescripción positiva o adquisitiva como a la negativa o extintiva, lo cual ha sido criticado entre otros por el Sr. Lic. Gutiérrez y González quien opina que la palabra genérica de prescripción, designa dos figuras, que lo único que tienen en común es el nombre el cual se les ha dado desde hace siglos debido a un motivo cuyo origen histórico se encuentra en el Código de Justiniano, en el cual se reunieron en un sólo capítulo dos instituciones que en el derecho antiguo y clásico habían estado siempre separados y que sólo tienen en común el tiempo que, para la consumación de ambas, es requisito indispensable; fuera de esa semejanza tan relativa, no tienen ninguna otra. (18)

(18) Derecho de las Obligaciones, Lic. Ernesto Gutiérrez y González, Edición 1965, Págs. 770 a 773.

CAPITULO II

- a) Concepto de Prescripción. b) Naturaleza de la Prescripción. c) Prescripción Positiva. d) Prescripción Negativa.

Concepto de Prescripción.—La prescripción es el medio de adquirir la propiedad o librarse de obligaciones por el transcurso de cierto tiempo y con las condiciones que la ley establece. En términos generales así se ha definido la prescripción en nuestro derecho y en otras legislaciones de América entre las cuales se cuenta la Argentina, la Francesa y la Española. (19)

El reunir en un sólo concepto la adquisición de bienes por la posesión de los mismos durante un tiempo determinado, y la liberación de obligaciones por no exigirse su cumplimiento en el plazo que fija la ley, ha provocado críticas como la de Louis Joserand y la del Lic. Gutiérrez y González, que opinan que bajo la denominación de prescripción se tratan dos instituciones dife-

(19) Código Civil Argentino artículo 3497.—Los derechos reales y personales se adquieren y se pierden por la prescripción que es un medio de adquirir un derecho o de librarse de una obligación por el transcurso del tiempo; en la Legislación Española por la prescripción se adquiere de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y los derechos reales, también se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones de cualquier clase que sea (G. Cabanellas, Dictador de Derecho Usual III N-R; Bilibiogarfa Omcha, Buenos Aires 1962).—Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común, y para toda la República en materia federal artículo 1135.—Prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley.

rentes que sólo tienen en común el tiempo que en ambas se requiere.

El unir en una sola dos instituciones diversas además de ser un grave error que debía de tratar de corregirse, ha provocado confusión e incompreensión en su reglamentación, pues se mezclan en una sola norma, casos que no son aplicables por parejo a ambas, de ahí que al estudiar la ley que rige esta materia debe hacerse la distinción respecto a que normas aplicables en cada caso.

Para evitar esa serie de problemas y poder sistematizar el estudio de la prescripción, es indispensable separar estas dos instituciones, reglamentar en forma directa cada una de ellas y colocarlas en el lugar que les corresponda de acuerdo con los efectos que producen; es decir, a la prescripción positiva o adquisitiva dentro del capítulo de los bienes y a la prescripción negativa o extintiva en el de las obligaciones. En algunas legislaciones esta separación ya se ha hecho, reglamentando la usucapción, prescripción adquisitiva, en el capítulo de los modos de adquirir la propiedad (Argentina, Suiza y en México en el Código Civil del Estado de México) y la prescripción negativa o extintiva entre los modos de extinguir las obligaciones.

Naturaleza de la Prescripción.—Desde el Derecho Clásico Romano, la prescripción tuvo como finalidad evitar la perpetuidad de las acciones reales y personales y la incertidumbre en las posesiones; gracias a ésta los deudores se ven liberados de sus obligaciones después de cierto tiempo que fija la ley.

La prescripción tanto positiva como negativa presuponen un estado de hecho ilegítimo que se consolida con el tiempo. En la positiva, las facultades jurídicas del propietario para recuperar la cosa, se encuentran controvertidas por el derecho que el sólo transcurso del tiempo fijado por la ley para oponerse a la reivindicación, da al poseedor; en la extintiva las facultades del acreedor se encuentran contrarrestadas por la excepción que el deudor adquiere, por el transcurso del tiempo dentro del cual no se ejerció el derecho.

La prescripción es de orden público y tiene por objeto can-

celar la situación de hecho, poniendo fin a las contiendas entre las partes cuando el titular del derecho abandona su ejercicio y deja transcurrir el plazo que la ley señala para ese efecto.

A través de la prescripción se proporciona una seguridad a las personas, quienes después de transcurrido el plazo que la ley fija para su consumación, no se verán afectadas en su patrimonio por chicanas de acreedores o de antiguos propietarios que traten de aprovecharse del tiempo transcurrido y de la imposibilidad material para conservar o reunir determinadas pruebas que acrediten el cumplimiento de sus obligaciones o la legitimidad de su derecho.

Aún cuando la prescripción es de derecho público sólo es considerada cuando el deudor o el que tiene interés legítimo en ella la hace valer.

Braudy Lacantinerie opina que; puede parecer en desacuerdo con el derecho común, el cual quiere que los medios de derecho que se relacionan con el orden público sean suplidos de oficio, el que la prescripción no se aplique en esta forma, pero que no es preciso considerar en un proceso que pone en juego intereses particulares, el medio de la prescripción como perteneciente al orden público, ya que es cuestión de orden privado la de saber si determinada prescripción ha sido realizada y debe ser opuesta. Por otra parte, la prescripción entraña a veces una cuestión de moral o de conciencia, ya que puede llevar una expropiación injusta si el legislador ha creído que deba admitirlas como posibles en todos los casos; es necesario que sea juez en su propia causa el que se aprovecha de ella, pues la ley pone en sus manos un arma cuyo uso puede ser desleal, por eso a él le toca juzgar si debe servirse de ella. Además de ser menester que el punto de saber si la prescripción se ha realizado da lugar a cuestiones de hecho en las cuales es necesario generalmente que las partes se expliquen por sí mismas. (20)

Si bien es cierto que la prescripción presupone en general un estado de hecho ilegítimo que se consolida con el tiempo, como en toda regla, aquí también hay excepciones pues existe un fin

(20) Prontuario de ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el Lic. Salvador Chávez Hayhoe, Tomo "p". Pág. 625.

más noble para la prescripción que no es el de la consolidación de una situación ilegítima, sino por lo contrario reforzar a través de su consumación la prueba de la existencia de un derecho o de la liberación de una obligación o la dispensa de la misma con lo que se evita la necesidad de conservar por tiempo indefinido que acrediten la existencia de este derecho o prueben el cumplimiento de la obligación o su liberación.

Las prescripción negativa no afecta directamente el derecho del acreedor, sino la acción que tiene para obtener el reconocimiento de su derecho violado o desconocido y el cumplimiento de la obligación. Es decir que la prescripción no afecta en sí la obligación pues ésta no se extingue porque a pesar de que la prescripción se haya consumado ésta subsiste y el cumplimiento de ella por parte del deudor es legítimo.

De lo anterior se concluye que la prescripción no es más que un derecho que con el tiempo adquiere el deudor para legalmente excepcionarse del cumplimiento de una obligación sin que ésto implique la extinción de ésta, pues la misma, aún en estado natural, subsistirá y si posteriormente se desea cumplir, puede hacerse sin que ese cumplimiento constituya un pago de lo indebido o un enriquecimiento ilegítimo del acreedor.

La prescripción es puramente de derecho, por esa causa no se puede admitir ninguna prescripción que no esté prevista en la ley.

Los efectos en sí de la prescripción no son más que los de una sanción que la ley impone al acreedor quien con su actitud pasiva demuestra su falta de interés en que se cumpla la obligación o se le reconozca la existencia de un derecho la que consiste en dar al deudor los medios para destruir los efectos de la acción; no lesiona los derechos de los acreedores, sino simplemente con una finalidad puramente social limita a un tiempo más o menos razonable el ejercicio de las acciones para evitar la existencia de conflictos perenes que producirían una inseguridad económica social.

La prescripción adquisitiva produce una acción o excepción en favor del poseedor, en cambio la negativa sólo excepción.

La excepción que adquiere el deudor no sólo aprovecha a éste sino también a sus acreedores y en general a toda persona que tenga interés legítimo en que subsista la prescripción (artículo 1143 del Código Civil).

El derecho a prescribir es irrenunciable, pero la prescripción ganada sí es susceptible de renuncia siempre y cuando no cause perjuicio a los acreedores del sujeto a favor de quien ha decursado o terceros que tengan interés legítimo en que subsista, pues en este caso, a pesar de la renuncia, la prescripción surte sus efectos.

Prescripción Positiva.—La prescripción positiva no es más que la usucapión del Derecho Clásico Romano, o sea el modo de adquirir bienes, muebles e inmuebles por la posesión de los mismos durante el tiempo y bajo las condiciones que la propia ley establece. Su objeto es consolidar la propiedad cuando la posesión de las cosas se tiene por un tiempo prolongado y continuo y con las condiciones que exige la ley.

Para algunos autores, la prescripción positiva no hace adquirir la propiedad inmobiliaria más que por accidente porque se considera que el papel esencial y más honorable de ésta, es el de permitir la prueba de la propiedad y evitar reivindicaciones lejanas e imprevisibles; la prescripción se reduce esencialmente a una presunción de propiedad establecida en favor de quien posee un inmueble o mueble durante un largo tiempo, lo que equivale a título. (21)

Las condiciones para que se produzca la prescripción, son de dos especies, unas que se refieren al bien y otras a la naturaleza de la posesión.

En razón al bien, el principio general es que la prescripción positiva sólo es aplicable a las cosas que se encuentran en el comercio.

Respecto a la naturaleza de la posesión, ésta debe ser verdadera a título de propietario, exenta de vicios, pacífica y continua, a su vez puede ser de buena fe o de mala fe.

(21) Louis Josseland (Derecho Civil), *Obra Citada*, Tomo I, Vol. III, Pág. 170.

La buena fe o la mala fe influyen directamente en el plazo que se requiere para la consumación de la prescripción, el cual es menor cuando la posesión se tiene de buena fe y mayor cuando no es así.

En nuestro Código Civil Federal vigente, la posesión necesaria para prescribir, debe ser en concepto de dueño, pacífica, continua y pública.

Conforme al artículo 826 sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede producir la prescripción, de aquí que sólo la posesión originaria sea la apta para la prescripción y no la derivada, por ser ésta la que conforme a la ley, da al que la tiene la presunción de propietario para todos los efectos legales.

El disfrute de la cosa en concepto de dueño debe ser por todo el tiempo que para la prescripción positiva exige la ley ya que, si por alguna causa se cambia este concepto, la prescripción no se consumará aún cuando la posesión continuara.

Conforme a nuestra legislación, la buena fe de la posesión se presume siempre y el que afirma lo contrario, le corresponde probar ese hecho.

No es necesario que la buena fe subsista por todo el tiempo que se requiera para la prescripción, basta simplemente para que produzca sus efectos que existan en el momento que se origine la posesión.

Se dice posesión de buena fe a aquella que se obtiene con un título suficiente que proporciona el derecho de poseer, sin embargo, también es poseedor de buena fe, el que ignora los vicios de su título, que le impiden poseer.

Es poseedor de mala fe el que entra a la posesión sin título alguno, o el que conoce los vicios de su título que le impiden poseer con derecho.

Posesión pacífica es aquella que se obtiene y se conserva sin violencias. Cuando la posesión se adquiere por medio de la violencia aún cuando ésta cese y se continúe posteriormente pacíficamente, para que se consuma la prescripción, se requerirá que

transcurra el plazo de 10 años para los inmuebles y 5 para los muebles, el que se contará desde la fecha en que la violencia haya cesado.

Para que se produzca la prescripción positiva, es requisito indispensable la continuidad de la posesión, es decir, que ésta por ninguna causa cese, ya que la pérdida de la misma produce la pérdida del beneficio ganado; sin embargo, si la posesión que se pierde es recuperada bajo las mismas condiciones antes de un año, ésta surtirá sus efectos.

La posesión es pública cuando se manifiesta sin ocultación y que es del conocimiento público, y que permite a cualquier persona que se sienta con derecho sobre la cosa, ejercitar las acciones que tenga, bien sea para obtener la reivindicación o simplemente para que su derecho sea reconocido y evitar en esa forma que en su perjuicio se consuma la prescripción.

Al consumarse la prescripción positiva, la persona a favor de quien decursó, adquiere un derecho que lo constituye propietario de la cosa, el que a la vez le da acción para ocurrir ante los tribunales en demanda de que se le reconozca como tal.

Si bien es cierto que por medio de la prescripción positiva, se adquiere un derecho, también puede decirse que se produce la pérdida del que tenía la persona en contra quien decursó.

Sin embargo, cuando la posesión deriva de un título viciado, la prescripción sólo purga esos vicios y consolida la propiedad legal. En este caso se puede decir que no se produce la adquisición de un derecho, porque éste ya se tenía, sino simplemente que el ya existente se legitima.

La posesión durante toda su extensión no es personal, sino que admite la unión o suma de posesiones para completar la prescripción siempre y cuando el que haya poseído reúna los requisitos exigidos para la prescripción, al igual que el que posea después.

La prescripción al consumarse produce efectos retroactivos, porque la propiedad no se reputa desde el momento en que ésta se produjo sino desde que se entró en posesión del bien prescrito.

A su vez la prescripción consumada dispensa de la prueba

de legalidad de un título, pues para que sea declarada sólo se requiere que se demuestre que la posesión se adquirió y disfrutó bajo las condiciones y durante el plazo que fija la ley.

Para que la prescripción surta sus efectos, es indispensable que el beneficiado con ella ocurra ante los tribunales para que su derecho sea reconocido y en esta forma surta sus efectos en contra de terceros; es decir, que la prescripción no opera de pleno derecho sino que es preciso que su beneficio sea invocado por quien tiene derecho a ello o interés legal en el mismo.

Los plazos que en materia de prescripción positiva fija nuestro Código Civil Federal son de 5 años para los bienes inmuebles cuando se poseen en concepto de propietario, con buena fe, pacífica, continua y públicamente o cuando el inmueble haya sido objeto de una inscripción de posesión; cuando la posesión es un concepto de propietario, pacífica, continua y pública pero de mala fe, el plazo prescriptorio será de 10 años.

Los plazos antes mencionados se aumentan en una tercera parte cuando se demuestra por quien tenga interés jurídico, que el poseedor de finca rústica no ha cultivado durante la mayor parte del tiempo de la posesión, o si se trata de finca urbana cuando no se hayan hecho en ellas las reparaciones necesarias y que la mayor parte del tiempo haya estado deshabitada.

La prescripción de los bienes muebles se consuma en tres años cuando son poseídos con buena fe, pacífica y continuamente, pero si falta la buena fe, el plazo será de 5 años.

La posesión adquirida por medio de un delito, nunca será apta para la prescripción sino a partir de la fecha en que se haya extinguido la pena o prescrito la acción penal y, para ese efecto, la posesión se considerará como de mala fe.

La prescripción puede interrumpirse por dos causas, naturales o civiles; las naturales son aquellas que producen la pérdida material de la posesión o la privación de su goce, pero para que esta privación surta sus efectos interruptorios, es requisito indispensable que dure por más de un año; la privación por tiempo menor a un año, no produce efectos interruptorios.

La interrupción civil no requiere necesariamente de una des-

posesión material ni de la pérdida del goce. Esta puede ser motivada por el mismo propietario en contra de quien corre la prescripción o bien del poseedor a quien beneficia.

La interrupción es provocada por el propietario cuando éste ejercita su derecho en contra del poseedor a favor de quien de curso la prescripción, para obtener por parte de éste la entrega de la cosa o simplemente el reconocimiento de su derecho. Esta interrupción debe llevarse a cabo por demanda o por cualquier género de interpelación judicial notificada al poseedor.

Respecto de la interrupción por demanda existen dos criterios, uno que es el que establece el Código Civil en el que se ha interpretado que para que la prescripción se interrumpa, no basta con la sola presentación de la demanda sino que ésta a su vez debe ser notificada antes de que se cumpla el plazo previsto por la ley para la consumación de la prescripción; y el otro que es el que prevalece en el Código de Procedimientos Civiles, y que admite que la simple presentación de la demanda interrumpa la prescripción aun cuando ésta no sea notificada.

La doctrina se inclina por el segundo criterio, porque considera que lo que motiva la prescripción es la inactividad del acreedor, la cual cesa desde el momento en que la demanda es entregada a la autoridad judicial, ya que ese simple hecho implica el ejercicio de la acción, o sea que cesa la inactividad del acreedor; por eso se acepta esta interrupción aun cuando la demanda sea presentada ante una autoridad incompetente.

La interrupción que emana del poseedor, se produce cuando éste de palabra o por escrito, o por hechos indubitables reconoce el derecho de la persona contra quien prescribe la cosa.

El reconocimiento del derecho de la persona contra quien corre la prescripción, considero que no sólo interrumpe la prescripción, sino que produce un cambio en la naturaleza de la posesión, la que desde ese momento deja de ser útil para la prescripción, pues desaparecen los elementos que la ley exige y que son el de que sea en concepto de dueño, lo que trae como consecuencia que en lo sucesivo la posesión no sea apta para la prescripción en acatamiento en lo dispuesto en el artículo 826 del Código Civil Federal que establece que sólo la posesión que se

adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción.

PRESCRIPCIÓN NEGATIVA

Concepto.—Los deudores pueden liberarse del cumplimiento de sus obligaciones por el sólo transcurso del tiempo que fija la ley durante el cual el acreedor no ejercita su acción para exigir el cumplimiento de dicha obligación. A esta forma de liberación de obligaciones se les denomina prescripción negativa.

El Lic. Ernesto Gutiérrez y González, define a la prescripción, como el derecho que nace a favor del deudor para excepcionarse válidamente y sin responsabilidad de cumplir con su obligación, y para exigir judicialmente la declaración de que ya no se le puede cobrar coactivamente la deuda, cuando ha transcurrido el plazo fijado por la ley al acreedor para hacer efectivo su derecho. (22)

Con el mismo principio del concepto anterior, en la legislación Argentina encontramos que la prescripción liberatoria es una excepción para repeler la acción, por el sólo hecho que el que la entabla ha dejado durante un lapso de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere; por el sólo silencio o inacción del acreedor, durante tiempo fijado por la ley, queda el deudor libre de toda obligación.

.. De los conceptos anteriores y de los antecedentes históricos podemos decir que la prescripción negativa es una excepción que nace a favor del deudor para liberarse válidamente de cumplir sus obligaciones, por el transcurso de determinado tiempo que la ley fija, como consecuencia de la inactividad del acreedor en el ejercicio de su derecho.

Si bien es cierto que la prescripción es un modo de liberarse de obligaciones, ésta no las extingue sino que sólo afecta el derecho del acreedor para exigir su cumplimiento, el que se ve rechazado por la excepción que nace a favor del deudor.

En contraposición a la tesis anterior de que la prescripción no extingue la obligación, algunos tratadistas como Joseran, Pla-

(22) Ernesto Gutiérrez y González, *ob. cit.* Pág. 700.

neol y el Dr. Borja Soriano, han conceptualizado a la prescripción extintiva como un modo de extinción de las obligaciones por el transcurso de cierto tiempo.

La prescripción, como excepción que nace a favor del deudor para repeler la acción del acreedor es de uso potestativo para su titular, puesto que no opera de pleno derecho, sino que para que surta sus efectos es requisito indispensable que se haga valer en el momento en que el acreedor exija el cumplimiento de la obligación.

De lo anterior resulta que la prescripción tampoco extingue el derecho del acreedor para ejercitar la acción de cobro en contra del deudor, la cual desde el momento en que la obligación es exigible puede ser legalmente ejercitada por el acreedor, y así ocurre hasta después de consumada la prescripción, pues produce todos sus efectos jurídicos cuando el deudor no la impugna mediante la excepción correspondiente, puesto que el juez no puede hacerla valer de oficio sino simplemente a petición de parte, lo que implica que a pesar de que la prescripción se encuentre consumada la obligación y el derecho del acreedor subsisten.

El criterio de que la prescripción no extingue la obligación, viene a reforzarse con el contenido del artículo 1894 del Código Civil Federal que establece que el que ha pagado para cumplir una deuda prescrita no tiene derecho de repetir.

Del texto del artículo mencionado se concluye que el cumplimiento de una obligación prescrita es válido porque a pesar de haberse consumado la prescripción ésta subsiste.

En síntesis la prescripción negativa es un modo de liberarse legalmente del cumplimiento de obligaciones como consecuencia de la inactividad del acreedor, la que se consume por el sólo transcurso del tiempo que la ley fija, la que puede usarse potestativamente, ya que queda al arbitrio del deudor aprovecharse de ella o no.

A pesar de que la prescripción es personal del deudor, pueden hacerla valer todas aquellas personas que tengan un interés legítimo en que ésta subsista y produzca sus efectos.

Al respecto el artículo 1143 del Código Civil Federal, esta-

blece que los acreedores y todos los que tuvieren legítimo interés en que la prescripción subsista, pueden hacerla valer aunque el deudor haya renunciado a los derechos en esa virtud adquiridos.

Naturaleza de la prescripción negativ.—Desde el derecho clásico romano los legisladores se preocuparon por evitar que las acciones fueran perpetuas; con ese objeto se crearon la *prescriptio longis temporis* y la *prescriptio trigénita anorum* cuyo objeto fue crear una excepción a favor del deudor para repeler aquellas acciones que dentro de un plazo más o menos prolongado no eran ejercitadas por el acreedor.

El limitar el ejercicio de las acciones a un plazo determinado, tiene como finalidad evitar la existencia perenne de situaciones que afecten las relaciones económicas de las personas lo que produce un estado de inseguridad, por ésto puede decirse que la prescripción realiza una función social la cual permite conceptuarla de orden público.

Dadas estas características, la prescripción no puede renunciarse anticipadamente, es decir, que el derecho a prescribir es irrenunciable, pero la ganada si puede renunciarse siempre y cuando no cause perjuicio a los acreedores del sujeto a favor de quien ha decursado o a otras personas que tengan interés legítimo en que subsista, pues en ese caso la renuncia solamente surtirá efectos en el deudor, y no así en los terceros quienes podrán hacerla valer.

Aun cuando la prescripción es considerada de orden público, el juzgador no puede aplicarla de oficio, pues es preciso que el que pretenda valerse de ella la invoque como excepción.

Por esta razón se dice que la prescripción es una excepción que nace a favor del deudor para repeler la acción del acreedor y como tal debe hacerse valer dentro del juicio y conforme a los términos del procedimiento, pues su omisión impide que surta sus efectos.

La prescripción es puramente de derecho civil, por eso no puede admitirse ninguna prescripción que no esté prevista en la ley; aún cuando en las diversas legislaciones se hace referencia a la prescripción, su reglamentación la encontraremos siempre en la legislación civil.

Válidamente se puede decir que la prescripción es una sanción que la ley impone al acreedor quien con su actitud pasiva demuestra su falta de interés en que se cumpla la obligación, la que consiste en proporcionar al deudor los medios para destruir la acción y en esta forma en perjuicio del acreedor incumplir legalmente la obligación.

A pesar de ésto el objeto de la prescripción no es lesionar los derechos de los acreedores, sino simplemente limitar a un tiempo más o menos razonable el ejercicio de sus acciones para, que en beneficio de la colectividad, evitar la existencia de conflictos penes que produciría una inseguridad económico social.

Requisitos para la prescripción negativa.—Aun cuando para que se consuma la prescripción negativa no se requieren más que el decurso del tiempo fijado por la ley, es pertinente señalar que para que ésta opere es necesario que la obligación, conforme a derecho, sea prescriptible, pues aun cuando por regla general todas las acciones y obligaciones son susceptibles de prescribir hay casos de excepción que por el estado del sujeto o por determinados requisitos que exija la ley, las coloca en situación de imprescriptibles.

Una vez que ha quedado establecido que para que la prescripción se produzca, la obligación que va a ser afectada por ella sea susceptible de prescripción; es requisito indispensable que para que se inicie el decurso del plazo prescriptorio la obligación sea exigible o que el derecho del acreedor sea legalmente ejercitable.

La obligación es exigible y el derecho del acreedor legalmente ejercitable cuando el plazo o condición se hayan cumplido.

La exigibilidad de la obligación determina el momento de iniciación del plazo prescriptorio, el cual debe estar previsto por la ley.

Por ser la prescripción la consecuencia de la inactividad jurídica del acreedor por un tiempo determinado, las causas de hecho que impidan el ejercicio de la acción no influyen en ningún aspecto ni evitan que se consuma, salvo en los casos en que la ley expresamente establezca lo contrario, como sucede con las llamadas causas de suspensión de la prescripción.

El Plazo.—Para que la prescripción se opere se requiere que expresamente esté previsto en la ley el tiempo durante el cual debe consumarse.

En el derecho común se requieren diez años para que se consuma la prescripción que no tiene fijado un plazo menor (artículo 1159 del Código Civil Federal) además del plazo común de diez años, existen otros menores de cinco de uno etc., a las prescripciones que se consuman en este plazo se les denomina especiales o abreviadas.

El cómputo del plazo prescriptorio se hace por años, por días o por meses completos y no de momento a momento.

El día inicial de la prescripción se cuenta sin tomar en consideración que sea hábil o inhábil pero el último sí se requiere que sea hábil.

Para que comience a decursar el plazo prescriptorio es requisito indispensable que la obligación sea exigible, de no ser así podría darse el caso de que la prescripción se consumara antes de que el acreedor estuviera en aptitud legal de requerir el cumplimiento de la obligación. Sin embargo, como excepción a esta regla, cuando es a cargo del acreedor realizar los actos necesarios para el ejercicio de su derecho, la prescripción se inicia desde que éstos pudieron llevarse a cabo.

Suspensión de la prescripción.—Aun cuando en principio la prescripción corre contra cualquier persona desde el momento en que el acreedor puede legalmente ejercitar su derecho o la obligación debió cumplirse, la ley establece ciertas excepciones en consideración a determinadas circunstancias que impiden al acreedor ejercitar su acción, aun cuando éstas no sean de derecho sino de hecho.

En esta forma el Código Civil Federal en su artículo 1166 y 1167 establece que la prescripción no puede comenzar ni correr en contra de los incapacitados sino cuando se haya disernido su tutela; entre los consortes, entre los incapacitados y sus tutores o curadores mientras dure la tutela; contra los ausentes del Distrito y Territorios Federales que se encuentren en servicio público; contra los militares en servicio activo en tiempo de guerra tanto fuera como dentro del país.

Interrupción de la Prescripción.—La ley señala como causas de interrupción de la prescripción la demanda o cualquier género de interpelación judicial notificada al deudor; y el reconocimiento expreso o tácito del derecho del acreedor.

Por las causas anteriores se inutiliza todo el plazo transcurrido desde la fecha en que se inició la prescripción hasta el día en que se realizó el acto que produjo su interrupción.

Es obvio que si la prescripción no es más que el producto de la inactividad del acreedor, cuando esa inactividad cesa, la prescripción no se consume sino hasta pasado el tiempo que la ley exige, siempre y cuando el acreedor vuelva a permanecer inactivo.

La actividad que interrumpe la prescripción es aquella que se manifiesta a través de determinados actos que implican el ejercicio de la acción que tiende a hacer cumplir la obligación, por esta razón la simple presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional (sea o no competente) interrumpe la prescripción conforme a lo establecido en el artículo 258 del Código de Procedimientos Civiles.

Sin embargo, en algún tiempo se consideró, siguiendo el texto del artículo 1178 del Código Civil Federal que la sola presentación de la demanda, no interrumpe la prescripción sino que para que produjera tales efectos se requería que fuera notificada al deudor.

En la actualidad el criterio de que la prescripción se interrumpe con la sola presentación de la demanda ya se encuentra unificado, sobre todo si tomamos en consideración como ya se dijo antes que la inacción produce la prescripción y ésta cesa desde el momento en que el acreedor ocurre ante el órgano jurisdiccional en demanda de reconocimiento de su derecho, y que los actos siguientes como son los de notificación de la demanda no dependen exclusivamente de la voluntad del acreedor por ser una obligación que la ley impone a la autoridad judicial dentro del proceso.

La prescripción también se interrumpe por actos propios del deudor siempre y cuando éstos tengan como objeto el reconocimiento del derecho del acreedor, ya sean expresos o tácitos.

En este caso la ley es oscura si tomamos en cuenta que exis-

ten una serie de actos que pueden implicar el reconocimiento de la deuda y que no debía aceptarse como interruptores del plazo prescriptorio; como ejemplo de esto podemos decir que la prescripción se interrumpe cuando el deudor por un simple acto de cortesía ofrece al acreedor pagarle en breve tiempo. Este acto interruptor de prescripción no debía considerarse como tal porque en sí no impide al acreedor el ejercicio de su derecho para reclamar la deuda. Si tomamos en cuenta que la prescripción precisamente sanciona la inactividad del acreedor para evitarse la existencia perpetua de las acciones, debe aceptarse que los únicos actos que pueden interrumpir la prescripción son aquellos que tienen por objeto aplazar el ejercicio de la acción, como son la solitud de una prórroga o espera, siempre que esta sea aceptada.

CADUCIDAD

Concepto.—En ocasiones por disposición legal o por convencción entre las partes se requiere que para que nazca un derecho o se conserve el ya nacido, el sujeto titular de éste, realice una serie de actos positivos en un plazo determinado, por lo que la no realización de esos actos produce la pérdida del derecho o impide que éste nazca, a este fenómeno jurídico se le conoce con el nombre de caducidad.

Se cree que la caducidad tiene su origen en las llamadas leyes caducarias del Derecho Romano, expedidas durante el gobierno de Augusto con el nombre de Julia de Maritandis Ordinibus y Papia Poppaea, las cuales establecían para su aplicación una clasificación tripartita de las personas; para ello se tomaba en consideración el que fueran solteros, casados o viudos, y según el estado civil que tuvieran, si tenían descendencia o carecían de ella, su derecho a recibir herencia o legados, se veía afectado.

En efecto, los célibes que eran hombres o mujeres no casados y que no tenían hijos del matrimonio anterior; la ley Julia los privaba por el todo de las liberalidades que le eran dejadas en testamento bien fuere por institución o por legado; los orbi o personas actualmente casadas, pero sin hijo legítimo vivo o concebido, la ley Papia o Poppaea establecía una caducidad de la mitad solamente. Estas personas conservaban la testamenti factio, pero en la me-

dida en que las leyes les perjudicaba, no tenían el *juscapiendi*, a menos que no hubiesen obedecido a sus prescripciones en los 100 días siguientes al fallecimiento del testador. De lo contrario las instituciones y los legados con los cuales eran agraciados quedaban sin efectos. (23)

En nuestro derecho el maestro Gutiérrez y González dice que debe entenderse por caducidad la sanción que se pacta o se impone por la ley, a las personas que en un plazo convencional o legal no realizan voluntariamente y consientemente los actos positivos para hacer nacer o mantener vivo un derecho sustantivo o procesal según sea el caso.

.. En mi concepto, considero que la caducidad es la pérdida de un derecho, adquirido o en expectativa, pactada o impuesta por la ley cuando no se cumplen las condiciones a que quedó sujeta su conservación o su nacimiento.

Existen en nuestro derecho varios tipos de caducidad entre los cuales podemos designar la procesal y la civil; a su vez la civil la podemos subdividir en convencional y legal; en la caducidad legal o civil según sus efectos pueden ser de plazo, de derecho o de acción.

Caducidad convencional es aquella en las que las partes supeditan el nacimiento de un derecho o la conservación del mismo a la realización de determinados actos positivos en un plazo determinado, ejemplo: en los contratos que en general celebran los particulares con el Gobierno para la realización de obras, existe una cláusula que impone al contratista la obligación de otorgar una garantía en determinado tiempo para que surta sus efectos este contrato; si el contratista no otorga esa garantía, transcurrido el plazo fijado caduca el contrato, es decir, que los derechos y obligaciones contenidas en el clausulado del contrato devienen inexistentes.

.. Caducidad legal es aquella que la ley establece por no realizarse determinados actos positivos en un plazo o época determinada.

(23) B. PETIT.—Tratado elemental de Derecho Romano.—Editora Nacional, P. A. 1047. Pág. 573.

Se dice que hay caducidad de plazo cuando el deudor se le concede un término para el cumplimiento de una obligación siempre y cuándo realice determinados actos o conserve determinadas condiciones, pues si no cumple con esas condiciones, el plazo se da por vencido anticipadamente con lo que se verá obligado a cumplir de inmediato. Este tipo de caducidad la encontramos en el artículo 1959 del Código Civil Federal vigente, que establece que perderá el derecho de utilizar el plazo cuando después de contraída la obligación resultare insolvente; cuando no otorgue al acreedor la garantía a que estuviere comprometido; y cuando por actos propios hubiesen disminuído aquellas garantías o cuando por caso fortuito desaparecieren.

La caducidad de derechos es aquella que por no realizarse determinados actos se pierde un derecho que ya se ha adquirido, como ocurre con el usufructo cuando éste se extingue porque el usufructuario no otorga la garantía que exige la ley (artículo 1038 fracción IV, del Código Civil Federal).

El ejemplo típico de la caducidad de acciones, la tenemos en materia mercantil, en la pérdida de la acción de regreso por la falta de protesto de un título de crédito (letra de cambio. Artículos 139 y 160 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Caducidad y Prescripción.—Con la caducidad y la prescripción, en algunos autores, sucede lo mismo que con la prescripción y la usucapion que quieren asimilarla a una sola institución, por el simple hecho de que en ambas el tiempo es un requisito indispensable y sus efectos son el de producir la pérdida de un derecho o de una acción.

En efecto, en ambas instituciones, la inactividad por un tiempo determinado, produce la pérdida de un derecho y de una acción, pero el hecho de que en algunos casos, los efectos sean semejantes, ésto no quiere decir que ambas instituciones sean una misma cosa.

Mientras que la prescripción es estrictamente legal, la caducidad puede ser convencional.

Asimismo, mientras que la prescripción tiene una finalidad social por lo cual se le ha considerado de orden público, la caduci-

dad es de carácter puramente particular, por esa causa, la caducidad puede pactarse, lo que no ocurre con la prescripción la cual ni siquiera puede modificarse por la voluntad de las partes.

Como ya vimos al referirnos a la prescripción, éste es un derecho, que por disposición legal y como consecuencia de la inactividad del deudor para librarse legalmente del cumplimiento de una obligación, en cambio, la caducidad no da nacimiento a un derecho o de una acción, o simplemente impide que nazca un derecho.

Al contrario de la prescripción que no puede hacerse valer de oficio, la caducidad sí debe examinarla el juzgador aún cuando no lo hay a hecho valer el deudor porque precisamente de que ésta se haya operado o no, depende la existencia del derecho o de la acción que en el juicio se ejercita.

La prescripción es susceptible de interrumpirse, la caducidad no, porque para que la prescripción se produzca, se requiere única y exclusivamente una actitud pasiva del acreedor durante el plazo que la ley fija, en cambio, para que la caducidad no se produzca, se requiere la realización de determinados actos específicos que la ley o las partes señalan, los cuales no son sucesivos sino definitivos para que nazca el derecho o se conserve éste.

La caducidad produce efectos realmente extintivos mientras que en la prescripción sus efectos no son de esa naturaleza, porque solamente produce un derecho a favor del deudor de uso potestativo.

La caducidad en términos generales podemos decir que está sujeta a una condición, lo que no ocurre con la prescripción.

La caducidad se da siempre antes de que el derecho sea ejercitable, en cambio, para que la prescripción sea consumada, se requiere del transcurso del término que fija la ley, computado desde que se puede ejercitar el derecho.

Por último, mientras que la prescripción es una excepción, la caducidad es una defensa.

CAPITULO III

L A F I A N Z A

Antecedentes históricos

Sumario: 1.—Preromanos. 2.—En Roma a) La Esponsio Fideiucio, b) Otros contratos semejantes. 3.—España. 4.—México.

ANTECEDENTES PREROMANOS.—Por los datos que se tienen de una tablilla descubierta en la biblioteca de Sargón I, gobernante de Acat en el año 2500 antes de Cristo, en la que aparece registrado un contrato de fianza, se piensa que la fianza contractual puede tener su origen en el año 2750 antes de Cristo (24); también se encuentra que en el Código de Amurabi (2250 A. C.) ya se preveía un sistema de fianza de fidelidad, sin embargo, se considera que el más antiguo contrato de finza escrito parece haber sido ejecutado en el año 670 A.C. (25).

Algunas otras referencias de la constitución de la obligación fiadora, como advertencia a sus efectos en razón con el fiador las encontramos en la Biblia, de las cuales citaré las siguientes:

El Rey Salomón decía: "Hijo mío, si incautamente saliste por fiador de tu amigo y has ligado tu mano a un extraño, tú has enlazado mediante las palabras de tu boca y ellas han sido el lazo

(24) Backman Jules. En su libro *Surety Rate Making*, New York, 1918, Pág. 1, ys.

(25) Turner Rafael. *Las Grandes Culturas de la Humanidad*, Fondo de Cultura Económica, 1948 Pág. 146 y s.

en las que has quedado preso; padecerá desastres el que sale incautamente por fiador de un extraño; pero el que no se enreda con fianza vive más tranquilo". (26)

Al igual que como Salomón consideraba la fianza, en la Grecia primitiva existía el mismo criterio según se desprende de un cuadro existente en el Templo de Delfos, y que se atribuye a Tales de Mi leto en el cual se lee "la fianza es la precursora de la ruina". (27)

De lo anterior podemos decir que aquél que afianzaba a un tercero desde ese momento se exponía a pagar de una manera inminente la obligación de su fiado la que por ser deuda ajena no le traería ningún beneficio, y en cambio sí una serie de perjuicios tal vez irreparables.

ROMA.—En los primeros siglos, la mayor riqueza se encontraba distribuida en un número pequeño de familias con la consecuencia ineludible de la pobreza de la mayoría de la población la que se dedicaba a labrar la tierra y a la cría del ganado, causa por la cual estas últimas personas eran las que sufrían los estragos de la guerra, que hacía más angustiosa su situación al reducir al mínimo sus recursos económicos, y en sí su patrimonio, el cual resultaba insuficiente para garantizar cualquier préstamo que solicitaran para continuar trabajando.

La forma de resolver ese problema de garantía, fue mediante el compromiso personal, que ante el acreedor contraían los familiares o amigos del deudor, de pagar si éste no lo hacía. A las personas que en esta forma se obligaban se les denominó adpromisores.

De este sistema de garantía personal se conocieron tres tipos: la sponsio, la fideipromissio, y la fideiussio. (28)

(26) Proverbio 6:1, 6:2, 11:15, 17:18, y 20:16.

(27) Cervantes Altamirano, La Fianza de Empresa, Pág. 2.

(28) Stolfi, Nicola, Diritto Civile, Torino 1934, Vol. IV, Pág. 469; Eugenio Larrange, Derecho Romano, traducción española de José Vicente y Cervantes, Madrid, 1889, Pág. 404; Eugene Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, traducción de José Fernández González, Editora Nacional S. A. México 1947, Pág. 355 y s.

SPONSIO.—De las garantías personales, la más antigua al parecer fue la sponsio la que se constituía en forma de una estipulación mediante la pregunta del acreedor y la respuesta concreta del que se obligaba por el deudor. De los términos usados para establecer el compromiso entre fiador y acreedor proviene el nombre de sponsio.

Las palabras usadas para crear la obligación de garantía eran las siguientes: el acreedor decía al fiador "Spondesme mhi sem-tum dare? spondeo".

Esta forma de obligarse era la exigida para los contratos verbis, se debió a que la stipulatio producía dos efectos: el primero crear deudas nuevas y transformar las existentes, y el segundo formalizar aquellos contratos carentes de forma.

Así es que la sponsio fue un compromiso que sólo podía existir si se pronunciaban las palabras requeridas pues de no ser así la obligación era inexistente.

El inconveniente de esta garantía fue que sólo podían hacer uso de ella los ciudadanos, lo que limitaba en gran parte su campo de acción.

FIDEIPROMISSIO.—Siendo necesario el uso de la garantía personal, no sólo para los ciudadanos romanos sino también para los peregrinos que en gran número habitaban dentro del territorio romano, se creó la fideipromissio, la que al igual que la sponsio, era de carácter formal pues requería el pronunciamiento de la pregunta interrogatoria idem fidepromittis y de la respuesta fidepromitto.

Ambas garantías (sponsio y fideipromissio), solo eran aplicables a las obligaciones verbis y se extinguían con la muerte del fiador salvo en casos excepcionales de que por tratarse de un fidepromisc extranjero cuyo derecho civil propio estableciera lo contrario, es decir que subsistiera la obligación a través de los herederos.

La obligación adquirida por los sponsors y los fidepromisores, aún cuando era personal no era directa sino accesoria a la del deudor principal, por quien se habían obligado con el acreedor, si no cumplía; por estas razones la obligación del fiador debía de

ser en la misma proporción que la del deudor y en las mismas condiciones y no pudiéndose obligar en condiciones más honrosas o prometer una cosa diferente, si embargo, si podían prometer menos, con lo que la garantía resultaba ser parcial.

El pago que los sponsors o fidepromisores hacían al acreedor de la deuda, extinguía la obligación y liberaba a todos los demás deudores; pero como la obligación que éstos contraían, no era en su interés propio ni por su propia cuenta, tenían el derecho de repetir en contra del deudor para obtener la restitución de lo pagado por él. Al respecto, una ley Publilia, de fecha incierta, autorizaba al sponsor, que no era reembolsado por el deudor dentro de los siguientes seis meses de la fecha de pago, ejercitar contra éste la manus injectio projuricato. Por una sola deuda podían existir varios sponsors o fidepromisores, en este caso se les consideraba socios entre sí y el que pagaba la deuda tenía el derecho de repetir en contra de los demás para obtener de cada uno de ellos el reembolso de la parte proporcional que a cada uno correspondía; en esta forma, cada sponsor o fidepromisor soportaba únicamente el pago de una parte del crédito. Esta división de la deuda se estableció en la Ley Appuleia expedida en el año 200 a. de J. C.

La duración de la obligación tanto de los sponsors como de los fidepromisores estaba limitada a dos años que se contaban desde al fecha en que el acreedor podía exigir el cumplimiento de la obligación; transcurrido el plazo de dos años sin que el acreedor exigiera el pago o cumplimiento de la obligación a los sponsors o fidepromisores, éstos quedaban liberados por disposición de la Ley Furia de Sponso, que se cree fue posterior a la Ley Appuleia; la que además, de pleno derecho, dividía la deuda en tantas partes como fiadores hubiere, por lo cual el acreedor podía exigir a cada uno de ellos la parte proporcional de la deuda que les correspondiere.

Por disposición de la Ley Cicereia, el acreedor estaba obligado a declarar públicamente el número de cauciones que tenía y porque deuda, y si no hacía esta declaración, disponía de 30 días para hacer constar su falta y si pasado ese tiempo no cumplía, los sponsors o fidepromisores quedaban liberados; el objeto de esta ley probablemente fue para que cada sponsor o fidepromisor se enterara del número que de cada uno de ellos existía por una deu-

da y en esas condiciones poder saber cual era la parte proporcional de la deuda que le correspondía pagar.

Si el sponsor pagaba más por error, disponía de la manus injectio procudicatio para obtener la devolución del excedente.

Aun cuando en términos generales la muerte de los deudores extinguía las obligaciones, la muerte del deudor principal no extinguía la obligación de los sponsors.

Por estar limitadas estas garantías a las obligaciones de los contratos verbis, vinieron en desuso, y en la época de Justiniano desaparecen, encontrándose únicamente en la legislación de esa época, la fideiussio.

FIDEJUSSIO.—De las garantías personales del derecho romano la fideiussio es la menos antigua, se constituía a través de la fórmula idem fidejubes, fidejubeo, tenía aplicación en cualquier obligación civil, pretoriana o natural, su duración era perpetua y se transmitía a los herederos, lo que no ocurría con los sponsors y fidepromisores cuya obligación tenía una duración de dos años y se extinguía a la muerte de éstos.

Se trataba de una obligación accesoria cuyo objeto era garantizar el cumplimiento de otra que era principal; por eso era requisito indispensable que para que la obligación del fiador existiera, se requiriera la existencia de la obligación principal aún cuando esta obligación fuera natural.

Por razón de esa accesoriedad de la obligación del fiador con la principal, éste no podía obligarse a una cosa distinta a la debida por el deudor ni en condiciones más onerosas que éste, so pena de que el compromiso no fuera válido, sin embargo, el fiador podía obligarse a menos que el deudor principal y en este caso su compromiso sí era válido y la garantía se consideraba parcial.

Aun cuando en principio el fiador reemplazaba al deudor sustituyéndolo como un obligado directo, con el tiempo esta situación se fue modificando y durante el imperio de Justiniano, la obligación de éste adquirió la característica de subsidiaria la que sólo debía cumplirse cuando el deudor no lo hacía.

La fianza era formal porque para su perfeccionamiento además de consentimiento, se requería que se cumpliera con determinadas formalidades, sin las cuales carecía de validez.

Como por regla general el compromiso del fiador lo adquiría voluntariamente, sólo existía obligaciones a cargo de él, y como tampoco recibía ninguna contraprestación por el servicio, la fianza resultaba ser unilateral y gratuita.

En un principio, la obligación de los fiadores se confundía con la del deudor principal, puesto que el acreedor podía exigir indistintamente el cumplimiento de la deuda al deudor o al fiador. Esta situación duró hasta la época de Justiniano, quien otorgó a los fiadores el beneficio de excusión por medio del cual podían exigir estos al acreedor que antes de que procediera en su contra de ellos, hiciera efectivo el crédito en bienes del deudor principal.

Este beneficio estaba condicionado a que el deudor estuviera al alcance del acreedor y fuera solvente; si el acreedor ignoraba el domicilio o paradero del deudor y no lograba localizarlo, o resultare que éste fuera insolvente, la excusión no surtía sus efectos y en ese caso el acreedor legalmente podía actuar en contra del fiador.

Pudiendo existir varios fiadores por una misma deuda, resultaba injusto que sólo uno de ellos cubriera íntegramente la deuda y que su pago liberara a los demás; en atención a esto y para beneficiar por igual a los fiadores se expidió una epístola denominada "Dixi Adriani", que estableció la *exceptio divitione*, la que dio a los fiadores el derecho de pedir al acreedor que el crédito lo hiciera efectivo por partes iguales entre todos los que se habían obligado como fiadores, con esto los fiadores gozaron del beneficio ya no únicamente de excusión, sino también del beneficio de división. (29)

El fiador podía constituirse bien a instancias del deudor o en forma voluntaria y con ánimo *donandi*, cuando el fiador se constituía a solicitud o por mandato del deudor, al pagar al acreedor tenía el derecho de exigir del deudor la restitución de lo pagado, para ese efecto, el deudor contaba con un plazo de seis meses, pa-

(29) E. PETIT. *ob. Cit.* Pág. 301.

sado ese tiempo sin que el fiado cumpliera, en su contra podía ejercitar la *manus iniectio*; pero si el fiador se prestaba voluntariamente *animus donandi*, renunciaba al derecho de repetir en contra del deudor, por lo cual, al hacer el pago no podía exigir a éste, el reembolso.

El fiador que pagaba, cuando era demandado del cumplimiento de la obligación, podía exigir del acreedor le cediera los derechos y acciones que por la obligación tuviera en contra del deudor, a éste se le denominaba *beneficio cedendarum actionum*, lo que implicaba que el pago del fiador no extinguía el derecho de reclamar al deudor el cumplimiento de la obligación, como tampoco se extinguía ésta, por cuanto que se realizaba en realidad una venta de acciones y derechos de acreedor a fiador por un precio igual al monto del crédito.

La fianza por ser una obligación accesoria su extinción es simultánea a la extinción de la obligación principal; pero era necesario que la deuda principal se extinguiera de modo absoluto, pues de otra manera no liberaba a los fiadores.

A este modo de extinción se le llamó en vía de consecuencia, pero no es el único por el cual la fianza puede extinguirse, pues también puede ocurrir por cualesquiera de los modos ordinarios de extinción.

Además de la *fidejussio*, existieron otros contratos que producían efectos análogos de garantía personal, éstos fueron: el *constitutum debiti alieni* y el *mandato creditual*. El *constitutum debiti alieni* a diferencia de la *fidejussio* era un contrato no formal, sancionado por una acción pretoriana de pagar una suma adeudada; quien sin estipulación y por un simple pacto garantizaba la acción de otro no forma una fianza sino un *constituto*.

Aun cuando la obligación del *constitutum debiti alieni* era accesoria, los cambios de la deuda principal en nada le afectaban, pues estaba estrictamente a los términos del pacto constitutorio.

En este tipo de garantías, era suficiente que la obligación principal existiera en el momento de celebrar el pacto puesto que, si posteriormente ésta devenía inexistente o se convertía en inextinguible por cualquier causa, esto no liberaba al obligado accesorio,

esto no ocurría con la fideiussio, que si seguía las modificaciones de la obligación principal hasta extinguirse conjuntamente con ésta.

El llamado mandato creditual, se asemeja a la fianza en gran parte, porque el mandante asume el riesgo del crédito concedido o ampliado a instancias suyas a otra persona por el mandatario.

En realidad, la responsabilidad asumida en esta forma no era la de un fiador, porque no se constituía una obligación accesoria a la del deudor, sino una directa a cargo del mandante de responder al mandatario de los daños sufridos con motivo de la ejecución del mandato.

El mandatario para obtener la reparación de los daños sufridos tenía en contra del mandante la *actium mandati* contraria.

ESPAÑA.—La Península Ibérica tuvo como primeros pobladores a los Iberos y los Celtas, de esto se conoce muy poco; posteriormente fueron los Fenicios, Cartagineses y Griegos, los que colonizaron la Península quienes fueron dominados por los Romanos, a los que expulsaron los Bárbaros.

Las obras legislativas que se conocen son precisamente de la época posterior a los bárbaros, de las cuales la más famosa es el Código de Euripo del que se dice que fue inspirado por juriconsultos romanos; el Código de Leovigildo y de Alarico o breviario de Aniano; el Fuero Juzgo, conjunto de leyes que tenían aplicación en los dominados como en los dominadores, con marcada influencia del Derecho Romano que preponderaba al Germánico.

Durante la dominación árabe, los Fueros Municipales se impusieron gradualmente; entre éstos se conocen el Fuero viejo de Castilla en el cual se habla de los fiadores de saneamiento, que eran personas que intervenían en la venta de las heredades hechas por los *fijosdalgos*, según Manresa.

En el Fuero Real título XVIII del Libro Tercero es donde en una forma amplia se reglamenta lo concerniente a los fiadores, lo mismo ocurre en las partidas de Alfonso el Sabio en el título XII de la partida quinta y en el libro décimo título XI leyes VII y VIII de la novísima recopilación. Salvo pocas modificaciones, estas dis-

posiciones conservan las mismas características del Derecho Romano. (30)

Así encontramos en España que la fianza es un contrato accesorio mediante el cual se pueden garantizar todo tipo de obligaciones incluyendo las naturales sin que el compromiso del fiador exceda al del deudor principal; si bien el fiador no podía obligarse por mayor cantidad a la del deudor principal, sí lo podía hacer por menor cantidad, con lo que se aceptaba el principio de la fianza parcial.

Ya en esta legislación desaparece el carácter formal del contrato de fianza que existía en el Derecho Romano, pues el único requisito indispensable para la validez de ese contrato, es el consentimiento del fiador dado en forma ineludible.

Respecto a los beneficios de los fiadores de excusión, división y cesión de acciones, son los mismos y operan en la misma forma que en el Derecho Romano, igual ocurre con las formas de extinción de la fianza.

El concepto que de la fianza se tuvo desde el Derecho Romano es el mismo que salvo pequeñas limitaciones, llegó a las leyes de partidas, y se conserva hasta la publicación del Código Civil de 1882.

En ese Código, la fianza sigue conceptuándose como un contrato accesorio, gratuito y unilateral; también se establece que puede constituirse por obligaciones futuras y que no puede exceder de la obligación principal pero que sí puede ser menor.

En términos generales podemos decir, que la fianza en este Código, se conserva igual y con todas sus características y beneficios que en el Derecho Romano.

Como modificaciones a la fianza en este Código puede citarse la que establece una clasificación de las fianzas en legal, judicial y convencional pero sin que dicha clasificación afecte en sí en su naturaleza el contrato, pues únicamente se refiere a la causa determinante que origina el otorgamiento de la garantía.

(30) García Trinitad, apuntes de Introducción al Estudio del Derecho, México, Pág. 69.

Una invención de este Código es la de establecer como requisito para la existencia de la fianza que la obligación principal exista válidamente, lo que dio por resultado que no podían afianzarse más que aquellas obligaciones que conforme a la legislación de la época tuvieran una validez jurídica, pues las obligaciones que sólo fueran naturales no podían ser afianzadas. Para la constitución y validez de la fianza, se suprimieron todas las formalidades exigiéndose únicamente el consentimiento expreso del fiador.

MEXICO.—De la antigua organización del Imperio Azteca no se tiene ningún antecedente respecto de que su legislación se reglamentara la relación contractual de afianzamiento, debido a que la conquista española borró casi toda huella de esa civilización indígena. (31)

Al consumarse la Independencia la organización política y jurídica no desapareció, lo que dio motivo a que la nueva República adoptara el derecho que le fue transmitido por el conquistador.

Durante la Reforma y debido a las exigencias de la época se iniciaron los primeros ensayos legislativos del México Independiente, pero mientras esto no ocurrió, el país continuó sujeto en materia civil fundamentalmente a Ley de las Partidas, las que constituían la parte esencial de su derecho. (32)

Por esta causa se puede asegurar que tanto en la época de la Colonia como después de la Independencia se conoció la relación contractual de la fianza en los mismos términos que existía en España.

Durante el Gobierno de Don Benito Juárez, con el afán de abandonar la influencia española que preponderaba en el país, se comisionó al Dr. Justo Sierra para que redactara un proyecto del Código Civil, el que se terminó y publicó en el año de 1861.

En el año de 1870, inspirado en el proyecto de García Goyena surgió el primer Código Civil el que se aprobó por decreto de 8 de diciembre del mismo año y entró en vigor el 10. de marzo de 1871, los autores de este Código reconocen que para su elabora-

(31) Jacinto Pallares. Derecho Mercantil Mexicano. Pág. 158.

(32) Trinidad García. Ob. Cit. Pág. 64.

ción tomaron como base el Derecho Romano, el Español y los Códigos Francés, Austriaco y Holandés, además de los proyectos Españoles y Mexicanos anteriores.

En los artículos 1813 a 1888 de ese Código se reglamenta la fianza, la que se define como la obligación que una persona contrae de pagar o cumplir por otra si ésta no lo hace; aún cuando en ese concepto no se menciona el origen contractual de la fianza, su reglamentación está comprendida en el Libro Tercero que es el que se refiere a los contratos.

La capacidad exigida para ser fiador es exactamente la misma que se requiere para contratar; la mujer salvo algunas excepciones que la propia ley señala, no puede obligarse como fiadora.

Para que pueda existir la obligación se requiere que la obligación principal sea civilmente válida; pues cuando la obligación principal es natural, la fianza no puede subsistir.

Al igual que en el Derecho Español y en el Romano, la obligación fiadora está limitada al monto de la obligación principal y se aceptaba el alianzamiento parcial; asimismo, la fianza se clasifica en legal, judicial, convencional, gratuita, también puede ser onerosa, pues se acepta que se pacte con retribución.

La fianza es consensual pues para su perfeccionamiento no se exige ninguna formalidad. Las obligaciones derivadas del contrato de fianza son transmisibles a los herederos.

El fiador goza de los beneficios de orden y excusión y división, los que pueden ser renunciados; además, el fiador al ser demandado por el acreedor tiene derecho a oponer todas las excepciones inherentes a la deuda mas no las personales del deudor.

Se acepta la pluralidad de fiadores y se establece entre ellos la solidaridad. Para que el fiador pudiera reclamar del deudor principal la restitución de lo que pagara por él, sin correr el riesgo de que al reclamar dicha restitución se le opusieran las excepciones inherentes a la obligación principal, era requisito indispensable que cuando realizara el pago se lo notificara al deudor.

Entre los modos de extinción de la obligación fiadora, se sigue el mismo principio de extinción directa y el de consecuencia.

La vigencia de este Código fue de 1871 hasta el 31 de mayo de 1884 en que entró en vigor el nuevo Código, el que sin mayores modificaciones suplió a su antecesor; este nuevo Código más tarde fue reformado el 9 de abril de 1917 por la Ley de Relaciones Familiares; pero en materia de fianzas se puede decir que su reglamentación se conservó idéntica, excepto que, con la mencionada Ley de Relaciones Familiares, a la mujer se le concede capacidad para contratar con lo cual ya puede constituirse en fiadora; en el año de 1928 se formuló un nuevo Código, el que entró en vigor el 1o. de octubre de 1932, según decreto de 29 de agosto del mismo año; en este al definirse la fianza ya se hace referencia a que es un contrato; la clasificación que de la fianza se hace en este nuevo Código es la misma que existió en los anteriores; también se acepta la posibilidad de afianzar deudas futuras e ilíquidas, pero para que en estos casos la obligación del fiador sea exigible se requiere que sea líquida y exigible la obligación principal.

Respecto a los herederos del fiador, éstos están obligados a responder en forma proporcional a la cuota que les corresponda según el haber hereditario; en lo demás la reglamentación de la fianza puede decirse que es idéntica a la que existía en el Código que precedió.

CAPITULO IV

Sumario: 1.—Concepto de Fianza. 2.—Fuente de obligación Fianadora. 3.—Elementos y características del Contrato de Fianza. 4.—Clasificación de la Fianza. 5.—Obligación Solidaria y Subsidiaria.

CONCEPTO

Fianza es el contrato por el cual una persona denominada fiador, se obliga con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

Este concepto que data desde los tiempos de la Roma Clásica, salvo algunas variantes, ha sido acogido por la mayoría de los tratadistas del Derecho Civil (33) y es el que rige en materia legislativa puesto que, lo encontramos constantemente en los Códigos Civiles de los diversos países.

El Código Civil Francés en su artículo 2011 expresamente dice: "aquel que se constituye fiador de una obligación se somete frente al acreedor a satisfacer esa obligación, si el deudor no la satisface por sí mismo".

El Código Civil Español siguiendo el principio contenido en la partida X, título séptimo, Ley I, parte relativa, dice que la fian-

(33) Planco y Rlpert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, 1946, Cultural, S. A. Habana, Tomo XI, Pág. 871; Bonneense, Elementos de Derecho Civil, Puebla 1945. Traduc. Español, Tomo II, Pág. 480; Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, Madrid 1944, Tomo II; Pág. 500; Loewenwarter, Derecho Civil Alemán comparado, Santiago de Chile 1943. Pág. 314.

za "es la convención por la cual un tercero toma sobre sí el cumplimiento de la obligación ajena, para el caso de que no la cumpla el que la contrató", el legislador entiende por fianza cuando "se obliga a uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste" (Art. 1822 del Código Civil).

Nuestro Código Civil, evidentemente influenciado por las legislaciones francesa y española, en su artículo 2794 define la fianza como "el contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace". En términos parecidos se expresan los Códigos Civiles de Chile, Argentino y Cubano.

De lo expuesto se concluye que estas legislaciones coinciden en considerar a la obligación fiadora como una obligación subsidiaria, pues mantienen el criterio uniforme de que la obligación del fiador consiste exclusivamente en pagar al acreedor si el deudor no cumple. Es decir, que el cumplimiento de la obligación fiadora está sujeta a la eventualidad del incumplimiento del deudor.

Sin embargo, otras legislaciones como la Suiza, Alemana e Italiana, aún cuando coinciden con las demás en considerar la fianza como la obligación que un tercero contrae de pagar al acreedor por el deudor, su criterio, respecto de la obligación fiadora es el de que el objeto de ésta no es el de pagar en defecto del deudor, sino por él, es decir, substituyéndolo, con lo que se apartan del criterio tradicional de configurar la obligación fiadora como una obligación subsidiaria. (34)

Al respecto, el Código Suizo de las Obligaciones, en su artículo 492 dice: "fianza es un contrato por el cual una persona se obliga hacia el acreedor a garantizar el pago de la deuda contraída por el deudor". Casi en los mismos términos, el Código Alemán en su artículo 767, establece "que por el contrato de fianza el fiador se obliga frente al acreedor de un tercero a responder de la ejecución del compromiso de éste". Por último, el Código Civil Italiano de 1942 con los mismos principios en su artículo 1937 conceptúa que "es fiador quien obligándose personalmente hacia el acreedor, garantice el cumplimiento de la obligación de otro".

(34) Efrén Cervantes Altamirano, la Fianza de Empresa, México 1950, Pág. 140.

El Lic. Rafael Rogina Villegas define la fianza, como el contrato accesorio por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el fiador la misma prestación o una equivalente, o una inferior en igual o distinta especie, si éste no lo hace; esta definición se ha considerado como la más completa, pues en ella se hace resaltar el carácter accesorio de la obligación fiadora. (35)

FUENTE DE LA OBLIGACION FIADORA.—De los conceptos tanto doctrinales como legislativos que se han estudiado, se concluye, que se pretenda establecer como única fuente de la obligación fiadora el contrato.

Sin embargo, si examinamos detenidamente la fianza, nos encontramos que ésta no surge siempre del contrato sino que, también puede tener su origen en una declaración unilateral.

En efecto, la regla general es que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes, salvo en aquellos casos en que la Ley exige determinadas formalidades. (36)

Conforme al artículo 2794, del Código Civil Federal, el contrato de fianza se perfecciona con el sólo acuerdo de dos voluntades, la del fiador (que como tal se compromete ante el acreedor a pagar por el deudor si éste no cumple), y la del acreedor que admite o rechaza la garantía; sin que para la validez de éste, se requiera el consentimiento del fiado, toda vez que por disposición del artículo 2796 del Código citado "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, consientan en la garantía, la ignoren, o la contradigan.

La no intervención del fiado en la formación del contrato, en opinión de Calixto Valverde, se justifica, "si se tiene en cuenta que siendo el acreedor el único favorecido por la fianza y no perjudicando nunca ésta al deudor, basta que la consienta el acreedor, sin tener en cuenta la opinión de aquel". (37)

(35) Rogina Villegas, Ob. Cit. Pág. 411.

(36) Tratado de Derecho Civil Español, Valladolid 1920, Tomo III, Pág. 560.

(37) Manresa y Navarro, Tomo XII, Pág. 141; Castán Toheñas, Derecho Español Común y Foral, Madrid 1944, Tomo III, Pág. 350.

En el contrato de fianza las partes que deben prestar el consentimiento, son el acreedor y el deudor; la declaración del deudor principal es tan innecesaria, pues aún ignorando éste que se va a otorgar la garantía, la fianza se perfecciona, porque sólo al acreedor interesa el asegurarse del pago del crédito, y la satisfacción de este interés no puede hacerse depender de la voluntad del deudor; ni siquiera cuando en virtud de un vínculo preexistente, el deudor está obligado a prestar fiador, entra en función el consentimiento de aquél; para generar la obligación del fiador basta el consentimiento de éste y el del deudor. (38)

Respecto a la clasificación de la fianza, que encontramos en los diversos códigos civiles, entre los que se cuenta el nuestro, de convencional, legal y judicial. En opinión de los defensores de la tesis de que la fianza es contractual, esa clasificación no afecta su naturaleza, porque no se refiere a la formación en sí de la garantía, sino a la obligación del deudor de proporcionarla, la que puede derivar de un convenio, de la ley o de una resolución judicial.

En apoyo de esta tesis PRECIO opina, "que la fianza es siempre un contrato celebrado entre el fiador y el acreedor, aún cuando, como pudiera desprenderse a primera vista que no fuera así en los casos de la fianza legal o judicial". (39)

Siguiendo el lineamiento general para la creación de los contratos y teniendo como base la clasificación que de la fianza hace la ley, veremos si en todos los casos la fuente de dicha garantía es contractual.

Conforme a la técnica jurídica para la formación de los contratos, la fianza convencional existe desde el momento en que el acreedor acepta el compromiso del fiador de que pague por el deudor si éste no lo hace, porque es en ese instante cuando se establece la concurrencia de voluntades, elemento indispensable para que exista el contrato (40); mientras no exista la aceptación de la oferta del fiador por parte del acreedor, podrá haber una promesa de fianza, pero no un contrato del mismo nombre. (41)

(38) Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I, Pág. 500.

(39) Manuel Somarriva Udruga, *Tratado de las Cautiones*, Santiago de Chile 1943, Pág. 80.

(40) Artículos 1792 a 1794 del Código Civil Federal.

(41) Valverde, *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo III, Pág. 508.

El consentimiento, que es uno de los elementos esenciales de validez de los contratos, puede ser expreso o tácito; es expreso cuando se manifiesta por escrito o por signos inequívocos; y tácito cuando resulta de hechos o de actos que lo presuponen, o que autorizan a presumirlo. Así textualmente lo establece el artículo 1803 del Código Civil Federal.

“La manifestación directa se hace a fin de poner la declaración en conocimiento del interesado, pudiendo ser oral, escrita, o resultar no sólo de señas que se atribuyen a las palabras como la inclinación de la cabeza, etc., sino también de hechos que guarden relación directa con la celebración del contrato, como el principio de cumplimiento que se determina con la remisión de mercancías al que las hubiera encargado. En cuanto a las manifestaciones indirectas, éstas resultan de declaraciones o de actos, que sin tener en sí mismas como finalidad poner la declaración en conocimiento del interesado, permiten sin embargo, conccer de modo indubitabls, la voluntad de su autor”. (42)

Sentadas las bases del consentimiento y dicho que éste es el elemento esencial para la formación de los contratos, veremos si esta concurrencia de voluntades se da en la fianza legal y en la judicial.

Si analizamos la fianza que se otorga para garantizar los daños y perjuicios que pudieren causarse a los terceros perjudicados en un amparo con la suspensión de los actos reclamados, nos encontramos que en estos casos, para que nazca la obligación fiadora basta con que la persona que se va a constituir como fiador comparezca al juzgado y expresamente se comprometa a pagar por el deudor los posibles daños y perjuicios que pudieren causarse a los terceros perjudicados con la suspensión del acto reclamado, sin que para la validez de la obligación asumida en esos términos se requiera la conformidad del acreedor.

En este ejemplo, que se analiza, no se puede decir que para la existencia de la fianza hay concurrencia de voluntades de acreedor y fiador, pues de ser así, es obvio que el acreedor en ningún momento estaría conforme con la fianza, ya que ésta le impide ejecutar la sentencia que le ha sido favorable; sin embargo, a pe-

(42) Planiol y Ripert. *Ob. Cit.* Tomo VI. Pág. 134.

sar de la falta de consentimiento del acreedor, la fianza subsiste y es legalmente válida.

Si se pretendiera decir que el órgano jurisdiccional al fijar en su auto las bases bajo las cuales debe obligarse el fiador y al aceptar su otorgamiento perfecciona el contrato se afirmarí a un absurdo, puesto que ésto no es admisible porque el juez en ningún momento es el acreedor ni representante de éste, y el aceptar ésto, sería tanto como desconocer su función pública de órgano del Estado; ya que, "los órganos públicos de la jurisdicción como órganos del Estado, representan únicamente el interés del mismo en la relación normal de la justicia. Por eso no depende de ellos el actuar o abstenerse en el proceso, pues la ley fija con toda precisión las condiciones y el contenido de su actividad, de manera que si esas condiciones existen, tienen que ejecutar un determinado acto estatal con el contenido que sea del caso: su obrar está jurídicamente mandado. Los órganos jurisdiccionales es indudable que tienen la obligación de llevar el proceso a su fin de manera ordenada, pero sólo porque la tutela del orden jurídico es una de sus funciones públicas". (43)

Así como ocurre en la fianza que se acaba de analizar, o sea la judicial, sucede lo mismo en la que se otorga para garantizar los manejos de los bienes que pertenecen a las personas que se declaradas ausentes, conforme al artículo 660, del Código Civil Federal, en cuyo caso, tampoco para la validez y existencia de la garantía se requiere el consentimiento del acreedor.

En estos casos como en muchos otros que podrían mencionarse, la fianza nace de la simple declaración unilateral de la voluntad del fiador de obligarse por el deudor principal, con lo que queda demostrado que la fianza no solo tiene su fuente en el contrato, sino que también puede nacer de una declaración unilateral.

Seguramente que algunas críticas se pueden hacer respecto a la declaración unilateral como fuente de la obligación fiadora,

(43) Kisch W. Elementos de Derecho Procesal Civil, Traducción Española de L. Prieto Castro, Madrid 1940, Págs. 18 y 19; Manuel de la Plaza, Derecho Procesal Civil Español, Madrid 1942, Pág. 8; Calamandrei, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Págs. 34 y 101; Efrén Cervantes Altamirano, Planza de Empresa, Pág. 98 y 99.

apoyadas en que ésta no puede ser, por no estar comprendida en nuestro Código; pero si bien es cierto que el Código Civil solamente reglamenta cuatro figuras nacidas de la declaración unilateral (oferta hecha al público, estipulación a favor de terceros, promesa de recompensa y emisión de títulos civiles a la orden o al portador) ésto no es determinante para que se acepte que son los únicos que pueden surgir de ese modo. (44)

Aún cuando la declaración unilateral de la voluntad no es fuente inagotable de obligaciones, cuando la relación jurídica que a través de ella se pretende establecer está reconocida por el derecho; sus efectos se producen válidamente aunque no se encuentre reglamentada en una forma especial.

De lo anterior se puede concluir que cuando el fiador se constituye como tal, conforme a los términos del proveído judicial, su acto resulta vinculatorio y es legalmente válido porque está sancionado por el órgano jurisdiccional quien apoyado en un mandato legal sanciona el hecho, por esa razón, una vez que el fiador se obliga como tal ante el órgano jurisdiccional, ya no puede después desvincularse voluntariamente de su obligación, sino que ésta subsiste hasta en tanto no sea expresamente liberada por el acreedor. En estos términos puede decirse que queda demostrado que la fianza judicial tiene como fuente la declaración unilateral de voluntad y no porque para crearla sea suficiente la manifestación del fiador sino porque a esa declaratoria el derecho le reconoce efectos vinculatorios. (45).

En este sentido Bo Georgio opina que si en verdad no se puede negar que la obligación fiadora sea normalmente convencional; eso no significa que en el campo de la fianza no se observen algunos fenómenos en la que esa explicación no se adecúe al esquema clásico del contrato. En esa situación se encuentran las fianzas que la ley faculta al órgano jurisdiccional imponer dentro de un proceso a la parte que quiera obtener determinados efectos jurídicos, como son los de que se decreta un secuestro pre-

(44) Rogina Villegas, Ob. Cit.; Tomo II, Pág. 168 y siguientes.

(45) Borja Soriano; Ob. Cit. Tomo I, Pág. 432; en apoyo de esta opinión el Código Civil de Morelos, Artículo 3037 dice: "La fianza puede constituirse por contrato o por virtud de un acto jurídico unilateral".

cautorio. En esta hipótesis está fuera de duda que se deroga el principio de contractualidad; además que en otros supuestos contemplados por la ley, la fianza no sólo puede otorgarse sin el consentimiento del acreedor sino sin ninguna posibilidad de control por parte de éste en torno a la solvencia o bienes del fiador. En todos estos casos es obvio que sólo la declaración del garante es textualmente requerida para constituir el efecto jurídico de la fianza, y de nada servirá una manifestación de voluntad del acreedor contraria a la aceptación de la promesa de un fiador idóneo. A la comprobación de estas situaciones como se ha dicho, no se puede llegar si no es renunciando a la investigación de una explicación sobre el terreno del contrato y admitiendo que en semejantes hipótesis, la obligación del fiador nace de una declaración unilateral de voluntad, vinculada sin necesidad de la aceptación por parte del acreedor. (46)

ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FIANZA

- a) Consentimiento;
- b) Objeto y
- c) Existencia de la obligación principal.

Consentimiento.—La concurrencia de voluntades para crear el contrato de fianza, se manifiesta entre el fiador y el acreedor.

La voluntad del deudor no es necesario que se exprese pues aún sin el consentimiento de éste puede constituirse la fianza; nuestro código acepta la fianza aún en contra de la voluntad del deudor. (47)

El consentimiento en la fianza debe ser expreso, pues carece de validez el que se otorgue de una manera distinta.

La concurrencia de voluntades de fiador y acreedor, sólo es necesaria cuando la fianza tiene como fuente el contrato, pues como ya dijimos en el punto anterior, la fianza también puede tener como fuente una declaración unilateral, en este caso, no se

(46) Ito Giorgio con tributo alla dottrina dell' obbligazione fideiussoria.—Pág. 105 y siguientes. Milano 1934.

(47) Artículos 2790 Código Civil Federal.

requiere el consentimiento del acreedor, quien ni siquiera interviene para el otorgamiento y validez de ésta, por lo que la única manifestación de voluntad que se requiere en este caso, es la del fiador el que de una manera expresa e indubitable se obliga a pagar por el deudor si éste no lo hace.

En las fianzas judiciales, que son el caso típico en las que el fiador se obliga por una simple declaración unilateral, solamente se requiere que éste reúna los requisitos de solvencia que la propia ley exige y cumplidos éstos, se concurra ante el órgano jurisdiccional que dictó el proveído en el cual se exige el otorgamiento de garantía para que ante él, el fiador se obligue a pagar al acreedor si su fiado no lo hace, lo que es suficiente para que la relación entre fiador y acreedor subsista.

a) *Objeto*.—En la fianza podemos distinguir dos objetos, uno directo y otro indirecto.

El objeto directo consiste en crear a cargo del fiador una obligación subsidiaria de pagar por el deudor cuando éste no lo haga.

El objeto indirecto es la prestación que debe pagar el fiador, la que puede ser en especie o en dinero, igual o distinta a la debida por el obligado principal pero de la misma proporción cuantitativa, ya que no debe exceder de su valor, puesto que, el que fía no puede obligarse a más que el deudor principal.

Por regla general cuando la obligación del deudor consiste en la de realizar un hecho determinado, la del fiador es de pagar una cantidad si el deudor no cumple la obligación; pero en este caso, la cantidad que el fiador debe cubrir al acreedor debe cuantificarse en relación al daño causado por el incumplimiento, pues la fianza en todo caso, es compensatoria y su objeto consiste en reparar únicamente el daño causado al acreedor.

La fianza también puede otorgarse para garantizar una deuda futura, cuyo importe no sea aún conocido, pero en este caso podrá reclamarse al fiador cuando la deuda sea líquida y exigible al deudor principal.

Por ser la fianza una obligación subsidiaria y como consecuencia accesoria, de una principal, ésta tiene sus propias características y por lo tanto puede ser menor que la principal y menos

onerosa que ésta; cuando ésto ocurre, se está en presencia de una garantía parcial.

b) *Existencia de la obligación principal.*—Como la fianza es un contrato accesorio, la existencia de la obligación principal es esencial, puesto que sin ésta, la obligación accesoria de garantía no puede tener vida jurídica.

El que la fianza pueda otorgarse en garantía de una obligación futura o anulable, no desvirtúa su naturaleza accesoria, ya que su existencia en estos casos, dependerá de la existencia de la obligación principal y en caso de que ésta fuera anulada o no llegara a realizarse, a los mismos efectos quedará subordinada la fianza.

En efecto, si se otorga fianza par a una obligación futura, aún cuando de inmediato se establece la relación entre fiador y acreedor, la obligación del primero de cumplir al segundo, está condicionada al nacimiento de la obligación del deudor y al evento de que éste no cumpla; si se trata de una obligación anulable subsistiría hasta en tanto no se declare la nulidad de la obligación afianzada, puesto que es bien sabido que la obligación de esta especie produce sus efectos y por lo tanto, tienen vida jurídica hasta que se declara su nulidad, aún cuando esta declaratoria tiene efectos retroactivos.

CARACTERISTICAS DE LA OBLIGACION FIADORA

a) *Subsidiaridad.*—El objeto directo de la fianza, es crear una obligación subsidiaria de la obligación principal.

Esto se concluye de la definición de la fianza en la cual la obligación del fiador de pagar al acreedor se condiciona al evento de que el deudor no cumpla, ya que sólo cuando ésto ocurra, el acreedor podrá ejercitar el derecho que tiene en contra del fiador. Por esta causa, con justa razón se dice que el derecho que el acreedor tiene en contra del fiador es eventual. (48)

Este carácter de la obligación fiadora se afirma, si se toma en cuenta que el fiador no es un deudor directo sino de segundo

(48) Cervantes Almirante, Ob. Cit. Pág. 142.

orden a quien sólo podrá exigirsele el cumplimiento de la obligación cuando el deudor no lo haga.

Por ser el fiador un deudor indirecto, al ser requerido por el acreedor, éste debe ponerlo en conocimiento del deudor principal para no correr el riesgo de que al repetir en contra de éste para obtener el pago de lo que como fiador haya cubierto al acreedor, le oponga las excepciones inherentes a la obligación principal que pudieran oponerse en contra del acreedor en el momento de hacer el pago. (49)

Como el fiador al pagar al acreedor no satisface un crédito propio sino simplemente lo hace en subsidio de la obligación del deudor principal, tiene derecho a que éste le restituya lo pagado por él; pero si el deudor no prestó su conocimiento para la constitución de la fianza, el fiador sólo tendrá derecho a la restitución si el pago benefició al deudor. (50)

Por efectos de la subsidiaridad de la obligación fiadora, el derecho que el acreedor tiene en contra del deudor principal, se fortalece, pues ante el evento de que el obligado directo no cumpla, el fiador deberá hacerlo; y ante la posible insolvencia del deudor, cuenta con la solvencia del fiador quien deberá reunir siempre estos requisitos, pues si por alguna causa dejara éste de ser solvente, el acreedor puede válidamente exigir al deudor otro fiador que reúna esas cualidades. (51)

Otros de los efectos de la subsidiaridad es que el acreedor no puede ejercitar su derecho en contra del fiador hasta en tanto no se de del supuesto de incumplimiento del deudor.

Este supuesto de incumplimiento, por regla general se da el siguiente día a aquel en que vence el plazo para el cumplimiento (obligaciones a plazo fijo); en que vencen los 30 días siguientes al requerimiento que se haga al deudor para que cumpla la obligación no sujeta a término fijo o de plazo incierto; o al en que se cumpla la condición, y si la condición consistió en que no se rea-

(49) Artículos 2830 y 2832 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales.

(50) Artículo 2828 Código Civil Federal.

(51) Artículo 2804 Código Civil Federal.

lizara un hecho en un tiempo fijo, al concluir éste sin que se hubiere verificado este hecho. (52)

Se dice que el incumplimiento de la obligación se da el siguiente día a aquel en que se verifican cada uno de los supuestos mencionados (vencimiento de plazo, cumplimiento de condición, etc.) porque desde ese día la obligación es exigible, pura y simple, de plazo o condición cumplida y desde entonces el deudor incurre en mora por no satisfacer la prestación en los términos convenidos.

No debe confundirse el objeto directo, como obligación subsidiaria que asume el fiador, con los beneficios de orden y excusión, pues aún cuando se renuncien dichos beneficios, la obligación del fiador siempre estará supeditada al incumplimiento del deudor; pero hasta el vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición para que si el deudor no cumple voluntariamente en los términos convenidos, lo deba hacer el fiador. (53)

En efecto, los beneficios de orden y excusión son elementos de procedibilidad y no característicos de subsidiaridad.

El hecho de que el fiador renuncie a estos beneficios, no implica que se convierta en un deudor directo. Si bien es cierto que por efectos de esa renuncia el acreedor puede ejercitar su derecho en contra del fiador sin necesidad de hacerlo antes en contra del deudor, también es cierto que puede actuar en este caso, se requiere que la obligación sea exigible conforme a derecho; y que aún cuando no actúe en contra del deudor, la acción que tiene en contra de esta sea ejercitable, por esta razón en las obligaciones no sujetas a plazo, el acreedor no podrá actuar en contra del fiador si antes no ha requerido al deudor directo el cumplimiento de la obligación y ha transcurrido el plazo de 30 días que señala la ley para que la acción de cobro sea expedita.

Aún cuando la fianza crea pluralidad de deudores, sin embargo, éstos no son acumulables entre sí, pues uno de ellos el fiador actúa exclusivamente en subsidio del deudor principal;

(52) Artículos 1942 a contrario sensu; 1947, 1953, 2079 y 2080 del Código Civil Federal.

(53) Rogina Villegas.—Ob. Cit. Pág. 460.

esta pluralidad de deudores por razón natural no encaja en la solidaridad ni en la mancomunidad, porque en estas dos figuras todos los obligados son deudores directos.

Una excepción al principio de subsidiaridad de la fianza, es la establecida en el artículo 2835 del Código Civil vigente, que corresponde al 1869 del Código de 1870 y al 1873 del Código de 1884 que establecen "que si la deuda fuere a plazo o bajo condición y el fiador pagare antes de que aquel o ésta se cumplan, no podrá cobrar la del deudor sino cuando fuera legalmente exigible".

Conforme al texto del artículo mencionado, el principio de subsidiaridad de la fianza desaparece, puesto que el fiador satisface al acreedor antes de que el deudor esté legalmente obligado a cumplir.

Propiamente en este caso no debe hablarse del cumplimiento de la obligación fiadora sino de la adquisición de un crédito para substituirse en el acreedor. Es indudable que el legislador al redactar el precepto mencionado olvidó que el fiador sólo actúa cuando el deudor incurre en incumplimiento, supuesto que no puede darse sino hasta después de que se vence el plazo o se cumple la condición; además, conforme al principio que rige a las obligaciones sujetas a condición suspensiva, la obligación no nace sino hasta que se verifica el acontecimiento futuro e incierto, por lo que el fiador que paga antes de que ésto ocurra, no puede decirse que cumplió con la obligación de su fiado, la cual en ese momento aún no existe.

b) *Unilateralidad*.—El contrato de fianza por regla general es unilateral, puesto que sólo existen obligaciones a cargo del fiador, aún cuando también puede ser bilateral, porque se pacte alguna obligación a cargo del acreedor como es la de pagar al fiador alguna cantidad como remuneración por el servicio o fianza, prestado.

c) *Accesoriedad*.—Es accesorio porque la fianza no puede existir sin una obligación principal.

Nuestro Código Civil en su artículo 1797 establece que la fianza no puede existir sin una obligación válida; sin embargo, puede recaer en una obligación cuya nulidad puede ser reclamada en

razón de una excepción puramente personal del deudor principal. Este precepto acepta la validez de la fianza cuando recae en una obligación afectada de nulidad relativa, porque este tipo de nulidad sólo puede ser invocada por el deudor principal.

A este respecto, el Código de 1870 en sus artículos 1818, 1819 y 1820 disponían que la fianza no podía recaer sino sobre una obligación civilmente válida; que la fianza es válida si la nulidad de la obligación principal procede de la incapacidad personal del deudor con tal de que el fiador haya tenido conocimiento de esa incapacidad al tiempo de obligarse y que la obligación principal sea válida al menos naturalmente; y que la fianza subsistirá en caso de incapacidad del deudor principal, aún cuando dicho deudor haga rescindir su obligación por esa causa.

Del texto de los artículos mencionados se deduce que en este Código se reconocía la existencia de relaciones naturales, por eso aceptaba la validez de la fianza de una obligación nula motivada por la incapacidad del deudor principal, aún después de que desapareciera la relación jurídica por dicha causa, sin embargo, para que la fianza subsistiera en estos casos se requería que el fiador tuviera conocimiento de esa incapacidad en el momento de obligarse.

El Código Civil de 1884, suprimió los artículos 1819 y 1820 del Código de 1870 que reconocían la existencia de las obligaciones naturales y como consecuencia la validez de la fianza que recaía sobre este tipo de obligaciones.

El Lic. Pablo Macedo en sus datos para el estudio del Código de 84 dice: "La comisión encargada de las reformas del Código de 1870, consideró necesario suprimir la denominación de obligaciones civilmente válidas, en virtud que no reconociendo nuestro derecho la distinción entre obligaciones civiles y naturales, era conveniente hablar sólo de obligaciones válidas o nulas. Asimismo, en este Código no se aceptó que la fianza recayera sobre una obligación cuya nulidad sólo fuera susceptible de hacerse valer por el deudor principal excepto en aquellos casos en que expresamente la ley dispusiera otra cosa como ocurría con lo establecido en el artículo 424 que al referirse a la nulidad de los actos jurídicos ejecutados por los incapacitados, decía que sólo

podía ser alegada en vía de acción o excepción por el mismo incapacitado o su representante legal; pero no por la persona con quien contrató ni por los fiadores que se hayan dado al tiempo de otorgarse la obligación, ni por los mancomunados con ella.

Criterio que se conservó en el artículo 1674 del Código proyectado, en el que se estableció que las acciones y las excepciones de nulidad competen a las partes principales y a sus fiadores, exceptuándose aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa.

Aún cuando como ya se dijo, el Código Civil vigente en su artículo 2797, sigue el criterio de que la fianza puede recaer sobre todo tipo de obligaciones aún aquellas cuya nulidad puede ser reclamada por el deudor principal en razón de una excepción puramente personal; por efectos de la accesoriedad si la obligación principal es anulada, la de la fianza se extingue.

Este carácter accesorio de la fianza despierta un verdadero interés porque de él se derivan un sin número de consecuencias jurídicas de las cuales sólo enunciaré las siguientes:

a) La inexistencia de la obligación garantizada produce la ineficacia de la fianza.

b) La nulidad de la obligación principal, ya sea absoluta o relativa produce la extinción de la fianza.

En este tipo de obligaciones afectadas de nulidad absoluta o relativa, la extinción de la fianza sólo se producirá cuando se declare la nulidad de la obligación, mientras ésto no ocurra, la garantía surtirá sus efectos en los términos del artículo 2797 del Código Civil Federal que permite que se otorge fianza por una obligación anulable.

Es comprensible que la fianza que se otorga por una obligación afectada de nulidad produzca sus efectos, porque la propia obligación principal los produce aún cuando sea en forma provisional de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2226 del Código Civil.

c) La transmisión del crédito principal produce la del derecho accesorio. (54)

d) La subrogación legal o convencional de los derechos que se tienen en contra del deudor principal producen también la transmisión de la fianza.

e) La novación que produce la extinción de la obligación principal produce la de la fianza a menos que el fiador consienta en ella. (55)

CLASIFICACION DE LA FIANZA

Conforme a nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales la fianza puede ser convencional, legal y judicial.

Esta clasificación no es atendiendo a la fuente de la obligación fiadora, sino en razón de la obligación o necesidad del deudor de otorgar la garantía.

Se dice obligación o necesidad de otorgar la garantía, porque no en todos los casos puede considerarse que existe una obligación a cargo del deudor.

Conforme al concepto tradicional, obligación es el vínculo por el que somos constreñidos a cumplir una prestación positiva o negativa. (56)

Ese vínculo crea una relación jurídica, que da al acreedor una acción que puede ejercitar ante el órgano jurisdiccional para obtener el cumplimiento de la prestación objeto de la obligación o su equivalente cuando éste no se pueda lograr. (57)

Ahora bien, si se examina la causa por la cual el deudor otorga la garantía, veremos que en algunos casos es en cumplimiento de un convenio previo, pero en otros se hace para cum-

(54) Artículo 2232 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

(55) Artículo 2221 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

(56) Boncasse Julien, Elementos de Derecho Civil, Traduc. Española, Puebla 1945, Pág. 8 Barosi Ob. Cit. Tomo II, Vol. 1, Pág. 7; Castan Toboñas, Ob. Cit. Tomo III, Pág. 446.

(57) Borja Soriano, Ob. Cit. Tomo I, Pág. 102; Rieel, Ob. Cit. Tomo XIII, Pág. 3.

plir con un requisito establecido en la ley o bien por acuerdo de una autoridad jurisdiccional.

Cuando la garantía se otorga por convenio entre el acreedor y el deudor, no cabe la menor duda que se trata de una obligación, cuyo cumplimiento puede ser exigido por el acreedor a través de ejercicio de la acción jurisdiccional correspondientes.

Cuando no existe el vínculo jurídico entre acreedor y deudor que de nacimiento a la obligación de otorgar fianza, el deudor procura la garantía en un interés propio, para obtener determinada cosa, o que se realice determinado acto, porque para lograrlo, lo establece así la ley o lo requiere una autoridad jurisdiccional, en este caso solo existe una carga cuyo cumplimiento es potestativo y no puede exigirse coactivamente.

Fianza Convencional.—Es aquella que por convenio entre el acreedor y el deudor se impone a este último la obligación de otorgar fianza que garantice el cumplimiento de la obligación principal.

En este caso, si el deudor no proporciona al fiador, el acreedor puede exigirle el cumplimiento de esa obligación a través de los órganos jurisdiccionales, o bien rescindir el contrato, o dar por vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación principal y exigir éste de inmediato.

Fianza Legal y Judicial.—Para este tipo de fianzas, en nuestra Legislación no existe una definición, sólo encontramos en el artículo 2850 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales que hay fiadores que se dan por disposición de la ley o providencia judicial.

Del contenido de ese artículo, se concluye que la fianza legal es aquella que por disposición de una ley debe otorgarse y la judicial la que se da en cumplimiento de un acuerdo jurisdiccional.

Si se toma en cuenta que todo acuerdo o mandato de autoridad debe ser fundado en una ley previamente establecida para que tenga legalidad, se concluirá que tanto la fianza legal como la judicial, derivan de la norma jurídica.

El que la fianza legal o judicial deriven de la norma jurídica,

no implica que la obligación fiadora tenga su origen en un mandato legal ya que como antes se dijo, lo que impone la norma o el acuerdo jurisdiccional, es una carga al deudor de otorgar la garantía.

“Propiamente sólo existen fianzas legales, toda vez, que el juez en nuestro sistema procesal, solamente podrá exigir mediante providencia que se otorgue una determinada fianza, cuando la ley lo determina así”. (58)

La providencia judicial que ordena el otorgamiento de una garantía, tiene su validez en una ley ya que “el legislador previendo la situación, autoriza al juez para exigirla”. (59)

A pesar de las opiniones expresadas, entre la fianza legal y la fianza judicial, existe una diferencia que es en la que puede decirse se apoyó el legislador para establecer la clasificación a que se ha hecho referencia.

Esa diferencia consiste en que la fianza judicial es aquella que se otorga ante el juez que la ordena y con el fin de que pueda ejecutarse o surta efectos un determinado acto procesal; en cambio la fianza legal sólo produce consecuencias en el derecho sustantivo y si en algunos casos se otorga ante un órgano jurisdiccional, en otros debe constituirse edirectamente ante el acreedor sin que para ello intervenga o se requiera de un acuerdo judicial. (60)

Un ejemplo de fianza judicial es aquella que se otorga para lograr la suspensión de la ejecución de una sentencia,

En cambio la fianza legal es la que se otorga para poder disfrutar de un derecho o disponer de determinados bienes, como ocurre en los casos previstos por los artículos 1770 y 2287 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales que establecen que si el autor de la herencia dispone en su testamento que algún heredero o legatario se le entreguen determinados bienes; el albacea, aprobado el inventario, entregará los bienes mencionados, siempre que el heredero o legatario que los vaya a recibir,

(58) Rafael Rogina Villegas, Ob. Cit. Tomo VI, contratos, Vol. 2, Pág. 430.

(59) Somarrilín Undirruiga, Ob. Cit. Tomo II, Pág. 277.

(60) Rogina Villegas, Ob. Cit. Pág. 435.

garantice los gastos y cargas generales de la herencia, en la proporción que le corresponda; que cuando en una venta en la que se concede un término para el pago del precio, se descubre que el comprador se encuentra en estado de insolvencia, el vendedor sólo entregará la cosa siempre y cuando el comprador le de fianza que garantice el pago de la cosa en el plazo convenido.

Fianza Honerosa y Gratuita.—En el mismo Código Civil encontramos que el legislador clasifica la fianza en honerosa y gratuita.

Esta clasificación es atendiendo a que el fiador sea o no remunerado por el servicio de garantía que presta al acreedor.

En estas condiciones, fianza honerosa es aquella en la que el fiador recibe un pago mensual o anual, según se pacte, por la garantía que presta; respecto al pago, éste puede ser a cargo del acreedor o bien del deudor principal fiado.

A contrario sensu, garantía gratuita es aquella en la que el fiador no recibe remuneración alguna por el servicio que presta.

Fianza Solidaria.—Esta es una modalidad de la fianza que encontramos tanto en la doctrina como en nuestra legislación, en la que se pretende asimilar en el fiador la solidaridad con el objeto de evitar que éste goce de los beneficios de orden y excusión. (61)

Según esa idea, los efectos de la solidaridad en la fianza son que el fiador no goce de los beneficios de excusión, y que con este motivo el acreedor pueda legalmente ejercitar su acción de cobro en su contra sin que previamente tenga que hacerlo contra el deudor principal.

Esta combinación de la solidaridad y la fianza ha traído verdaderos problemas, pues no puede determinarse con exactitud las reglas que deben aplicarse a este tipo de garantía, si las de solidaridad o las de la fianza, reglas que entre sí son antagónicas, pues

(61) Plantol, Ob. Cit. Tomo II, Pág. 897.

mientras unas rigen (las de solidaridad) una obligación directa, las otras (fianza) una obligación accesoria.

Al respecto, Louis Josserand dice que fiador solidario es un deudor no interesado. (62)

Aún cuando en nuestra legislación no existe un concepto del fiador solidario, en el artículo 2845 del Código Civil al referirse a la extinción de la fianza por imposibilidad en la subrogación de los derechos y privilegios o hipotecas del acreedor por culpa o negligencia de éste, menciona al fiador solidario.

Esta modalidad de la fianza es inoperante porque se trata de acumular en una sola obligación los caracteres de dos que son antagónicas.

En efecto la fianza por naturaleza es una obligación accesoria, que en relación con la obligación principal siempre se encuentra en un plano de segundo orden; en cambio la solidaridad implica que todos los deudores que tengan este carácter sean directos, es decir, de igual grado; existiendo esta diferencia de naturaleza de la obligación fiadora y la solidaria no es posible acumularlas entre sí.

El pretender reunir en una sola obligación las características de accesoriedad y de solidaridad es incurrir en el error de aceptar que una persona pueda ser por la misma prestación, deudor directo y accesorio.

Esto es imposible porque los efectos de la solidaridad, que son los de considerar a todos los deudores, directos, destruyen la accesoriedad.

Por esta razón, si el fiador a su vez se constituye deudor solidario, por ese simple hecho, su carácter de fiador desaparece, pues deja de ser su obligación accesoria, para convertirse en directa.

Si el objeto de incluir la solidaridad en la fianza fue para que los fiadores no gozaran de los beneficios de orden y excusión, la solución al problema fue dada en forma equivocada, ya que

(62) Louis Josserand, Ob. Cit. Tomo II, Vol. 2. Pág. 428.

para conseguir ese fin basta que los fiadores renuncien a esos beneficios, por estar así permitido por la ley, con lo cual el acreedor inmediatamente que la obligación principal es exigible, puede actuar directamente en contra del fiador sin que para ello tenga que hacerlo antes en contra del deudor principal.

Los beneficios de orden y excursión no son más que actos procesales que al excluirse de la fianza no alteran ni afectan la naturaleza jurídica de ésta ni sus efectos, pues el objeto de crearlos fue el de que la obligación del fiador fuera menos honerosa, ya que con el uso de éstos, el fiador solamente se ve constreñido a pagar al acreedor la parte de la prestación que quedara insoluta después de aplicar el valor de los bienes del deudor principal.

DIFERENCIA ENTRE OBLIGACION SOLIDARIA Y OBLIGACION SUBSIDIARIA

Para poder establecer la diferencia enunciado, es preciso saber antes que es la solidaridad, cuales son sus características y sus efectos .

La solidaridad se ha definido como la actuación o responsabilidad por razón de un acto o contrato; es un vínculo entre varios acreedores o deudores que permite a cada uno reclamar la deuda o cumplir con la obligación en su totalidad. (63)

Esta institución se dice que deriva de la correalidad romana (64), la que ha llegado a nosotros por la influencia que el derecho romano tuvo sobre las legislaciones de los países de origen latino, y directamente a través del Código Francés que sirvió de base a nuestro Código Civil.

Existen dos clases de solidaridad: de acreedores o activa y de deudores o pasiva, en la primera existen varios acreedores de una sola obligación y cualesquiera de ellos puede exigir su cumplimiento total, y el deudor se libera pagando a cualquiera de ellos; en la segunda son varios deudores de una sola prestación cuyo cumplimiento puede exigirse a cualesquiera de ellos, y el

(63) G. Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual.

(64) Marty, Ob. Cit. Tomo II, Vol. I, Pág. 605.

pago que de la misma haga uno de los deudores libera a los demás.

La solidaridad activa o pasiva no se presume sino que resulta de la ley o de la voluntad de las partes.

Para este estudio sólo me ocuparé de la solidaridad pasiva porque la diferencia que pretendo establecer, es entre ésta y la obligación subsidiaria.

Solidaridad Pasiva.—Cuando varios deudores en forma directa están sujetos a la misma deuda, de tal suerte que a cualquiera se les pueda exigir el cumplimiento total de la prestación, existe solidaridad pasiva.

Características de la Solidaridad.—Estas son: la unidad de obligación (65), y la pluralidad de los deudores directos a quienes se les puede exigir indistintamente el pago total de la prestación.

Por efectos de la unidad de obligación cada uno de los deudores tiene a su cargo el deber de cumplirla en su totalidad; y el pago que de la prestación haga uno de ellos libera a los demás.

Efectos de la Solidaridad.—Estos pueden considerarse desde dos puntos de vista:

En la relación de los deudores con el acreedor, y en la relación de los deudores entre sí.

Relación entre Deudores y Acreedor.—Todos los deudores solidarios, son obligados directos de una misma prestación, por eso el acreedor puede exigir de cualquiera de ellos el cumplimiento íntegro de la obligación.

El deudor requerido debe cumplir en su totalidad la obligación, sin que por existir varios deudores pueda invocar la división de la deuda; sólo podrá oponer contra la demanda del acreedor las excepciones que sean comunes a todos los deudores, es decir, aquellas que deriven de la naturaleza de la obligación, sin embargo, también puede oponer las que le sean personales a él más no las de los otros deudores.

(65) Louis Josseland, Ob. Cit. Tomo II, Vol. 5, Pág. 608; el mismo criterio. Art. 1987 Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

A pesar de que existe pluralidad de deudores, sólo hay una obligación que es común a todo, cuando uno de ellos satisface la prestación ya sea en forma voluntaria o bien porque haya sido demandado, la obligación se extingue, por lo que todos los deudores quedan liberados en su relación con el acreedor.

Estos efectos están previstos en los artículos 1990 y 1993 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

Aún cuando por efectos de la solidaridad cada uno de los deudores está obligado a cubrir las prestaciones en su totalidad ésto no quiere decir que la deuda no sea divisible, pues si el acreedor quiere llevarla a cabo puede hacerlo y en este caso puede legalmente requerir de uno de los codeudores el pago de una parte, sin que ésto le impida demandar a los demás por la parte insoluta. (66)

El ejercicio de la acción en contra de uno de los deudores no la agota cuando no se obtiene el pago total de la prestación, en este caso, el acreedor puede demandar a los demás deudores hasta obtener el pago total del crédito.

Respecto a la prescripción de la deuda, la interrupción que de ésta se haga en contra de uno de los deudores, surte efectos al mismo tiempo en todos los demás, sin que para ello el acreedor tenga notificárselo a cada uno de ellos.

Asimismo, la novación, compensación o remisión que el acreedor haga de la obligación en uno de los deudores, surte los mismos efectos en los demás, es decir, que si por estos actos la obligación se extingue respecto de uno de los deudores, también se extinguirá para todos los demás.

Relación de los Deudores Entre Sí.—De esta relación resulta la división de la deuda, si bien es cierto que cada uno de los deudores ante el acreedor está obligado a soportar la totalidad de la prestación, entre ellos ésta se divide por partes iguales.

Esta división no opera cuando se pacta lo contrario o cuando sólo uno de ellos tiene interés en la deuda, en este último caso el deudor interesado es el único que soporta la totalidad del crédito.

(66) Artículo 1989 del Código Civil.

to; así lo establecen los artículos 1999 y 2000 del Código Civil Federal.

Obligación Subsidiaria y su diferencia con la Solidaridad.— En la obligación subsidiaria encontramos pluralidad de deudores pero su concurrencia no es acumulable como en la solidaridad, pues en ésta uno de los deudores actúa siempre en subsidio del otro; asimismo, el obligado subsidiario es accesorio a diferencia del solidario que siempre es principal.

La obligación subsidiaria puede decirse que es eventual, condicionada al incumplimiento del deudor directo, por esa causa el acreedor sólo podrá actuar en contra del obligado subsidiario cuando se de el evento de incumplimiento del deudor principal.

Los efectos de que la obligación subsidiaria no se encuentre en el mismo plano que la principal son que la constitución de la mora, la interrupción de la prescripción, o el ejercicio de la acción dirigida en contra de la obligación principal no la afectan. Al respecto, el artículo 1773 del Código Civil dice: "para que la prescripción de una obligación se interrumpa respecto a todos los deudores no solidarios se requiere el conocimiento a aceptación de todos".

Por ser la obligación subsidiaria accesorio, el acreedor puede liberarla sin que esto produzca la extinción de la obligación principal, fenómeno que no puede darse en la obligación solidaria puesto que la liberación que de la obligación haga el acreedor a uno de los codeudores aprovecha a los demás.

En la relación entre deudor principal y el subsidiario, también encontramos que en la solidaridad, la deuda se divide por partes iguales entre los codeudores; en cambio, entre el deudor principal y el deudor subsidiario no opera esa división de la deuda; porque el obligado subsidiario siempre es un deudor no interesado por lo que el único que debe soportar la responsabilidad del crédito es el principal.

En síntesis, la obligación solidaria es siempre principal en contraposición a la subsidiaria que es accesorio, entre los codeudores solidarios opera la división de la deuda, lo que implica que cada uno de ellos soporta una parte alicuota del crédito; el subsidiario cuando paga, no soporta ninguna parte del crédito, puesto que cuando lo hace el deudor debe indemnizarlo.

CAPITULO IV

PRESCRIPCION DE LA FIANZA

Respecto al desarrollo de este tema se nos presentan dos problemas: El primero saber cual es el plazo legal para la prescripción de la obligación fiadora, y el segundo establecer el momento en que empiezan a decursar ese plazo.

Plazo para la Prescripción de la Obligación Fiadora.— En nuestra legislación no encontramos señalado un plazo determinado para la prescripción de la fianza, como ocurre en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, que reglamenta las fianzas otorgadas por instituciones autorizadas por el Gobierno Federal, en la que se señalan dos años para su prescripción, conforme al artículo 120; dada esta circunstancia podría decirse que el plazo prescriptorio de la fianza es de diez años, por no existir uno abreviado, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 1159, del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, que establece “que fuera de los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años contados desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento”.

Sin embargo, por ser la fianza una obligación accesoria que sigue la suerte de lo principal, debe aplicarse a ésta el mismo tiempo que la ley fije para la obligación principal, puesto que la obligación accesoria no puede subsistir por mayor tiempo que la principal, ni el fiador puede estar obligado en forma más onerosa que el deudor, y porque la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del fiado y por las mismas causas que las demás obligaciones.

En conclusión, el plazo para la prescripción de la fianza siempre será el mismo que la ley fije para la obligación principal, salvo en aquellos casos que por disposición legal se señalara uno menor.

Iniciación de la Prescripción.—En términos generales, la ley establece que la prescripción de las obligaciones y del derecho del acreedor para exigir su cumplimiento, se inicia desde que la obligación es exigible, es decir, que se sigue el principio que en doctrina se conoce con el nombre de "Actio nata", del que derivan dos reglas fundamentales:

- a) La acción no nacida no prescribe.
- b) La acción no nacida sí prescribe, si su nacimiento depende del arbitrio del acreedor.

Si se considera la fianza como una obligación accesorio, pura y simple, no presenta ningún problema establecer el momento en que se inicia su prescripción, pues es indudable que ésta empieza a decursar desde que la obligación principal es exigible porque desde entonces lo es la accesorio.

Pero como existen a favor del fiador el beneficio de orden, que impone el acreedor la obligación de proceder en contra del deudor antes de hacerlo en contra del fiador; y el de excusión que impide al acreedor hacer efectivo su crédito en bienes del fiador si antes no aplica el valor de los del deudor al pago del crédito, nos encontramos con el problema de saber cuando se inicia la prescripción.

Si por razón de los beneficios de orden y excusión el acreedor no puede actuar en contra del fiador, sino hasta después de haber demandado al deudor y hecho la excusión de sus bienes, podría decirse que la prescripción de la fianza se inicia cuando el acreedor agota la acción que tiene en contra del deudor y hace la excusión de sus bienes, porque es hasta entonces cuando la acción que se tiene en contra del fiador puede ser libremente ejercitada.

Sin embargo, este criterio para determinar el momento de iniciación de la prescripción no es de aceptarse, porque si bien es cierto que el acreedor no puede actuar en contra del fiador has-

ta en tanto no haya actuado en contra del deudor y hecho la excusión de sus bienes, estos actos que son necesarios para provocar la exigibilidad de la obligación fiadora son exclusivamente a cargo del acreedor por lo que en este caso tiene su aplicación la Segunda Regla de la "Actio nata", que establece que si depende del acreedor hacer surgir su derecho de obrar, deviene natural dejar que empiece la prescripción desde que su crédito existe, puesto que desde entonces puede realizar todos y cada uno de los actos que provoquen la exigibilidad de la obligación. (67)

Es decir, que aún cuando el acreedor no puede ejercitar su acción en contra del fiador sino hasta después de haber cumplido con los requisitos de orden y excusión, la prescripción de la fianza debe comenzar a decursar desde que el acreedor está en aptitud de llenar esos requisitos, o sea desde que la obligación principal es exigible, ya que no se debe dejar al arbitrio de los acreedores en forma indefinida, la realización de aquellos actos necesarios para determinar el ejercicio de una acción, por que en estas condiciones, la prescripción nunca comenzaría a correr, lo cual nos llevaría a un absurdo legal, que es contrario al fin que los legisladores pretendieron seguir al introducir estas instituciones en nuestro Derecho cuyo objeto principal es el de evitar la perpetuidad de las acciones por negligencia de sus titulares.

Si relacionamos los artículos 1168, fracción II y 1172 del Código Civil, que establecen que la prescripción se interrumpe por la demanda u otro cualquier género de interpelación judicial notificada al deudor; y que la interrupción de la prescripción contra el deudor principal produce los mismos efectos contra su fiador, veremos que sería notoriamente antijurídico considerar que la prescripción de la obligación fiadora comienza a decursar cuando el acreedor ha demandado al deudor y hecho la excusión de sus bienes, ya que si la demanda o interpelación judicial que se hace al deudor interrumpe la prescripción de la fianza, es obvio que para que se pueda hablar de interrupción es necesario que ésta se haya iniciado desde antes de la demanda que se haga al deudor, lo que implica que para que comience a correr la prescripción de la obligación fiadora, no se requiere que estén reunidos los requisitos de procedibilidad exigidos para el ejercicio de la acción ju-

(67) Planeol y Ripert.—Ob. Cit. Tomo 7. Pág. 602.

dicial, puesto que basta que la obligación principal sea exigible, porque desde entonces el acreedor está en aptitud legal de realizar todos aquellos actos que son necesarios para el ejercicio de la acción que se tiene en contra del fiador.

Si se aceptara que la prescripción de la fianza sólo se inicia cuando el acreedor cumple con los requisitos de orden y excusión porque mientras ésto no ocurra, la acción judicial que se tiene contra el fiador, no puede ejercitarse se llegaría al absurdo de dejar al arbitrio del acreedor el momento en que se iniciara esa prescripción, pues bastaría con no demandar al deudor para que ésta no comenzara a decursar.

Interrupción de la prescripción de la obligación fiadora.— La prescripción de la fianza se interrumpe por las mismas causas que las demás obligaciones que son:

a) Por demanda u otro cualquier género de interpelación judicial notificada al deudor.

b) Por reconocimiento expreso o tácito que se haga al derecho del acreedor.

Además de estas causas que son directas, la prescripción de la fianza se interrumpe en vía de consecuencia, de acuerdo con el artículo 1172 del Código Civil que establece "que la interrupción de la prescripción contra el deudor principal produce los mismos efectos contra su fiador".

El artículo antes transcrito, sin duda alguna, se base en el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Al contenido de este precepto, se puede hacer la siguiente objeción: la interrupción de la prescripción de la obligación principal no debe afectar a la fianza sino cuando el fiador sea notificado, porque si bien es cierto que en ésta pluralidad de deudores, no hay identidad de obligaciones, a pesar de que se diga que la deuda del fiador, en cuanto su objeto, es igual a la del deudor. Asimismo, porque las acciones que el acreedor tiene en contra del deudor principal y de la fiadora, aún cuando pueden ejercitarse conjuntamente no son las mismas ya que la fuente de la obligación a la que corresponden es distinta para cada uno de ellas si se trata de obligaciones distintas que emanan de fuentes diferen-

tes, es lógico que la prescripción de ambas decursan por separado, de lo que resulta absurdo pretender, que un acto que se realiza y que surte su efecto es una relación jurídica determinada repercuta en otra distinta.

En nuestro mismo Código, en su artículo 1174 se reconoce que cuando existe pluralidad de deudores que no sean solidarios, para que la prescripción se interrumpa respecto de todos ellos, se requiere su reconocimiento o citación.

Como la fianza no crea una obligación solidaria sino subsidiaria, debe aceptarse que para que la interrupción de la prescripción del deudor produzca los mismos efectos en su fiador, se requiere el reconocimiento o citación de éste.

En consecuencia, la demanda contra el deudor interrumpe la prescripción de la fianza si el fiador tiene conocimientos de ella.

El maestro Rogina Villegas opina que cuando el fiador renuncia al beneficio de excusión, basta con la sola presentación de la demanda en contra del acreedor para que se esté en posibilidad legal de accionar en contra del fiador, en este caso, podríamos decir que la suspensión de la prescripción de la obligación fiadora no se produciría con la presentación de la demanda, pues basta con la realización de ese sólo acto material para que inmediatamente se pueda actuar en contra del fiador.

No estoy de acuerdo con la opinión del maestro Rogina Villegas respecto de que la sólo presentación de la demanda formulada en contra del deudor sea suficiente para que el acreedor ejercite su acción en contra del fiador, puesto que, ésto no implica que se haya agotado la acción, ya que para que ésto ocurra, se requiere que exista sentencia definitiva.

Si el acreedor después de presentar la demanda en contra del deudor principal ejercita su acción en contra del fiador, éste podrá excepcionarse manifestando que el crédito garantizado se encuentra sub-judice, lo que produce el aplazamiento de la exigibilidad de la obligación fiadora hasta en tanto no se dicte sentencia en el juicio seguido en contra del deudor, lo que en la práctica haría nugatoria la acción que se intentara en contra del fiador.

En síntesis, para que la prescripción de la fianza se interrumpa, es necesario que los actos que la ley establece como interruptores, afecte directamente la relación fiador-acreedor; es decir, que emanen directamente del fiador en reconocimiento del derecho del acreedor o bien que éste lo realice directamente con el objeto de ejercitar la acción que tiene en contra del fiador, o en última instancia, si esos actos se realizan en contra del deudor para que surtan efectos idénticos en el fiador, debe notificarse a éste en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 1173 del Código Civil Federal.

CONCLUSIONES

- 1.—La prescripción como medio de adquirir bienes y liberarse de obligaciones, tiene como antecedentes la usucapion y la *prescriptio longis temporis* del Derecho Romano, las cuales en la época de Justiniano, fueron fusionadas para formar una sola institución la que, a través de la Legislación Francesa ha llegado a nuestra Legislación.
- 2.—La usucapion del antiguo Derecho Romano, que en nuestra Legislación equivale a la prescripción positiva, es el medio de adquirir la propiedad de los bienes muebles o inmuebles por la posesión de los mismos, la cual debe derivar de una causa justa, ser de buena fe, continua y disfrutarse a título de dueño por el plazo que para su consumación fija la ley; su objetivo es evitar por tiempo indefinido, los dominios inciertos y sus efectos convertir un dominio de hecho en dominio de Derecho.
- 3.—La *Prescriptio Longis Temoris*, antecedente de la prescripción negativa liberatoria de obligaciones de nuestros tiempos, en sus orígenes fue una excepción que permitía conservar la posesión de los bienes, cuando ésta reunía los requisitos exigidos por la ley y se usaban para repeler la acción *in rem*, sin que a través de ésta se pudiera obtener la propiedad por estar reservados estos efectos a la usucapion; después de la aparición de esta excepción, se creó la *prescriptio triginta annorum* la que tuvo por objeto evitar la perpetuidad de las acciones tanto reales como personales; por efectos de esta *prescriptio*, las acciones tuvieron una duración de 30 años, puesto que después de transcurrido

este tiempo se extinguía; como excepción que era el Juzgador no podía aplicarla de oficio, sino que era necesario que el deudor la hiciera valer. En el año 528 por efectos de la prescriptio trigenta annorum se concedió al que disfrutaba de sus beneficios, ejercitar la acción reivindicatoria cuando era desposeído de la cosa a pesar de no tener el carácter de propietario.

- 4.—En el Derecho Francés nos encontramos que tanto la adquisición de bienes por la posesión prolongada como la extinción de obligaciones por no exigirse su cumplimiento en un plazo determinado por la ley, se llama prescripción, denominándose a la primera adquisitiva y a la segunda extintiva. Bajo el mismo rubro de prescripción, en esta Legislación se confunden dos instituciones que no tienen más que en común el transcurso del tiempo que se requiere para que se consuman, puesto que los efectos que producen son distintos ya que con una de ellas se adquieren derechos y con la otra se pierden los que se tenían. Este mismo criterio es el que nuestros legisladores adoptaron en los Códigos Civiles de 1878, 1884 y 1928 actualmente en vigor.
- 5.—El conservar unidos bajo un mismo concepto la usucapion (modo de adquirir la propiedad), y la prescripción (forma común de liberarse del cumplimiento de obligaciones) es un grave error que ha inducido al legislador a que dicte normas que en común reglamente ambas instituciones las que en la práctica para el lego del Derecho presentan dificultad en aplicarlas, pues en algunos casos su interpretación presenta dificultad; afortunadamente ya en algunos Códigos locales como en el del Estado de México, la prescripción positiva o adquisitiva se encuentra reglamentada dentro del capítulo que corresponde a los bienes, y la prescripción negativa en el capítulo de las obligaciones.
- 6.—La prescripción adquisitiva o positiva es el medio de adquirir, de consolidar o legalizar el derecho de propiedad, mediante la posesión de la cosa por el tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley. Conforme al artículo 826 del Código Civil. La única posesión apta para la prescripción,

es aquella que se adquiere y disfruta en concepto de dueño, es decir que es originaria.

- 7.—La persona a favor de quien decursa la prescripción puede completar el término que fija la ley para su consumación, acumulando al tiempo que ha poseído el tiempo que se poseyó, la persona que le transmitió el bien, con la única condición de que ambas posesiones reúnan los requisitos y condiciones fijadas por la ley.
- 8.—Las causas de interrupción de la prescripción pueden ser naturales o civiles, la primera es sólo aplicable a la prescripción positiva, ya que es consecuencia de la pérdida o abandono de la cosa, y la segunda es el resultado del ejercicio de la acción para recuperar la cosa o bien para que se reconozca el derecho del acreedor.
- 9.—Respecto al criterio de que la única posesión apta para prescribir es aquella que se adquiere a título de dueño, es decir, la que se apoya en la existencia de un título que le da el carácter de original, se puede decir que en ese caso, la prescripción no opera como medio para adquirir la propiedad, sino exclusivamente para legalizar del derecho que ya se tiene, pero que por vicios del título en que está consignado, carece de eficacia jurídica.
- 10.—Prescripción negativa, es aquella que al consumarse produce a favor de los deudores una excepción que les permite legalmente liberarse del cumplimiento de las obligaciones por no haberse exigido éstas dentro del plazo que fija la ley.
- 11.—La prescripción negativa se inicia cuando la obligación se hace exigible, puesto que desde entonces, el acreedor tiene expedida la acción para demandar del deudor el cumplimiento; sin embargo, existen casos en los cuales aún cuando la acción no puede ser legalmente ejercitada, la prescripción decursa, ésto ocurre cuando es a cargo exclusivamente del acreedor, realizar los actos determinantes del ejercicio de su acción.
- 12.—El derecho de prescribir no es renunciable, sin embargo, sí lo es la prescripción ya consumada, pero para ésto se requiere que el que haga la renuncia tenga capacidad legal

para obligarse, lo que implica que a pesar de que la prescripción aprovecha a todas las personas incluyendo en ellas a los incapacitados, no obstante, éstos últimos no pueden renunciar a ella.

13.—Aún cuando la renuncia a la prescripción puede ser expresa o tácita; ésta última se da cuando, a pesar de estar consumada no se hace valer en el juicio al contestar la demanda, puesto que por tratarse de una excepción, el juez de los autos no puede hacerla valer de oficio, lo que implica que el deudor no quiso aprovecharse de ella.

14.—El simple transcurso del plazo que para la prescripción fija la ley, no extingue la obligación ni libera al deudor de su cumplimiento, puesto que para que produzca tales efectos, se requiere de la declaración judicial; aún cuando la prescripción se ha definido como forma de extinguir obligaciones, propiamente no produce tales efectos, sino que simplemente se crea una excepción para repeler el derecho del acreedor, excepción que es de uso potestativo del dador; la prescripción no extingue la obligación, ya que nuestra propia legislación reconoce que el pago del crédito prescrito es legalmente válido por lo que, el que lo hace no puede alegar que hizo pago de lo indebido.

15.—La caducidad es el fenómeno jurídico que impide el nacimiento de un derecho o la pérdida del ya nacido, por no realizarse los actos positivos que la ley fija o las partes convienen para que nazca el derecho o se conserve el que ya se tiene; aún cuando se ha querido asimilar la caducidad a la prescripción entre estas dos existe una gran diferencia, tanto en su objeto como en sus efectos. Mientras que la caducidad es netamente particular y de naturaleza convencional, salvo raras excepciones en que la ley la impone; la prescripción es de orden público y de carácter puramente legal.

16.—La caducidad puede ser legal o convencional y el plazo para que se produzca, tiene la misma naturaleza. Para que opere la caducidad se requiere que no se realicen determinados actos por parte del acreedor en un tiempo determinado; los

actos que deben realizarse son aquellos que en forma específica fijan las partes o la ley, de los cuales depende que nazca el derecho del acreedor o conserve el que ya tiene.

- 17.—La caducidad aún cuando no es de orden público, el juzgador debe de examinarla de oficio ya que de la realización de los hechos a que está condicionada depende la existencia del derecho que ejercit ael acreeor. (La caducidad es una defenza a favor del deudor).
- 18.—Fianza es la obligación que contrae un tercero de pagar al acreedor si el deudor fiado no lo hace. Aún cuando en nuestra legislación se define a la fianza como un contrato, ésta no es la única fuente de la obligación fiadora, puesto que ésta puede nacer de la declaración unilateral; la obligación fiadora por naturaleza es subsidiaria, consecuentemente accesoría, para que subsista se requiere la existencia de la obligación principal, y su cumplimiento depende del evento del incumplimiento del deudor principal, puesto que sólo cuando esta condición se da, es cuando el acreedor puede exigir el pago al fiador; para la validez y existencia de la obligación fiadora no se requiere del consentimiento del deudor principal, ya que el fiador puede constituirse aún cuando lo ignore el deudor.
- 19.—El fiador no es un deudor directo sino accesorio, el objeto de la fianza es crear una obligación subsidiaria a favor del acreedor que lo prevenga de la posible insolvencia de su deudor; para ser fiador no se requiere más condición que aquella de acreditar una solvencia suficiente en proporción a la obligación que se garantiza.
- 20.—La fianza puede ser unilateral o vilateral, según se estipulen obligaciones a cargo únicamente del fiador o de ambas partes; también es gratuita u honerosa.
- 21.—Nuestra legislación, entre la clasificación que hace de la fianza, distingue la convencional, legal y judicial; esta clasificación no se hace en cuanto a la fuente de la obligación fiadora, sino en relación a la necesidad u obligación que tiene el deudor de proporcionar la garantía.

- 22.—En la fianza los beneficios de orden y excusión, son elementos de procedibilidad que el fiador puede hacer valer como excepción, a los que libremente o por disposición legal puede renunciar el fiador sin que afecten la naturaleza de su obligación.
- 23.—En nuestro Código, en una forma enunciativa, se hace referencia a la "fianza solidaria" la cual es un error, porque la obligación fiadora no puede ser a la vez directa y accesoria; en efecto, la solidaridad en el fiador produce que éste sea un deudor directo, lo que disvirtúa por completo las características esenciales de la fianza de accesoriadad y subsidiaridad.
- 24.—La diferencia entre acción solidaria y subsidiaria es esencial, puesto que mientras la primera siempre es directa, la segunda es accesoria condicionada al evento de que el deudor principal no cumpla.
- 25.—Para la prescripción de la fianza, en nuestra legislación no existe un plazo abreviado ni condiciones específicas bajo las cuales se realice; con ese motivo la obligación fiadora prescribe en el mismo tiempo y bajo las mismas condiciones de la principal, conforme al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.
- 26.—La prescripción de la fianza se inicia al mismo tiempo que el de la obligación principal, sin que ésto implique que es común para ambas, toda vez que por tratarse de dos obligaciones diferentes su prescripción decursa por separado para cada una de ellas; aún cuando los beneficios de orden y excusión tiene por objeto imponer al acreedor el deber de actuar primero en contra del deudor principal y hacer efectivo el crédito en bienes de éste, ésto no impide que la prescripción de la obligación fiadora se inicie conforme al principio de que la acción no nacida prescribe cuando depende del acreedor, hacer surgir su derecho de obrar; en ese caso, el acreedor al hacerse exigible la obligación principal, puede realizarse de inmediato los actos de procedibilidad a que está condicionado su derecho de obrar en contra de la fiadora.

- 27.—La prescripción de la obligación principal aprovecha siempre a la fiadora aún cuando el deudor principal haya renunciado a ella; pero la de ésta no aprovecha al deudor, estos efectos son consecuencia del carácter accesorio de la fianza.
- 28.—La interrupción de la prescripción contra el deudor principal produce los mismos efectos contra su fiador en lo que se refiere a la obligación principal más no en relación a la accesoria de fianza, puesto que, para que ésto ocurra se requiere el reconocimiento del fiador o la citación del mismo, de acuerdo en el artículo 1173 del Código citado que establece que para que la prescripción de una obligación se interrumpa respecto de todos los deudores no solidarios, como es el caso de los fiadores, se requiere el reconocimiento o citación de todos.
- 29.—Si bien es cierto que el orden y la excusión no impiden que se inicie la prescripción de la obligación fiadora ésta debe considerarse suspendida durante la tramitación del juicio que el acreedor siga contra el deudor principal, cuando el fiador sea puesto en conocimiento de la existencia de ese juicio; ya que es evidente que una vez que el acreedor ha iniciado juicio en contra del deudor principal debe concluirlo para poder actuar en contra del fiador por ser éste un deudor subsidiario.

BIBLIOGRAFIA

- M. ORTELAN.—Obligación histórica de las instituciones del Emperador Justiniano, 2a. traducción de la 3a. edición.
- EUGENE PETIT.—Tratado elemental de Derecho Romano, edición 1947.
- FELIPE SERAFINI.—Instituciones de Derecho Romano.
- PLANIOL Y RIPERT.—Derecho Civil, edición 1946.
- LOUIS JOSSERAND.—Derecho Civil.
- ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ.—Derecho de las Obligaciones, edición 1965.
- G. CABANELLAS.—Diccionario de Derecho Usual, edición 1962.
- SALVADOR CHAVEZ HAYHOE.—Prontuario de Ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- BACKMAN JULES.—Surety Rate Making, edición 1948.
- RAFAEL TURNER.—Las Grandes Culturas de la Humanidad.
- EFREN CERVANTES ALTAMIRANO.—Tesis, La Fianza de Empresa.
- NICOLAI STOLFI.—Diritto Civile, edición 1934.
- EUGENIO LAGRANGE.—Derecho Romano; traducción española de José Vicente y Cervantes, 1889.
- TRINIDAD GARCIA.—Apuntes de introducción al estudio de Derecho.

- JACINTO PALLARES.—Derecho Mercantil Mexicano.
- BONECASSE.—Elementos de Derecho Civil, traducción española, 1945.
- VICTOR LOEWENWARTER.—Derecho Civil Alemán Comparado, Santiago de Chile, 1943.
- RAFAEL ROJINA VILLEGAS.—Derecho Civil Mexicano, Contratos.
- JOSE MA. MANRESA Y NAVARRO.—Comentarios al Código Civil Español, Madrid 1931.
- JOSE CASTAN TOBENAS.—Derecho Común y Foral, Madrid 1944.
- MANUEL SOMARRIBA UNDURRAGA.—Tratado de las cauciones, Santiagi de Chile 1943.
- CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE.—Tratado de Derecho Civil Español, Valladolid 1920.
- KISCH W.—Elementos de Derecho Procesal Civil, traducción española de L. Prieto Castro, Madrid 1940.
- MANUEL DE LA PLAZA.—Derecho Procesal Civil Español, Madrid 1942.
- PIERRO CALAMANDREI.—Instituciones de Derecho Procesal Civil, Traducción española de Santiago Santís, Buenos Aires 1943.
- BO GIORGIO.—Contributo alla Doctrina Dell' Obbligazione Fideiusoria, Milano 1934.
- LODOVICO BAROSSA.—La Teoría Generale delle Obbligazione, Milano 1948.
- FRANCESCO RICCI.—Derecho Civil Teórico y Práctico, traducción española.
- G. MARTY.—Derecho Civil, traducción de José M. Cajiga Jr.
- OLIVEIRA MARTINS.—Historia de la Civilización Ibérica, Madrid 1946.

- RAYMUNDO SALVAT.—Tratado de Derecho Civil Argentino; Buenos Aires 1946.
- P. ARGUELLES.—Historia de l Civilización Romana. México 1934.
- E. F. CAMUS.—Uso de Derecho Romano, Habana 1941.
- MIGUEL MACEDO.—Tratados para el estudio del nuevo Código Civil, México 1884.
- JOSE SANTA CRUZ TEJERO.—Instituciones de Derecho Romano.
- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1870.
- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1884.
- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1928.
- LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS DE 1950.
- CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MORELOS.
- CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO.
- LA BIBLIA.