



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
A R A G O N**

**INOPERANCIA DEL BENEFICIO DE DIVISION EN EL
CONTRATO DE FIANZA; SEGUN EL CODIGO CIVIL
VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :**

J. GONZALO MARTINEZ FRANCO

ASESOR: LIC. MIGUEL A. TIBURCIO TORAL



**ENEP
ARAGON**

**escuela nacional de estudios profesionales
aragon**

SAN JUAN DE ARAGON EDO. DE MEX.

1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 está 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.

I N D I C E .

Introducción.

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE FIANZA.	1
A. Derecho Romano.	6 - 13
B. Derecho Francés.	13- 26
C. México Independiente.	27- 34

CAPITULO SEGUNDO.

EL CONTRATO DE FIANZA.	35
A. Concepto.	35- 39
B. Elementos.	39- 48
C. Clases de Fianza.	48- 49
1. Convencional.	49- 50
2. Legal.	50- 60
3. Judicial.	50- 60
D. Naturaleza Jurídica.	60- 65
E. Fines del Contrato de Fianza.	65- 67

CAPITULO TERCERO.

EFFECTOS DEL CONTRATO DE FIANZA.	68
A. Entre el deudor y el fiador.	68- 81
B. Entre el fiador y el acreedor.	81- 88
C. De las relaciones entre los cofiadores.	88- 91
D. Beneficios del fiador y co-fiador.	91
1. De orden.	91- 94
2. De excusión.	94- 99
3. De división.	99-101

CAPITULO CUARTO.

EL BENEFICIO DE DIVISION.	102
A. Concepto.	102-105
B. Elementos.	106
C. Naturaleza Jurídica.	106-111
D. Solidaridad Legal.	112-116
E. Mancomunidad.	116-119
F. Subrogación.	119-121
G. Estudio comparado del beneficio de división con la solidaridad, manco munidad y la subrogación.	121-128

Conclusiones.

Bibliografía.

INTRODUCCION

En virtud de que en nuestro derecho vigente se han encontrado disposiciones legales contradictorias y por lo tanto inaplicables, en lo referente al beneficio de división, con relación al contrato de fianza, es el motivo por el cual, con base en el estudio a fondo de dichas disposiciones, así como opiniones doctrinales, se enfoca el estudio a tratar de resolver dicha problemática.

Se hace un estudio comparado del beneficio de división, además del estudio de los efectos que se presentan ante el deudor principal, entre los fiadores, entre estos y el acreedor, respecto de una misma deuda y un mismo deudor, por ser la situación concreta en donde puede presentarse el indicado beneficio de división.

Finalmente, veremos si en nuestro derecho, el beneficio de división, es oponible al acreedor y si el mismo da lugar a la división de la deuda entre los fiadores, antes de que realice el pago el fiador demandado judicialmente, o si tal división, tiene su origen en otras causas o figuras jurídicas diversas al beneficio de división como tema central del presente trabajo, proponiendo en su caso las reformas, adiciones o derogaciones que se estimen pertinentes.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE FIANZA.

Es de vital importancia remitirnos a los antecedentes del contrato de fianza, en virtud de que es el camino más indicado para llegar a una mejor comprensión del mismo, máxime que como es de nuestro conocimiento uno de los legados más grandes de la Civilización Romana fue el Derecho, el cual creaban y adaptaban de una manera muy simple, tal vez por ello resulte de mayor claridad y en consecuencia indispensable para este trabajo de investigación.

Antes de estudiar en particular dichos antecedentes, es conveniente hacer una breve reseña de lo que es un contrato de garantía, sus -- clases y características más relevantes.

Por contrato de garantía se entiende que son los que están destinados a proteger a los acreedores contra la insolvencia de sus deudores, es decir, para asegurar la recuperabilidad del crédito, independientemente de que el deudor llegue a tener mayor pasivo que su activo.

El efecto de la obligación contraída, es dar al acreedor como garantía el patrimonio del deudor, tal y como lo señala el artículo 2964 del Código Civil vigente que dice: "El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que conforme a la ley, son inalienables o no embargables".

No obstante, el deudor puede comprometer o disminuir esa garantía patrimonial, en la siguiente forma:

1. Por negligencia. Es decir, que si el deudor no realiza las gestiones necesarias para la conservación de su patrimonio, situación que perjudica al acreedor. Como ejemplo podría citar, la pérdida de un derecho de propiedad sobre un bien inmueble, al no interrumpir la precripción como acción protectora de su patrimonio.

Al respecto, el acreedor no puede realizar nada puesto que no puede violar la garantía constitucional del deudor, que se consagra en los artículos 14 y 16 constitucionales, máxime que el Código Civil no concede al acreedor ninguna acción en este caso.

2. Por fraude. Si el deudor hace desaparecer fraudulentamente los bienes de su activo, ya sea parcial o total, ocultando sus bienes, poniéndolos a nombre de terceras personas, haciendo donaciones o ventas ficticias.

En este caso, la ley sí le concede al acreedor el derecho de intervenir en la conservación de la garantía de su crédito mediante el ejercicio de la acción pauliana o llamada también acción revocatoria o en fraude de acreedores. Independientemente de la gran dificultad para acreditar en la práctica esta acción.

3. Mediante enajenaciones no fraudulentas o contrayendo nuevas deudas. Contra estos peligros la Ley Civil tampoco le ha concedido al acreedor ninguna acción al respecto, ya que en ambos casos se presume que la conducta del deudor es lícita, cuando la enajenación de los bienes se encuentra exenta de fraude, éstas son válidas y en consecuencia no puede ejercitarse la acción pauliana, resultando obligatorio para el acreedor respetar el acto.

Se dice que el acreedor recibe un derecho en contra del patrimonio del deudor, cuando éste se ha obligado, pero en realidad tal derecho es tan general y ambiguo que no puede impedir los efectos de los actos realizados de buena fe por su deudor, aunque se debe considerar que lo que sale del patrimonio del deudor, sale de la garantía de los acreedores, es decir, que implica una pérdida para dichos acreedores, situación que acontece en el caso de que el deudor adquiere nuevas deudas, caso en el cual lleva a los acreedores a recibir su pago en porcentaje, esto es, cuando el deudor ha sido concursado -- por las causas señaladas en los artículos 2965 y con las consecuencias que refiere el artículo 2966, ambos del Código Civil.

Artículo 2965: "Procede el concurso de acreedores siempre que - el deudor suspenda el pago de sus deudas civiles, líquidas y exigibles. La declaración de concurso será hecha por el Juez competente, mediante los trámites fijados en el Código de Procedimientos Civiles".

Artículo 2966: "La declaración de concurso incapacita al deudor para seguir administrando sus bienes ... y hace que se venza el - plazo de todas sus deudas".

Como se puede observar, cuando el deudor suspende sus pagos y - es declarado en concurso, se dan los siguientes efectos:

- 1.- Incapacitación del deudor para administrar sus bienes;
- 2.- Vencimiento del plazo de todas las obligaciones.

La razón por la que se vencen anticipadamente los plazos de las obligaciones, es a efecto de realizar la concurrencia, ya que deberá determinarse que reglas se han de aplicar para su pago, por ejemplo a los acreedores quirografarios a quienes se les ha de pagar en la proporción debida, tomando en cuenta que el concursado no tiene - más bienes para pagar, precisamente por la excepción suprema para cum plir las obligaciones, que es la insolvencia del deudor.⁽¹⁾

Como se puede ver, son varios los riesgos que amenazan al acreedor para la recuperabilidad del crédito, por ello el acreedor podrá pedir al deudor que le asegure el cumplimiento de su obligación, me diante el otorgamiento de un contrato de garantía, ya sea real o per sonal.

Los contratos de garantía personal lo dan las personas mismas, -

(1) Lozano Noriega, Francisco. CUARTO CURSO DE DERECHO CIVIL. CONTRATOS, 5a. Edición, Editada por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, D.F. 1990. pag. 362.

es decir el patrimonio de las personas, mientras que los de garantía real lo aseguran ciertos bienes en particular.

En los Códigos Civiles anteriores, se señalaban cuatro tipos de contratos de garantía siendo éstos: La fianza, anticrédito, prenda e hipoteca.

En el Código Civil vigente, se ha suprimido el contrato de anticrédito, que consistía en un contrato que creaba un derecho real de retención y que se constituía sobre bienes inmuebles. El acreedor anticreditista tenía derecho a ocupar la cosa inmueble y a pagar su deuda con los productos de la misma, y no la abandonaba hasta que su crédito hubiera sido pagado.

Distinción de las garantías personales y de las garantías reales: A veces el acreedor tiene garantizado el pago por otra persona -- que se obliga con él, a pagarle en lugar del deudor, si éste no lo hace por sí mismo; otras veces tiene garantizado el pago con los bienes del deudor afectados, ya sea en masa o aisladamente a su satisfacción personal y con exclusión de los demás acreedores.

En el primer caso se dice que el acreedor tiene una garantía -- personal; en el segundo caso, que tiene una garantía real.

Garantías Personales. El empleo de las garantías personales aumenta las probabilidades de pago del acreedor al aumentar el número de sus deudores; pero en nada modifica sus derechos no para con el deudor ni para con los demás acreedores, ni para el tercero adquirente de los bienes, es decir, que permanece siendo para cada uno de ellos acreedor quirografario. de tal forma que si interviene la mala suerte, el acreedor puede no ser pagado aunque haya obtenido varios -- fiadores, de ahí que resulten insuficientes. Lo que ha sido demostrado por la experiencia desde hace muchos años, por ello en la práctica se prefieren las garantías reales.

Sin embargo, en el Derecho Mercantil, las garantías personales -- han conservado una gran importancia a causa del rigor del procedimiento de ejecución en contra del deudor incumplido.

Sin duda, la fianza no es la única forma de garantía personal que puede señalarse en la actualidad, ya que la solidaridad y la indivisibilidad en menor medida, desempeñan el mismo papel.

La solidaridad no es, en el fondo sino una fianza mutua. Cada -- uno de los deudores solidarios desempeña el papel de fiador respecto de los otros, aunque la ley no les trate en todos sentidos como fiadores mutuos.

La diferencia principal que distingue a la fianza de entre las -- demás figuras, estriba en que todos los codeudores ordinarios son deudores principales por una parte, en tanto que el fiador no es, por el total, sino un deudor accesorio.

La misma situación comprende la indivisibilidad convencional, -- puesto que es la característica de la solidaridad.

Garantías Reales. Como contratos de garantía real tenemos a la -- prenda e hipoteca.

Los acreedores provistos de estas garantías, ya no tienen que temer que el deudor realice enajenaciones, o que de cualquier manera se insolvente, puesto que el acreedor puede poseer la cosa (acreedor prenario) o que tenga el derecho de persecución (acreedor hipotecario), -- por ello se dice que el acreedor tiene un derecho real sobre la cosa.

Se ha dicho que la hipoteca es el contrato superior de garantía, -- ya que no tiene el inconveniente de que como en la prenda, se desposea al deudor, mientras que en la hipoteca el acreedor no adquiere ni la -- propiedad, ni la posesión de la cosa dada en garantía, la cosa pertenece de hecho y de derecho se encuentra dentro del patrimonio del deudor

pero el acreedor puede obtener que se le entregue, exigir su restitución a toda persona, ya sea al deudor, ya un tercero poseedor, aunque sea a título de propietario, el día en que vencida la deuda y no sea pagada, ejercita su acción, sujetando la cosa al juicio y vendiéndola, por ello, se ha dicho que la hipoteca es una prenda diferida, porque el acreedor no toma posesión del inmueble inmediatamente.

Por último, cabe aclarar que en nuestro Derecho, la prenda ha de recaer necesariamente sobre bienes muebles y la hipoteca exclusivamente sobre bienes inmuebles, adquiriendo en ambos el derecho de preferencia y persecución.

A. DERECHO ROMANO .

El sistema de garantías personales es el más antiguo que se conoce, ya que es el que practicaban los antiguos Romanos y los pueblos --bárbaros.

Se encontraba su uso en las poblaciones pobres, en las que los --deudores raramente podían ofrecer garantías reales a sus acreedores.

Las garantías personales fueron muy variadas antiguamente en la forma, como veremos más adelante.

El maestro Alvaro D'ors en su obra hace un estudio en el apartado denominado de las Estipulaciones, las cuales representaban la forma --más ordinaria de crear una obligación entre un acreedor y un deudor, --siendo esta la Estipulatio, que consistía en que el estipulante hacía una pregunta solemne a el promitente, quien debería responder congruentemente por su promesa, para quedar el acreedor estipulante y el deudor promitente obligado.

Para que tuviera validez el acto se requería que el Reus Promittendi o promissor, diera la respuesta sin dilación y usando el mismo --verbo al estipulante como reus stipulandi o stipulador. (2)

(2) Cfr. D'ors, Alvaro. DERECHO PRIVADO ROMANO, Cuarta Edición, revisada

En este capítulo encontramos los antecedentes del contrato de fianza, desde sus orígenes, reglamentación, forma de celebrarse y sus características peculiares que lo hicieron una figura jurídica independiente y con autonomía propia, como se verá en su oportunidad.

A efecto de tener una mejor comprensión, se debe aclarar que la estipulatio corresponde a los contratos verbis, por ello la forma más antigua era la de Spondes? Spondeo, que se reservó a los ciudadanos; pero en derecho clásico se admitieron otras formas como: Promittis? Promitto. Dabis? Dabo. Facias? Faciam. (3)

La Sponsio como forma de celebrar una Estipulatio, tenía el fin de una fianza y el término (Sponsor) sólo se empleaba para designar ese tipo de fiador.

La Sponsio tenía la modalidad de juramento sacral, el cual en la actualidad sobrevive pero sin sanción jurídica directa, como lo es los sponsales, sin embargo la stipulatio correspondía al Derecho Civil.

La acción que se deriva de la estipulación que correspondía al derecho estricto, como actos verbis, es la actio certi, cuando el dar o entregar (hacer), es determinado o una actio incerti cuando la promesa es de facere o de dare incertum, es decir, cuando la prestación era incierta, también se le llama actio ex stipulatio certi o condictio.

La estipulatio no era un contrato, sino una forma de obligarse, - incluso se usaba para agregar obligaciones a los contratos tradicionales, como por ejemplo, el cobro de intereses en un mutuo, la pena convencional, etc.

Posteriormente y debido a la problemática para probar las características de la estipulación mediante testigos, se podía acreditar con un documento llamado Testatio Testifical, este documento apareció como cautio, aunque la obligación no apareciera asegurada mediante fiadores.

(3) D'ors, Alvaro. Ob cit. pag. 485

Tal documento servía como constancia ficticia de haberse celebrado la estipulación, llegando a sustituir al acto oral por el documento mismo, siendo en consecuencia el documento una prueba evidéntisima, incluso a ser un contrato consensual, documentando la fianza, ya que una constitución del Emperador León (CJ, 8, 37 (38), 10 del 472), prescindió del requisito de los *sollemnia verba* en la estipulación.⁽⁴⁾

De una manera más directa encontramos antecedentes de la fianza dentro del Derecho Romano, en la solidaridad, ya que derivado de esta figura, se conoció la función del fiador, el cual representaba la pluralidad de deudores respecto de un acreedor.

El autor Alvaro D'ors, señala al respecto: "Una solidaridad pasiva puede producirse también por la accesión de un nuevo promitente de la misma deuda, es decir un fiador que se hace deudor total o parcialmente de lo mismo que prometió el deudor principal: constituye una garantía personal para el acreedor que le ha aceptado como solvente".⁽⁵⁾

Señala también el autor, que esta estipulación podía hacerse en forma separada o posterior a la celebrada por el acreedor y el deudor principal, no obstante se le otorgaba una unidad por la identidad de lo prometido, produciendo una solidaridad pasiva en favor del acreedor, pudiendo éste, dirigir su acción a cualquiera de los dos deudores alternativos, puesto que la identidad del objeto está en la promesa y no en el *debitum* mismo.⁽⁶⁾

Lo anterior tiene mucha importancia, puesto que nos explica la manera en que se fue presentando la figura de la fianza, aunque en estas líneas se puede observar que originalmente nació como una solidaridad, puesto que se deriva de una unidad en cuanto a lo prometido, independientemente de que se celebrara posteriormente, como si fuera -

(4) D'ors, Alvaro. Ob Cit. p. 490.

(5) Idem. pag. 507.

(6) Ibidem.

un ápendice de la primera estipulación, sólo que con la igualdad de --promesa.

Veamos ahora la adpromisión, la cual podría celebrarse en forma de sponsio, exclusiva de los ciudadanos o en forma de fidepromisio, para los peregrinii.

Tal adpromisión solo servía para garantizar deudas nacidas de una promesa estipulatoria, ya que el fiador promete lo mismo que el deudor prometió.

Por lo anterior, la deuda del fiador es cierta o incierta, según lo sea la del deudor principal y el fiador que pagaba, tenía contra el deudor principal que no le reembolsaba en seis meses una acción actio depensi en función de (acción de regreso).

Cuando son varios los fiadores de una misma deuda, pueden éstos, por la Ley Furia reclamar del acreedor lo que les haya reclamado de --más de su parte.

Lo anterior presume que existe una división en el caso de que haya varios fiadores respecto de un solo acreedor y por la misma deuda, -- como se puede observar, poco a poco fue reglamentándose tal figura.

Dada la importancia que tuvo la fianza en Roma, se dictaron al -- respecto varias leyes o plebiscitos que la reglamentaban. Esta espe--cial consideración por la fianza hizo que la solidaridad de la adpromisión evolucionara de manera especial, en el sentido de reconocer su función accesoria, como promesa de garantía hasta el punto de distanciarse notablemente de la simple solidaridad por la unidad formal de la estipulación.

El autor Floris Margadant en su obra de Derecho Romano, dice: "El romano consideraba un deber de honor salir fiador de sus amigos y -- clientes".

Para no castigar con demasiada severidad la observancia de las -- buenas tradiciones, los juristas romanos introdujeron poco a poco varias medidas para suavizar la suerte de los fiadores, sin embargo, fue tanta la intervención en favor del fiador que finalmente resultó con traproducente y por ello inaceptable para el acreedor.⁽⁷⁾

No obstante cabe hacer notar lo que al respecto señala Alvaro -- D'ors, que dice: "Un notable progreso en la historia de las garantías personales supone la aparición de una forma similar a la promesa estipulatoria de la adpromisio, pero que resulta más ventajosa: La Fideiussio.

La forma de celebración era la siguiente: Id quod titius debet fi de tua esse iubes? Id fide iubeo".⁽⁸⁾

Se trataba en rigor no de una promissio, sino de autorizar o ava lar por propia lealtad o fides. A pesar de no ser estipulatoria, la -- acción era una actio incerti, como la de la estipulación, independientemente de que la deuda fuera de un certum, es decir, que no seguía la suerte de que si la deuda principal era cierta, correspondería una -- actio certi o si fuera indeterminada, una actio incerti.

El fideiussor promete, con una forma oral similar a la estipula-- toria, el mismo objeto que debe el deudor principal.

Con la Fideiussio se podía garantizar por esa forma todo tipo de obligaciones.

Era accesible a los extranjeros al igual que la fidepromissio, -- otra característica era que la obligación del fideiussor era transmisi ble a los herederos, no tenía plazo de caducidad.

(7) Floris Margadant, Guillermo S. EL DERECHO PRIVADO ROMANO. Edito-- rial Esfinge, Edición duodécima. México 7, D.F., 1983. pag. 387.

(8) D'ors, Alvaro. Ob cit. pag. 511.

Al principio los fideiussores no veían limitada su deuda, por la concurrencia de otros fiadores, ni disponían de una acción de regreso, como la *actio depensi* "acción de regreso", contra el deudor principal.

Tales deficiencias, según Alvaro D'ors, fueron remediadas: "La primera, por una epístola de Adriano vino a extender a los fideiussores la división de los adpromisores, pero con la determinación de que la división debía hacerse tan sólo entre los cofiadores que resultarían solventes en el momento de la *litis contestatio*".⁽⁹⁾

Respecto a la falta de acción de regreso, no conoció el derecho clásico más remedio que el de que el acreedor que cobraba del fiador cediera a éste la acción que él tenía contra el deudor principal, siempre que ésta no se hubiera consumido ya por una *litis contestatio*: El fiador podía utilizar entonces esa acción en función de acción de regreso, contra el deudor principal, pero este sistema dependía de la buena voluntad del acreedor para hacer tal cesión al fiador.

Pero si el fiador intercedía, derivado de una relación especial, como de sociedad o de mandato, la acción de regreso se daba en virtud de tal relación y la jurisprudencia tiende a interpretar que existe un mandato.⁽¹⁰⁾

Sin lugar a dudas, en la actualidad, también tiene matices del mandato, máxime cuando el deudor principal tiene conocimiento de la fianza o que incluso expresa su consentimiento.

En la época de Justiniano la *ideiussio* desplazó a las adpromisiones y una vez desapareció el efecto de la *litis contestatio*, se lleva a término la configuración de la fianza como obligación subsidiaria y no solidaria y debido a los beneficios que se le concedieron al fiador

(9) D'ors, Alvaro. Ob cit. pag. 511.

(10) Cfr. Floris Margadat, Guillermo. Ob Cit. p. 448

la fianza se convierte como dice Floris Margadant, "en una *fidelussio indemnitis*, es decir fianza por el saldo del daño".⁽¹¹⁾.

Lo anterior, sobre todo con el beneficio de excusión y que en la actualidad tiene mucha semejanza con lo dispuesto por el artículo 2814 del Código Civil.

El nuevo régimen de la fianza se basó en los tres beneficios siguientes:

1. El beneficio de excusión, en virtud del cual el fiador puede negarse a pagar en tanto el acreedor no haya agotado las posibilidades de pago del deudor principal.

2. El beneficio de división, por el que cada cofiador puede rechazar una reclamación que exceda de la parte correspondiente que resulte de la división de la deuda entre los cofiadores que sean solventes en el momento de la sentencia.

3. El beneficio de cesión de acciones, gracias al cual el fiador que ha pagado la deuda dispone directamente como acción de regreso contra el deudor principal, de la acción que contra éste tenía el acreedor a quien aquel fiador satisface, sin necesidad de que éste haga expresamente cesión de su acción.

Encontramos antecedentes del contrato de fianza, también en las formas en que los romanos podían interceder por sus amigos, sólo que no se presentaba como una fianza, sino que sus efectos económicos eran similares, por ello como actos de intercesio tenemos los siguientes:

1. El *constitutum debiti alieni*;
2. El *receptum argentarii*;

(11) Floris Margadant, Guillermo. Ob cit. pag. 448.

3. Por la estipulación de indemnidad, es decir la promesa de pagar lo que no paga el deudor principal.

4. Una estipulación penal con promesa de tercero;

5. Por la accesión de un deudor solidario.

6.- Mediante un mandato de prestar (mandatum pecuniae credendae o qualificatum), en virtud del cual el mandante responde en caso de que el mutuario no pague al mandatario mutuante.

Cabe aclarar que la intercesio, más bien correspondía a una sustitución de un deudor por otro, situación que representa una figura independiente, con una reglamentación propia, o en su caso, a una estipulación en favor de un tercero.

Como se observa, en realidad las características propias de la fianza, las encontramos en los beneficios que se le concedieron al fiador, puesto que existieron muchas formas de otorgarse la garantía personal, aunque es indiscutible que todas tuvieron un origen común, derivado de las estipulaciones como modo de obligarse y no propiamente de celebrar un contrato, de cualquier manera se puede decir que en la actualidad conservan ciertos matices que le son comunes con las formas que nuestro derecho reconoce como modos de garantizar las obligaciones mediante una garantía personal.

B. DERECHO FRANCÉS.

El derecho francés es uno de los que más influencia ha recibido del derecho romano y dado su avance histórico-político y cultural, de igual manera ha influido en el derecho mexicano, sobre todo desde el Código Napoleónico, así como por sus notables juristas.

No obstante entre el derecho francés y el mexicano existen algunas diferencias, las cuales se podrán observar al desarrollarse este inciso.

Hagamos una breve reseña del contenido de la legislación francesa, así como de los comentarios realizados al respecto por los doctri-

narios franceses.

Concepto. Según el autor Marcel Planiol y Georges Ripert, en su obra Tratado Elemental de Derecho Civil, traducción del Lic. José M. - Cajica Jr., nos dice: "La fianza es un contrato por el cual, dado un - acreedor y un deudor, un tercero llamado fiador se compromete con el - acreedor a cumplir la obligación si el deudor no la cumple por sí mismo. (Comp. art. 2011)"⁽¹²⁾.

Características de la fianza, según el Derecho Francés:

1. Es unilateral. Ya que sólo el fiador se obliga en favor del -- acreedor, quien nada le proporciona en cambio.

2. Por consiguiente también es gratuita, puesto que normalmente el fiador no recibe alguna retribución.

3. Es un contrato accesorio. Ya que su existencia sólo se concibe con una obligación principal.

4. Es consensual. Respecto a su forma y prueba, la fianza está -- regida por el derecho común y siendo unilateral no se encuentra.

5. Debe ser expresa. La ley no admite la fianza tácita, según el artículo 2015, "la fianza no se presume".⁽¹³⁾.

Al respecto, cabe señalar que al igual que en nuestro derecho mexicano, también exige que la fianza conste expresamente, puesto que -- una determinación en ese sentido, no puede ser vaga, sin embargo no se exige una fórmula sacramental, sino que basta que la voluntad de cons-

(12) Planiol, Marcel y Ripert, Georges. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO - CIVIL. Contratos de Garantía, Privilegios e Hipoteca. Traducidos por el Lic. José M. Cajica Jr. Cárdenas Editor. pag. 20.

(13) Cfr. Idem.

títuirse fiador sea expresa.

6. La fianza como contrato accesorio, no puede tener un objeto -- distinto o más extenso que el de la obligación principal, ni tampoco - puede establecerse bajo condiciones más onerosas, aunque puede ser - - acompañada de garantías como prenda y fianzas que le sean propias.

La fianza exagerada no es nula en su totalidad, sino que sólo se debe reducir al importe de la obligación principal, pero el fiador sí puede obligarse a menos del importe de la obligación principal, situación que es aceptada por nuestro derecho vigente.

Obligaciones que pueden ser caucionadas:

La fianza puede ser aplicada a cualquier obligación, cualquiera que sea su objeto, pero de hecho sirve sobre todo para garantizar el - pago de las deudas de dinero, por ello se pueden garantizar deudas futuras y su exigibilidad se hará hasta en tanto lo sea la obligación -- principal, situación que también es aceptada en nuestro derecho, sólo que en tal caso le denomina fianza sujeta a alguna modalidad, tales co mo condición, modo, plazo, término.

El derecho francés sí admite la garantía en las obligaciones natu rales, según el artículo 2012.

Respecto de las obligaciones nulas, por ser la fianza accesoria, debe existir sobre una obligación principal válida, por consiguiente, - el afianzamiento sobre una obligación afectada de nulidad absoluta no produce ningún efecto.

Obligaciones anulables, respecto a éstas, hace una distinción:

1. Si la causa de nulidad es la incapacidad del obligado, la anulación de la obligación principal no produce la extinción de la fianza situación que deriva del artículo 2012, el cual se dice que es muy - -

absurdo. Sin embargo se puede afianzar una obligación, aunque pueda ser anulada por una excepción meramente personal al obligado, por ejemplo en el caso de minoridad.

El sentido de esta disposición es aclarado por los trabajos preparatorios, se presume que el fiador ha intervenido precisamente para garantizar al acreedor contra el riesgo de la restitución del incapaz.

La ley cita como ejemplo la minoridad, pero se da la misma solución para todas las demás causas de incapacidad.

Lo anterior queda a condición, sin embargo de que el fiador se ha ya obligado con conocimiento de causa, sabiendo que garantizaba la obligación de un incapaz. De lo contrario su propio error haría nacer en su provecho una acción de nulidad que le sería personal.

2. Si la causa de nulidad es un vicio del consentimiento ya no es igual la solución, y la excepción deja de ser personal al obligado principal; el fiador se aprovecha de ella al mismo tiempo que él.

La explicación que se da a la existencia de una fianza cuando la obligación principal fue anulable, es que los autores admiten que en esos casos, la fianza garantiza entonces una obligación natural, ya que la obligación persiste a cargo del incapaz, situación que se utiliza para justificar la ley.

Cualidades y caracteres de la fianza.

Clasificación: Distinguen tres clases de fianza, a saber:

1. Las fianzas convencionales, que se deben por virtud de un contrato.

2. Las fianzas legales, cuando una disposición legal obliga al deudor a dar fianza.

3. Las fianzas judiciales, cuando el Tribunal impone esta obligación.

Esta clasificación también la acepta el Código Civil, incluso también nuestra ley faculta al que debe dar una fianza legal o judicial, para que se libere de esa obligación, si es que no se consiguió un fiador, ofreciendo una prenda o hipoteca. No así el fiador convencional, puesto que él se encuentra obligado por un contrato y al acreedor no se le puede obligar a que acepte algo diverso.

También el derecho francés exige al que debe dar una fianza judicial, que se encuentre domiciliado en el lugar de la "Corte de Apelación" a fin de que no se vea forzado el acreedor a perseguirlo en un lugar alejado, lo que sería oneroso, y además para permitirle que vigile su solvencia.

Tener capacidad para obligarse válidamente a este respecto, cabe hacer mención que el derecho francés también autoriza que la mujer pueda ser fiadora, pero necesita ser debidamente autorizada, sin que se haga la distinción de algún caso en particular, como en nuestro derecho mexicano, que señala que en los casos de que se trate de la libertad de su cónyuge no se requiere de autorización legal.

Debe ser solvente el fiador, es decir, que debe tener bienes propios y precisamente se acredita con documentación idónea y deben encontrarse ubicados en el domicilio de las autoridades competentes.

Por último, si el fiador que reunió los requisitos exigidos y posteriormente se insolventa, se tiene el derecho de exigir otro fiador.

Relaciones entre el fiador y el acreedor:

Derecho de persecución del acreedor. Puede demandarse el pago al fiador antes que al deudor. Cuando la ley dice que el fiador "se obliga a pagar, si el deudor no lo hace por sí mismo" (artículo 2011) no enuncia una condición suspensiva de su obligación, solamente indica el

carácter accesorio de la obligación del fiador. Esto debe entenderse - respecto al pago y no por lo que hace al derecho de exigirlo. Por lo - tanto, el fiador puede ser demandado sin que el deudor se haya consti- tuido en mora.

Algunas veces se ha sostenido la necesidad de la constitución en mora del deudor principal, antes de toda persecución contra el fiador, porque el artículo 2021 dice que el fiador no está obligado a pagar si no a falta del deudor, pero hacen la aclaración de que se trata del be neficio de discusión que es muy distinto.

Sin embargo, la demanda contra el fiador, sólo es posible en tan- to la misma obligación principal sea exigible, sin esta condición no puede ser inquietado por el acreedor antes de que el término se haya vencido.

En nuestro derecho mexicano, la problemática se presenta respecto a la persecución del fiador, se resuelve por el beneficio de orden, el cual obliga determinadamente al acreedor para que primero interpele - al deudor principal, beneficio que según observamos no existe en el - derecho francés.

Beneficios concedidos al fiador:

El fiador demandado por el acreedor, puede rechazar provisional- mente la acción (beneficio de discusión) u obtener su reducción (bene- ficio de división).

Beneficio de discusión. Consiste en que el fiador puede demandar que el acreedor se dirija primero al deudor principal para discutirlo, es decir, para embargar y vender sus bienes, de manera que obtenga de ellos todo lo que sea posible, lo que tendrá como resultado disminuir la suma que el fiador debe pagar y acaso exonerarlo totalmente.

Tal beneficio no lo posee el fiador judicial, cualquier otro fia- dor posee este beneficio, pero puede renunciarlo por un convenio parti

cular.

Tal beneficio tiene las siguientes exigencias;

1. Debe oponerlo el fiador tan pronto como se ejercite la acción dirigida en su contra (artículo 2022). Este beneficio es una excepción dilatoria que debe proponerse antes de toda defensa en cuanto al fondo.

2. El fiador debe indicar al acreedor los bienes del deudor (art. 2023), ya que el acreedor podría ignorar su existencia.

3. El fiador debe anticipar los gastos de la discusión (art. - -- 2023), ya que no puede obligarse al acreedor a que realice gastos que acaso sean inútiles.

Cabe aclarar que si los bienes que señala se encuentra gravados o en litigio o de cualquier manera, que haga inútil el beneficio deberá negarse al fiador, puesto que no ha lugar a la discusión.

La problemática que presenta este beneficio, en nuestro derecho - mexicano, sólo que se le denomina beneficio de excusión, representando en realidad la misma función.

Efectos del beneficio de discusión. Su efecto directo es procurar un plazo al fiador; el acreedor está obligado a suspender las persecuciones iniciadas contra él, para dirigir las contra el deudor principal.

Un segundo efecto consiste en poner la insolvencia futura del deudor a cargo del acreedor, es decir si el fiador ejerce su beneficio en un momento en que el deudor aún es solvente y que el acreedor -- por sus lentitudes, se deja sorprender por su insolvencia, el fiador queda liberado, no es esta en realidad la utilidad principal del beneficio, sino que se encuentra en la esperanza que tiene el fiador de no ser obligado a pagar la deuda, o por lo menos de pagarla sólo en par

te, puesto que su obligación disminuye de todo lo que el deudor principal haya podido pagar, situación que resulta del cobro que haya obtenido el acreedor de los bienes señalados por el fiador, precisamente al oponer dicho beneficio.

Beneficio de división:

Este beneficio supone la existencia de varios fiadores. En semejante caso, cada uno está obligado por toda la deuda, como si fuese único. (art. 2025).

Se trata de una notable excepción al derecho común, según el cual una obligación contraída por varias personas, se divide en principio entre los codeudores (art. 1220).

Por tanto los fiadores son tratados como si fuesen solidarios entre sí, en la inteligencia de que tal trato se le da respecto del derecho de persecución del acreedor, situación que se explica por las formas de la fianza romana y por el mantenimiento de las antiguas tradiciones, pero este rigor de la ley es atenuado en el derecho francés -- por el beneficio de división que permite a los fiadores acogerse al imperio de la regla común, o algo semejante.

De este beneficio gozan únicamente los fiadores que han afianzado al mismo deudor por la misma deuda, pueden recurrir al beneficio de división. Ninguna división es posible entre el fiador y sus certificados, ni entre los fiadores dados separadamente por los deudores solidarios, tales fiadores han garantizado la misma deuda, pero no al mismo deudor.

En que momento debe oponerse. Este beneficio es una excepción, - el fiador debe oponerlo al acreedor; el juez no puede hacerlo valer -- de oficio. Además el fiador no puede servirse de él sino en tanto cuanto sea demandado; no puede adelantarse y ofrecer un pago dividido. Este beneficio no es una excepción dilatoria, no puede por tanto oponer

se en cualquier estado de la causa y solamente en las primeras persecuciones.

Efectos del beneficio de división. La deuda debe dividirse entre todos los fiadores que sean solventes el día de la persecución, de tal suerte que la parte de los insolventes aumente la carga de los que pueden pagar (art. 2026). Se toman en consideración los fiadores solventes aún cuando la obligación sea a término o bajo condición, pero si devienen insolventes antes del vencimiento del plazo o de la condición, el acreedor tiene una acción contra los demás.

Después de la división ya no es responsable el fiador de las insolvencias que pudiesen sobrevenir, sólo está obligado por las que existen ya en ese momento (art. 2026). El acreedor está por tanto interesado en actuar rápidamente contra los demás.

La apreciación de la insolvencia de los fiadores, se realiza en el momento de que se decreta por el Juez la procedencia del beneficio de división y no cuando se solicita (art. 2026).

Solidaridad en la Fianza.

Frecuencia de la fianza solidaria. Los fiadores se parecen a los codeudores solidarios, ya sea en sus relaciones con el deudor principal, o en sus relaciones entre sí: Entre ellos no se divide la deuda y cada uno puede ser demandado antes que el deudor. Sin embargo, no se trata de una verdadera solidaridad, puesto que la ley les concede los dos beneficios de discusión y división, beneficios que son la negación de la solidaridad y que no se conceden a los verdaderos codeudores solidarios.

Esta situación contradictoria se explica por el desarrollo histórico de la fianza. La fideiussio romana primitivamente convertía al fiador en un deudor tan duramente como el deudor principal: después hubo una reacción en favor de los deudores y se instituyeron diversos beneficios que atenuaron provisionalmente la situación de los fidei-

ssores, en esta vía se llegó muy lejos, a fuerza de relajar el vínculo del fiador se perjudicó a los acreedores.

Los capitalistas exigen garantías reales, de lo contrario no prestan y de hecho, aunque las leyes francesas hayan conservado los beneficios acumulados por el derecho romano en provecho de los fiadores, la práctica sigue distinto camino y excluye los beneficios. Para ello emplea un medio muy simple: Los fiadores renuncian mediante una cláusula especial a todos los beneficios, lo que restablece la antigua solidaridad borrada por la legislación romana.

En nuestros tiempos, la fianza simple tiende a llegar a ser cada vez más rara, casi siempre los fiadores se obligan solidariamente, ya sea con el deudor principal, ya sea entre sí. Vuelve así al primitivo rigor del derecho.

Efectos de la solidaridad sobre la fianza. La solidaridad tiene por efecto directo privar al fiador de su doble beneficio de división y de discusión (art. 2021), pues es propio de la solidaridad impedir toda división de la deuda, (art. 1203).

Lo anterior no quiere decir que el fiador solidario se asimile al codeudor solidario, aunque cabe aclarar que sus efectos son muy semejantes, solo que el codeudor solidario tiene acción en contra del deudor, una acción por el total y en cambio el cofiador tiene acción para reclamar a cada fiador su parte proporcional.

También existen diferencias entre el deudor solidario y el fiador solidario, sobre todo respecto en el momento de hacer el pago, puesto que el último legalmente se encuentra interesado para hacerlo, lo que reglamenta la subrogación.

En realidad las diferencias las debemos encontrar en el modo de extinción de cada una de las figuras jurídicas.

La misma situación existe en nuestro derecho, máxime que también

se autoriza la renuncia de los tres beneficios que nuestro derecho mexicano consagra para el fiador, tales como son: el de orden, excusión y división.

Relaciones entre el fiador y el deudor principal.

En el derecho francés, la acción que tiene el fiador en contra de su fiado o deudor principal, se le concede hasta después de que ha pagado y excepcionalmente antes del pago puede realizar algunas gestiones.

Acciones después del pago: El fiador que ha pagado cuenta con -- una acción que le es personal y que tiene su origen en la fianza. La otra acción del fiador es la del acreedor pagado y que se obtiene por subrogación (art. 2029).

La acción personal que se le concede al fiador es derivada de una acción de mandato, si es que se obligó por orden del deudor principal; cuando se obliga espontáneamente se le concede la acción de gestión de negocios.

El objeto de la acción es para que el deudor no pierda nada pero que tampoco obtenga ganancias, por ello el artículo 2028 le permite reclamar:

1. La suerte principal. En este caso comprende la suma pagada y -- no la que se pactó originalmente, por ello deben incluirse los intereses y gastos.

2. Intereses. Como se señaló el fiador tiene derecho a reclamar el total pagado al acreedor, incluso si el deudor principal no le cubre de inmediato, el fiador podrá cobrarle intereses a razón del 5% -- anual. (art. 2028).

3. Los gastos. Que se deberán sumar de las actuaciones del juicio seguido por el acreedor y el modo de evitarselos al deudor principal,-

es contestando la demanda y pagando, además de que el fiador tiene la obligación de notificarle, para que haga el pago al deudor principal y se ahorre los gastos que le pudiera cobrar el fiador.

4. Daños y perjuicios. Debido al principio de que el fiador debe ser indemnizado totalmente por ello, además de los intereses, debe ser reparado en sus daños que haya podido sufrir, citan como ejemplo el -- que si el fiador por pagar la deuda del deudor principal, dejó de pagar sus deudas y fue embargado por sus acreedores (art. 2028).

La misma solución a la problemática, la concede nuestro derecho - mexicano.

Acción derivada de la subrogación legal. Esta acción en realidad es más ventajosa, puesto que permite al fiador hacer valer su acción - como si fuera el acreedor, con todas las garantías accesorias hipotecas y demás que pertenezcan al acreedor, en tanto que la acción de man dato o de gestión de negocios se encuentra desprovista de garantías, - es puramente quirografaria.

Con la acción de subrogación, el fiador puede reclamar lo siguien te: El capital, intereses y gastos, puesto que respecto de los intereses de lo que pagó, los daños y perjuicios, necesariamente los ha de - ejercitar mediante la acción personal.

El fiador que ha pagado y no informa al deudor principal y éste - paga por segunda vez, caduce su acción de subrogación y sólo podrá el fiador ejercitar la acción de repetición en contra del acreedor de - igual manera si ha pagado sin haber demandado cuando el deudor tenía - medios de defensa que hacer valer.

Acción antes del pago: El artículo 2032 señala los casos en que - se puede ejercitar esta, a saber:

1. Cuando se le demanda judicialmente el pago;

2. Cuando el deudor está en quiebra o en concurso;
3. Cuando la deuda ha llegado a ser exigible; y
4. Cuando han transcurrido más de diez años después de haber sido contraída la obligación y no está sometida a un plazo fijo para su vencimiento.

La anterior acción se le concede al fiador, para que se evite - - ciertos riesgos, consignando en su caso la suma o bien obtener garantías.

Relaciones entre los coobligados accesorios: Cuando existen varios fiadores de una misma obligación, la ley concede a quien paga una acción contra los demás.

Anteriormente, en el Derecho Romano, el que pagaba no tenía - - - acción contra los demás sino cuando antes de hacer el pago, obtenía que el acreedor le cediera la acción (beneficio de cesión de derechos).

Naturaleza de la acción: La acción concedida entre los fiadores - se consideraba una acción útil de gestión de negocios, el fiador ha - gestionado el negocio de los demás, librándolos de una deuda que era común a todos.⁽¹⁴⁾

Para los autores modernos esta acción es más bien una extensión - de la subrogación legal, la subrogación legal permite adquirir una - acción ya existente; no es un principio de la acción capaz de crear - una nueva.⁽¹⁵⁾

Límites de la acción:

1. Quien ha pagado sólo puede demandar a cada uno de los fiado--- res, por la parte que le corresponda (art. 2033);

(14) Planiol, Marcel y Ripert, Georges. Ob. cit. p. 30

(15) Idem.

2. El pago debe haberse hecho por virtud de la demanda del acreedor o después de la quiebra o concurso del deudor (art. 2033); y

3. El pago debe haber sido útil, puesto que si el fiador ha pagado una deuda ya extinguida, no podrá tener acción contra los otros, -- quienes ya estaban liberados.

Por último veamos las causas de extinción de la fianza, la obligación del fiador puede extinguirse de dos maneras diferentes:

1. Por vía de consecuencia, cuando la obligación principal se extingue.

2. Por vía principal, ya que el deudor principal queda obligado -- en tanto que el fiador sea liberado.

Extinción por vía de consecuencia, siguiendo el principio de que la suerte de lo accesorio sigue la suerte de lo principal; tenemos:

El pago, dación en pago, novación, remisión de deuda, compensación. En principio todo medio de defensa que aproveche el deudor principal, también aprovecha al fiador, a lo que se le llama excepciones -- inherentes a la deuda.

Extinción por vía principal, la fianza puede extinguirse por cualquiera de los modos ordinarios de las obligaciones.

Como sería el caso, cuando se presenta la compensación entre el -- fiador y el acreedor, la remisión voluntaria que haga el acreedor a su fiador; confusión, cuando en la persona del fiador se reunen las calidades de acreedor y fiador; prescripción, ésta opera al mismo tiempo -- en provecho del deudor principal, puesto que la interrupción a la obligación principal interrumpe la de la fianza.

C. MEXICO INDEPENDIENTE .

Estudiar los antecedentes del contrato de fianza, en nuestro México independiente, representa una cierta problemática, puesto que las etapas políticas se sucedieron de una manera un poco más claras, sin embargo, no sucedió lo mismo con las histórico-jurídicas, además de -- que en ese entonces no se conocían las grandes codificaciones que ahora conocemos, en consecuencia, tampoco podemos hablar de que existieran debidamente las instituciones jurídicas, ya que ni siquiera existían en el país conquistador.

Al respecto, existen breves estudios sobre los antecedentes de la evolución del Derecho Privado del México posterior a la independencia, pero los encontramos sobre una fuente concreta o meras notas históricas en obras generales que están muy distantes de facilitar su comprensión y en los casos opuestos, nos encontramos con referencias históricas so bre instituciones del Derecho Público.⁽¹⁶⁾

La relevancia del derecho español para México fue mayúscula, por haber sido la parte principal del derecho virreyenal hasta la independencia, las influencias que pudo haber sufrido nuestro derecho, no se recibieron directamente de otros derechos europeos, sino que indirectamente llegaron a nuestro país a través del derecho indiano o del castellano, pero básicamente podemos decir que se trata del derecho público, no del derecho privado.

Tomemos en cuenta que en ese entonces, en otros países se iniciaba la tendencia codificadora, de la cual fundamentalmente podemos decir que influyeron en nuestro derecho, éstas son: El Código Napoleónico, el proyecto Gorasábel, el proyecto García Goyena, el código Italiano y el código Portugués de 1867.

(16) Cfr. Arce y Cervantes, José. Bejarano Sánchez, Manuel. et al.
CINCUENTENARIO DEL CODIGO CIVIL. UNAM, México, 1978. pag. 251.

La tendencia codificadora que ya se había presentado en los países Europeos, llegó a nuestro país derivada de España, ya que en este país habían realizado varias recopilaciones de su Derecho, llegando -- hasta la promulgación en 1805 de la novísima recopilación; la Constitución de Cádiz de 1812; el proyecto de García Coyena de 1851 del Código Civil, etc.

Hasta antes de la codificación en nuestro Derecho mexicano, regían en este país las Partidas y la Novísima recopilación, con las modificaciones introducidas por las leyes particulares. (17).

En el territorio de lo que en la actualidad son los Estados Unidos Mexicanos, estuvieron en vigor sistemas normativos diversos como -- producto de los varios grupos humanos de la incorporación del mundo -- hispano, hasta llegar a la segunda mitad del siglo pasado a un derecho propio, pero sin duda la influencia del derecho virreynal prolongó su vida hasta el siglo XIX, cobrando vida la tendencia codificadora, probablemente desde que se inició el movimiento de independencia, aplicándose en este intervalo como ya se dijo el derecho virreynal o novohispánico puesto que la conquista trajo como una de sus consecuencias la introducción del derecho español, específicamente del castellano, pero al darse cuenta que ese derecho no era del todo apropiado, estableció un derecho específico para las Indias, lo cual dió lugar a la formación del derecho Indiano.

Aunque el derecho indiano, según comentario del autor Fernando -- Alejandro Vázquez Pando, su parte más característica es de Derecho Público y que se puede afirmar que el derecho privado en esa época es el de las siete partidas, el cual había alcanzado ya gran prestigio en -- España y en nuestro México no encontraba la oposición de un derecho anterior, salvo por lo que se refiere al indígena, el cual se permitió -- subsistir en lo que no contraviniese lo mandado por la fe católica. (18)

 (17) Salvat, Raymundo M. TRATADO DE DERECHO CIVIL ARGENTINO, parte general. Edit. Tipográfica, Editora Argentina, Buenos Aires 1958. pag. 75.

(18) Arce y Cervantes, José. et al. Ob. Cit. p. 251.

Para el efecto de lograr una mejor comprensión del presente inciso consideramos conveniente realizar el estudio de las siguientes etapas: El derecho del México independiente, períodos que comprende y la aparición de la tendencia codificadora y sus primeros frutos.

Las tendencias al cambio de sistema. Simultáneamente al proceso de incubación del movimiento de independencia, se va preparando la -- transformación jurídica, pasando del derecho recopilado al derecho codificado, dándose también un movimiento recepcionista del derecho Francés que se enfrenta con el problema del movimiento tradicionalista aplicado al derecho Español.

Para que nuestro país llegara a lograr un derecho codificado, debería primero cubrir una serie de presupuestos, tales como la soberanía popular, la igualdad ante la Ley, el monopolio del poder, la primacía de la ley como fuente formal del derecho y el constitucionalismo.

Los presupuestos antes mencionados se cubrieron lentamente y poco a poco se presentó la codificación, en algunos casos lo hizo la autoidad y en otros los particulares.

Cabe hacer notar que de una manera más clara podemos decir que -- los presupuestos se reunieron totalmente hasta la segunda mitad del siglo XIX con el triunfo del liberalismo en nuestro país, siendo hasta esta época cuando triunfa la tendencia codificadora en materia civil.

Probablemente con el triunfo del liberalismo, se deja sentir la -- influencia del código de Napoleón, como uno de los símbolos del liberalismo, tal vez por esa razón nuestros códigos de 1870 y 1884 reciban -- tanta influencia de dicho código.

Veamos ahora como se fueron dando los pasos para la elaboración -- del código de 1870, 1884 y 1928.

Triunfo de la tendencia codificadora. En el año de 1857, Don Benito Juárez encarga en Veracruz a Don Justo Sierra, la elaboración de

un proyecto de Código Civil, proyecto que es enviado al Gobierno de la República durante los años de 1859 y 1869 y en el cual culmina la tendencia a seguir el Código Napoleónico.

Se dice que para su elaboración el autor utilizó fundamentalmente el proyecto García Goyena, quien a su vez se inspiró en el Código Civil Francés.

En 1861 por decreto del 29 de abril, el Congreso excitó a los Estados de la Unión a adoptar el Código Civil el proyecto de Don Justo Sierra; pero el decreto fue derogado al aparecer el 29 de mayo siguiente. (19).

El año de 1868, el Ministro Martínez de Castro, nombró una comisión para proseguir los trabajos de revisión del Código de Don Justo Sierra, la que quedó integrada por Mariano Yañes, José María Lafragua, Isidro Montiel y Duarte y Joaquín Eguía Lis.

La labor de la comisión formada por Martínez de Castro culminó con el proyecto que se convirtió en el primer Código Civil del Distrito Federal, en el año de 1868 y con el cual se presenta el fenómeno recepcionista, al ser adoptado por casi todos los Estados.

Posteriormente en junio de 1882, se formó una comisión revisora integrada por Eduardo Ruiz, Pedro Callantes y Buenrostro y Miguel S. Macedo, cuyos trabajos culminaron en el Código Civil promulgado el 31 de marzo de 1884, que introdujo reformas sustanciales en materia de su cesiones.

A fines de 1926, con la idea de la necesidad de un nuevo Código Civil, se nombró a otra comisión redactora, de la cual fueron parte -- Ignacio García Téllez, Francisco H. Ruiz y Rafael García Peña, concluyendo su proyecto en el año de 1928, proyecto que debido a las críti--

(19) Cfr. Arce y Cervantes, José, et al. Ob. cit. pag. 272-273.

cas que tuvo por parte de la barra de Abogados, Secretarías y Departamentos de Estado, obligó a la Comisión a realizar diversos ajustes al proyecto, el cual una vez reformado, entró en vigor el primero de octubre de 1932.⁽²⁰⁾

Enseguida, algunas diferencias entre las disposiciones legales relativas al Contrato de Fianza, en los Códigos Civiles de 1870, 1884 y el vigente de 1928. Aunque podríamos decir que en realidad entre los códigos antes mencionados, existen muy pocas variantes como se verá a continuación:

El Código Civil vigente en su artículo 2797 dice: "La fianza no puede existir sin una obligación válida". Y por su parte el Código de 1970 disponía que la fianza no podía recaer sino en una obligación civilmente válida, mientras que en el código de 1884 en su artículo -- 1705 dice: "Es nula la fianza que recae sobre una obligación nula", a este respecto cabe hacer notar que ya desde el Código de 1884, se había suprimido la palabra civilmente y según los comentarios de Miguel S. Macedo, integrante de la Comisión de los Proyectos del Código Civil de ese año, consideró suprimir la denominación de obligaciones civilmente válidas, ya que nuestro derecho no reconoce la distinción entre obligaciones civiles y naturales, por lo que debería hablarse de obligaciones válidas o nulas.⁽²¹⁾

El código de 1884 no admitía la posibilidad de que la fianza recayera sobre una obligación cuya nulidad solo fuera susceptible de intentarse por el deudor principal, según se desprende del artículo 1674 de dicho Código Civil que señalaba: "La acción y la excepción de nulidad competen a las partes principales y a sus fiadores, exceptuándose aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa", asimismo el artículo 424 del mismo ordenamiento, al tratar de las acciones de nulidad o de excepciones motivadas por actos jurídicos realizados por

(20) Cfr. Arce y Cervantes, José. Et al. Ob Cit. p. 273.

(21) Cfr. Rojina Villegas, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO, Tomo Sexto, Contratos. Volumen II, Edit. Porrúa, México, 1986. pag. 250-253.

los incapacitados, prescribía: "La nulidad a que se refieren los artículos anteriores, sólo puede ser alegada sea como una acción, sea como una excepción, por el mismo incapacitado o en su nombre por sus legítimos representantes; pero no por las personas con quien contrató, ni por los fiadores que se hayan dado al tiempo de otorgarse la obligación ni por los mancomunados en ella". Por lo anterior, debe señalarse que el fiador no podía alegar la excepción de nulidad relativa ya que correspondía al deudor incapaz hacerla valer a través de su representante y si no lo hacía, la fianza resultaba válida. En cambio en nuestro Código Civil vigente en su artículo 2797 dispone como regla general que la fianza puede recaer sobre una obligación cuya nulidad puede ser reclamada por el obligado mediante una excepción puramente personal y de conformidad con los artículos que se refieren a la nulidad relativa, resulta que el fiador no puede alegar la que afecte a la obligación principal y si ésta no se opone por el deudor principal, la fianza resulta válida, situación que se corrobora con lo dispuesto por el artículo 2812 del Código Civil vigente que dice: "El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, más no las que sean personales del deudor".

Otra variante la encontramos en el caso de que una persona se obligare a cumplir por otra y si ésta no lo hacía, a pagar una pena, en nuestro Código Civil vigente, la pena subsiste aunque el contrato no se lleve a cabo por falta de consentimiento, esta situación representa un caso especial en virtud de que participa de las características de la cláusula penal y de la fianza a lo que podríamos llamarle cláusula penal de afianzamiento, tal innovación no se daba en el Código Civil de 1884. (22)

Otra diferencia que encontramos entre el código de 1884 y el vigente, consiste en que el anterior código en relación a la hipótesis que señala el artículo 2849 del código civil vigente, es que este últi

(22) Cfr. Rojina Villegas, Rafael. Ob Cit. p. 255 .

no dice que la fianza se extingue si el acreedor no promueve judicialmente el cumplimiento de la obligación, mientras que el anterior utilizaba la frase: "Que el acreedor demande al deudor". En este caso en particular, notamos que era más claro que el anterior, puesto que el vigente puede causar confusión, aunque se sobre entiende que es el fiador el que le pide al acreedor. (23).

Además el Código de 1884, en su artículo 1711, declaraba que la fianza no se presume, sino que debía constar expresamente, situación que en nuestro código civil vigente se suprimió, por lo que al contrato de fianza se le dio el carácter de consensual, por perfeccionarse por el mero consentimiento de las partes.

También el artículo 2802 del Código Civil vigente, en los casos de fianzas legales o judiciales, sólo requiere que el fiador tenga bienes, con valor suficiente para responder de la obligación, mientras que el código civil anterior en su artículo 1722 requería además de tener bienes, que éstos estuvieran libres de todo gravamen. (24).

El código civil anterior, también exigía que dichos bienes se encontrasen situados en la jurisdicción donde se debía realizar el pago, así como que se debería hacer la anotación ante el Registro Público, impidiendo que el fiador pudiera enajenar o gravar mientras la fianza subsistiera. Situación que el código civil vigente no exige, como se puede observar de los artículos 2802, 2850 y 2852, ya que sólo imponen la obligación de realizar las anotaciones marginales ante el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, pero como un gravamen, puesto que no impide que se realicen enajenaciones y sobre todo con la finalidad de preconstituir una prueba para la insolvencia fraudulenta.

Un último caso de diferenciación entre los códigos la encontramos en lo que dispone el artículo 1703 del código civil de 1884, que señalaba la regla general para poder ser fiador, al decir: "Pueden ser fiadores..."

(23) Cfr. Rojina Villegas, Rafael. Ob cit. pag. 260.

(24) Cfr. Lozano Noriega, Francisco. DERECHO CIVIL CONTRATOS. Ob cit. pag. 368.

dores todos los que pueden contratar". Pero a la mujer se le decretó una incapacidad, en términos del artículo 1704 del código anterior que dice: "Sólo podrán ser fiadoras en los siguientes casos: 1. Cuando -- eran comerciantes; 2. Si hubieran procedido con dolo para aceptar su garantía con perjuicio del acreedor; 3. Si hubieren recibido del deudor la cosa o cantidad sobre la que recae la fianza; 4. Si se obligaron por cosa que les pertenece, o en favor de sus ascendientes, descendientes o cónyuge." (25).

El código civil vigente, en base a lo dispuesto por el artículo 175, que señala que la mujer requiere de autorización judicial para -- ser fiadora de su marido o para obligarse solidariamente con él en -- asuntos que sean de interés exclusivo de éste.

Como se puede observar, mientras que el código civil anterior limitaba los casos en que podía ser fiadora la mujer, en el vigente sólo le exige la autorización judicial en el caso de que la fianza recaiga sobre el marido y en negocios del interés exclusivo de éste, dejándole la posibilidad de que en todos los demás casos pueda contratar.

El código civil anterior, en sus artículos 1532 y 1535, señalaba que cuando el pago se hiciera al acreedor en contra de la voluntad del deudor, el que hizo el pago nada podría reclamar del deudor, mientras que nuestro código civil vigente, en sus artículos 2068 y 2071 estatuyen que el que pago, pueda reclamar del deudor en cuanto fue útil dicho pago. (26).

(25) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Ob. Cit p.

291.

(26) Cfr. Rojina Villegas, Rafael. Ob Cit. p. 323.

CAPITULO SEGUNDO

EL CONTRATO DE FIANZA.

En el presente capítulo se pretende realizar de una manera breve y lo más completa posible, mediante el estudio del contrato de fianza, con apoyo en las disposiciones legales relativas, así como en las opiniones de los juristas, emitidas sobre el particular, esperando encuadrar y definir al contrato de fianza, de acuerdo al marco jurídico y doctrinario.

Para entrar en materia, es menester hacer la siguiente observación: Al tratar de encuadrar de una manera completa una figura jurídica en un concepto, difícilmente se logra, dada la complejidad de las relaciones jurídicas que conlleva y las características propias de cada figura, no obstante para el efecto didáctico, debemos empezar por el concepto, su análisis y crítica.

A. CONCEPTO.

El artículo 2479 de nuestro Código Civil define la fianza: "Como un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace".

Este concepto es meramente normativo, como se podrá observar, tal vez por ello omite elementos propios del contrato de fianza, tales como la accesoriedad, el pago de cantidades diversas o iguales, menores en especie, de acuerdo a la posibilidad que la ley permite y en atención al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, en específico en el presente contrato, la ley autoriza al fiador y al acreedor a contratar libremente, siempre y cuando no se obligue el fiador a pagar mayor cantidad de la señalada en el contrato principal, dado el carácter accesorio que tiene la fianza, como se verá al analizar la clasificación de dicho contrato.

Para el autor Rojina Villegas, el contrato de fianza se define como un contrato accesorio, por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior, e igual o distinta en especial si éste no lo hace. (27).

La definición del autor reúne los elementos indispensables del -- contrato de fianza, haciendo notar que por cuanto hace a la accesoriidad, ésta tiene una excepción, como lo señala el artículo 2048 del código civil, la cual tiene lugar cuando la obligación del fiador es por tiempo determinado y una vez vencido, el acreedor no requiere al deudor judicialmente el cumplimiento de la obligación principal, dentro - del mes siguiente a la expiración del plazo.

Para el autor Sánchez Medal, el contrato de fianza es "el contrato por el que una persona llamada fiadora, distinta del deudor y del - acreedor en una determinada obligación, se obliga con el último a pagar dicha obligación, en caso de que el primero no lo haga". (28).

La presente definición omite algunos elementos esenciales, como - la accesoriidad del contrato, característica propia de la fianza y la posibilidad de que el fiador cubra un equivalente a la prestación debi da o inferior o de distinta especie.

Por otra parte, el autor Rafael de Pina, en su diccionario de Derecho, señala: "Fianza. Garantía personal prestada para el cumplimiento de una obligación". (29).

El presente concepto es puramente ilustrativo, por ser tomado del diccionario, pero como es de Derecho y no general del vocablo español, también señala otro concepto más amplio, al respecto dice: "Contrato - por el cual un tercero, en relación con una determinada obligación, se

(27) Rojina Villegas, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO. Tomo VI, Vol. II Ob. cit. pag. 249.

(28) Sánchez Medal, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES. Ed. Porrúa, 9a. Edición. México, 1988. pag. 449.

(29) Pina, Rafael de. Y Pina Vara, Rafael de. DICCIONARIO DE DERECHO, Ed. Porrúa, 11a. Edición. México, 1983.

obligación a su cumplimiento para el caso de que el deudor o fiador anterior no cumpla (art. 2794 a 2855 del Código Civil)".⁽³⁰⁾.

A los anteriores conceptos, cabe hacerles la misma crítica hecha al autor Sánchez Meda, aunque estos conceptos son tomados del diccionario citado, por lo cual consideramos que contiene la connotación general.

El autor Zámora y Valencia emite su concepto respecto al contrato de fianza, diciendo: "El contrato de fianza es aquel por virtud del cual una de las partes llamadas fiador se obliga ante la otra llamada acreedor, al cumplimiento de una prestación determinada, para el caso de que un tercero deudor de este último, no cumpla con su obligación".⁽³¹⁾.

En esta definición también hay cierta omisión de los elementos esenciales del contrato de fianza, como lo es la accesoriedad y la posibilidad de que el fiador pueda cumplir la prestación de manera diversa a la obligación principal, es decir por equivalencia, en especie o incluso menor como lo autoriza nuestra legislación vigente.

El autor Lozano Noriega adopta la definición que nuestra legislación precisa en su artículo 2794 del Código Civil y no formula una propia, pero si comenta la de dicho concepto, pretendiendo tal vez complementarla, diciendo: "El contrato de fianza, por tanto, se celebra entre un acreedor preexistente y un tercero ajeno a aquella relación establecida entre el acreedor y el deudor; éste no es parte en el contrato de fianza, el contrato se celebra entre un acreedor y un tercero, que es el fiador. El tercero se compromete, se obliga frente al acreedor a pagar en defecto del deudor si el deudor no cumple. Entonces el fiador pagará, cumplirá por el deudor".⁽³²⁾.

(30) Idem.

(31) Zámora y Valencia, Miguel A. CONTRATOS CIVILES. Edt. Porrúa, 3a. Edición. México, 1989. pag. 283.

(32) Lozano Noriega, Francisco.

CUARTO CURSO DE DERECHO CIVIL CONTRATOS. Ob cit. pag. 283.

Unilateral. Toda vez que el único que se obliga en el contrato, es el fiador para con el acreedor. Cabe comentar que normalmente el contrato de fianza es unilateral, pero no existe el impedimento para que pueda ser bilateral, como sería el caso cuando el fiador recibiera alguna reclamación por servir al deudor principal de la fianza.

Gratuito. En virtud de que el acreedor no retribuye al fiador ni este recibe alguna compensación.

La anterior característica tiene una función distintiva del contrato de fianza, en virtud de que la misma no es precisamente una figura que permita la especulación económica, sino más bien el servicio del amigo, la ayuda al hijo, etc., situación que se verá más adelante.

Consensual. Porque la ley no exige ninguna formalidad para la celebración del contrato de fianza, es decir que es de los que se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes y al respecto de la ley sólo exige que su constitución conste expresamente.

Tiene vital importancia la fianza derivada del consentimiento de las partes, puesto que es la que como contrato ha contribuido a su consolidación como figura jurídica, con sus antecedentes históricos, doctrinales, no así la fianza legal y judicial, como lo veremos posteriormente al estudiar las clases que de la misma existen.

B. ELEMENTOS .

El contrato de fianza, como cualquier acto jurídico, necesariamente debe conocer los elementos de existencia y de validez, siendo los siguientes:

- a) Consentimiento

- b) Objeto; y
- c) Solemnidad. (34).

A) Los anteriores elementos que nuestra doctrina señala, a juicio nuestro, en el contrato de fianza debemos agregar:

- d) La existencia de una obligación principal.
- e) Una obligación válida.

a) Consentimiento: El cual consiste en el acuerdo de voluntades entre el acreedor y el fiador, respecto de que éste se obliga a pagar por el deudor si éste no lo hace.

Como se puede observar, el contrato de fianza se realiza entre el acreedor y el fiador, por lo que no se requiere del consentimiento del deudor, incluso la celebración del contrato puede ser ignorado o hasta en contra de la voluntad del deudor.

Se debe hacer notar que el contrato de fianza no se presume, sino que debe constar expresamente y no de manera tácita.

b) El objeto: Consiste en crear la obligación subsidiaria para que el fiador pague, en caso de que no lo haga el deudor principal, lo cual se traduce en una prestación de dar o de hacer.

c) Solemnidad: tiene lugar solo respecto de algunos actos, tales como el matrimonio, el cual no puede existir si no se cumple con tal elemento que tiene el carácter de existencial, pero respecto del contrato de fianza no se requiere, sino que la ley solo exige que dicho

(34) Galindo Garfias, Ignacio. DERECHO CIVIL. Edit. Porrúa, 4a. Edición, México, 1980. pag. 217.

contrato conste expresamente.

d) La existencia de una obligación principal: dado el carácter de accesoriadad del contrato de fianza, no puede existir sin una obligación principal, puesto que de lo contrario no habrá obligación que garantizar, quedando en consecuencia sin objeto el contrato de fianza, - tal requisito se puede corroborar en el contenido del artículo 2797 -- del Código Civil.

Puede también otorgarse fianza en garantía de deudas futuras, incluso desconociendo el importe, con la salvedad de que no podrá reclamarse al fiador, hasta en tanto se liquida la deuda.

La anterior situación no afecta al contrato de fianza, por el carácter accesorio de éste, de tal manera dicho contrato puede garantizar cualquier hecho o acto jurídico.

c) Una obligación válida: el presente requisito lo exige el artículo 2797 del Código Civil y sin el cual no tendrá existencia el contrato de fianza, puesto que como accesorio que es, se encuentra supeditado a la suerte de lo principal y al no existir esta obligación, -- por consecuencia tampoco podemos concebir a la accesoria.

Una vez cumplidos los requisitos de existencia deben observarse otros requisitos cuya función es la de que produzcan sus efectos jurídicos, para lo cual fue creado, a estos elementos se les llama:

Elementos de validez: tanto la ley como la doctrina señalan los siguientes:

- a) La forma.
- b) Capacidad de los contratantes.
- c) La ausencia de vicios del consentimiento.
- d) La licitud en el objeto.

a) La forma. Como elemento de validez que debe revestir el con-

trato de fianza, por ser consensual, es decir, que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, no requiere de formalidad alguna, recordando que solo se exige que conste expresamente.

b) La capacidad de los contratantes. A este respecto la ley no exige más requisitos para su celebración, que la regla general, es decir la aptitud legal para obligarse, situación que presupone la capacidad de goce y de ejercicio, debiéndose entender por capacidad de goce la aptitud legal de ser sujeto de derechos y obligaciones; y la de ejercicio, se debe entender que es la aptitud legal de poderlos hacer valer por sí mismos, por ello debe distinguirse entre el tener el derecho "Capacidad de goce" y el poder hacerlo valer "Capacidad de ejercicio", partiendo del principio de que la persona se obliga por sí o por conducto de apoderado, así como a través del tutor, curador y en general por la representación legal y voluntaria. Motivo por el cual cualquier persona puede ser fiador, por regla general, salvo las excepciones que la ley ha constituido, mismas que a continuación analizaremos.

En las excepciones que la ley ha señalado, respecto a la regla general de que cualquier persona puede ser fiador, en realidad no son prohibiciones, sino que las ha condicionado a la autorización de la autoridad competente, como se puede comprobar con los siguientes casos:

1. El artículo 175 del Código Civil, impone la obligación a la esposa que pretende ser fiadora de su consorte, siempre y cuando se trate de asuntos que sean de interés exclusivo del cónyuge, de pedir autorización previa ante el C. Juez competente, para que le conceda la autorización correspondiente y con ello pueda ser fiadora de su consorte.

2. Otro caso en que para poder ser fiador se requiere de autorización judicial, como lo preceptúa el artículo 643 del mismo ordenamiento, trata sobre el menor emancipado, el que a pesar de tener la libre administración de sus bienes para enajenar, gravar o hipotecar re-

quiere de autorización, ya que la fianza puede constituir un gravamen en sus bienes o la entrega en pago de los mismos, según sean los términos del contrato.

3. Expresamente la ley prohíbe dar fianza en nombre de sus representados a quienes ejerce: la patria potestad, los tutores, los representantes del ausente, los síndicos, albaceas y demás representantes legales, como lo ordenan los artículos 436, 563 y 660 del Código Civil.

En cualquiera de los casos, encontramos que la prohibición a que la ley se refiere en realidad consisten en que hasta en tanto no se obtenga la autorización judicial para la contratación de la fianza, ésta no podrá celebrarse válidamente, más no se trata de una prohibición absoluta.

c) Ausencia de vicios en el consentimiento. La voluntad como elemento esencial del acto jurídico debe formarse de manera conciente y libre.

Al respecto el autor Galindo Garfias, señala: "Cuando la voluntad del sujeto se ha formado sin que éste tenga conciencia y libertad, se dice que la voluntad está viciada y a las circunstancias que desvían esa voluntad formada en manera no conciente o no libre, se les denomina vicios de voluntad. La voluntad así formada, ha nacido ciertamente, pero de un modo diferente a como hubiera nacido excenta de vicios".⁽³⁵⁾

Es decir, que la voluntad no puede ser expresada libre y concientemente, si el sujeto padece error, dolo, mala fe, lesión o violencia.

Por cuanto hace al error, como vicio del consentimiento, debemos

(35) Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. p. 228.

entender que hay error cuando existe falso conocimiento de una cosa o el total desconocimiento, situación que determina una falsa concepción respecto de la realidad, motivo por el cual la voluntad que se exprese adolecerá de un vicio denominado error.

El dolo. Está constituido por los artificios y engaños o maquinaciones fraudulentas, por medio de las cuales una persona es inducida al error o para mantener en dicho error al sujeto contratante.

De lo anterior se desprende que el elemento constitutivo esencial de dolo es la maniobra que se realiza para inducir en error.

Mala fe. Como lo señala la parte final del artículo 1815 del Código Civil: "Por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido".

Tanto el dolo como la mala fe, producen los mismos efectos respecto de la nulidad de los contratos, toda vez que se trata de un error, solo que en el dolo es inducido el sujeto contratante y en la mala fe, se conoce el error pero se disimula con el fin de aprovecharse del mismo.

La lesión. Consiste en una notoria desproporción entre lo que se da y lo que se recibe a cambio.

El artículo 17 del Código Civil da derecho a exigir la rescisión del contrato o la reducción equitativa de la obligación, cuando alguien explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obteniendo un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obligó.

Violencia. Se llama violencia a toda coacción ejercida sobre la voluntad de una persona, sea por la fuerza material o por medio de amenazas, para determinarle a consentir en un acto jurídico.

El artículo 1819 del Código Civil señala: "Hay violencia cuando -

se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su conyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado".

La violencia se divide en física y moral. La primera existe cuando se ejerce de manera material en el preciso momento de la celebración del acto o al expresar su voluntad.

La moral. Se traduce en amenazas o intimidación, conocida también como vis compulsiva, en este caso aparentemente se le concede al sujeto contratante la decisión de celebrar el acto o sufrir las consecuencias de las amenazas, por ello la doctrina ha determinado que para poder tener la amenaza como determinante en la celebración del acto jurídico, se requiere de:

1. Que la amenaza sea seria, es decir, debe existir la posibilidad de que el mal se realice.

2. Ha de ser también grave, de modo que la ejecución de la amenaza importe un mal mayor que el que resulte de la celebración del acto.

3. La violencia debe ser injusta, es decir, que no entrañe el ejercicio de un derecho legítimo en contra del sujeto.

Una vez reactualizado el estudio de los elementos de existencia y de validez de los actos jurídicos, cabe hacer el siguiente comentario:

Los elementos antes señalados atañen a cualquier acto, pero tomando en cuenta que el contrato de fianza es accesorio, que garantiza una obligación válida y que solo en caso de que no se cumpla con la obligación principal surtirá efectos, sin olvidar que de acuerdo al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en tal virtud como se trata de dos contratos, uno principal y el de fianza como accesorio y toda vez que la acción para demandar cualquier vicio que haya afectado al contrato, solo puede hacerlo el contratante afectado, es -

decir que en el contrato principal los que pueden resultar afectados -- son el acreedor o el deudor, no así el fiador, máxime que en el contrato de fianza, la relación se otorga entre el acreedor y el fiador, los cuales podrán resultar afectados por este contrato, no así el deudor, lo anterior solo respecto a sus contratos, en cambio la nulidad del -- contrato principal trae como consencuencia la de la fianza.

Lo anterior se comprueba con lo dispuesto por el artículo 2230 -- del Código Civil, que dice: "La nulidad por causa de error, mala fe, - violencia, lesión o incapacidad, solo puede invocarse por el que ha -- sufrido esos vicios del consentimiento, se ha perjudicado por la le-- sión o es el incapaz".

En el mismo sentido y respecto del contrato de fianza, el artícu-- lo 2812 del mismo ordenamiento legal citado, nos dice que el fiador no podrá oponer las excepciones que sean personales del deudor.

Cabe hacer la excepción al respecto, en los casos de que se trate de nulidad absoluta, ya que entonces cualquier interesado podrá preva-- lencer de ella y no desaparece por confirmación o por prescripción, co-- mo lo señala la parte final del artículo 2226 del Código Civil y como lo determina la doctrina, aunque para los efectos del contrato en cuestión, siempre debe ser válido por ser requisito indispensable, toda -- vez que esta nulidad debe ser pronunciada en sentencia judicial, situación que acarrea la nulidad de la fianza. Sin duda esta acción o -- excepción no podrá negársele al fiador sin tomar en cuenta que con -- ello traería la posible nulidad de la fianza.

Licitud en el objeto, motivo o fin del contrato. Se dice que un -- acto es lícito cuando su objeto, motivo o fin determinante no son con-- trarios a las leyes de orden público, a la moral o a las buenas cos-- tumbres.

No debemos olvidar que si el contrato principal adolece de líci-- tud, también afectará la fianza, por seguir la suerte del contrato-- principal, pero no a la inversa, es decir, que si el contrato princi--

pal es lícito, no necesariamente lo será el de fianza, puesto que como ya se citó, se trata de dos contratos independientes en su celebración y subsidiario en su objeto.

A este efecto se pueden citar como ejemplos no garantizables con fianza: Las deudas de juego prohibido, los contratos de ventas de cosas prohibidas como las armas, drogas, etc.

Puede suceder también que la obligación principal sea lícita, como se comenta, pero la fianza no, por ejemplo cuando se obliga al fiador a cumplir por el deudor una prestación consistente en transmitir la propiedad de un bien cuya enajenación está prohibida, como lo es la droga.

Además de los elementos de validez que antes se han señalado, el maestro Rojina Villegas, considera "que el monto en la fianza también es elemento de validez"⁽³⁶⁾. Opinión con la cual no estamos de acuerdo, toda vez que el monto puede ser menor, puede también ser distinta la prestación a la que se obliga al fiador con el único límite, que el monto no sea mayor, pero si lo fuera, éste se reducirá a los límites de la obligación principal y en caso de duda sobre si se obligó a menos o por otro tanto de la obligación principal, se presume que se obligó por otro tanto, como lo ordena lo dispuesto por el artículo 2799 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

De lo anterior se puede observar que los problemas del monto de la obligación de la fianza en nada afectan su validez, por encontrarse debidamente reglamentado en el precepto antes citado.

El maestro Sánchez Medal, al tratar el contrato de fianza y hablar de sus elementos, hace la siguiente clasificación:

(36) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Ob. cit. P. 296.

- a) Elementos personales.
- b) Elementos formales.
- c) Elementos reales.

a) Elementos personales. Señala que en el caso de fianza convencional, se requiere de la capacidad general para contratar del sujeto.

En el caso de fianza legal o judicial, señala que además de la -- capacidad general, debe ser titular de bienes suficientes para responder de la obligación a garantizar y que esa solvencia sea acreditable mediante certificado expedido por el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, para comprobar que tiene bienes raíces dentro de la ju risdicción.

b) Elementos formales. Señala que para ser un contrato consensual no requiere de formalidad alguna, en la inteligencia de que la voluntad debe ser expresa y no tácita.

c) Elementos reales:

1. La obligación principal la cual puede traducirse en un dar, ha cer o no hacer, al igual que la fianza.

2. Una obligación que exista o que pueda llegar a existir, con la salvedad de que al fiador no podrá exigírsele, hasta en tanto la deuda principal sea líquida, artículo 2798 del Código Civil.

3. Una obligación válida, para que sea susceptible de garantizar se. (37).

C. CLASES DE FIANZA .

Dentro del contrato de fianza existen varios tipos, los cuales --

(37) Cfr. Sánchez Meda1, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES. Op cit.

tienen además de sus elementos esenciales, ciertas características propias de cada subdivisión, al efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2795 del Código Civil tenemos que hay fianza convencional, legal y judicial, empezaremos a estudiar la convencional.

1. **Fianza Convencional.** Es aquella que se deriva del acuerdo de voluntades de las partes contratantes, situación que otorga tal carácter.

Esta fianza, propiamente tiene el carácter de contractual, dado su origen para la celebración de la fianza convencional, la ley no requiere de formalidad alguna, es decir, que es de los contratos que se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes, lo que le atribuye el carácter de consensual.

Lo anterior da lugar a la posibilidad de acreditar la existencia del contrato, mediante pruebas orales, es decir, con testigos, pruebas confesionales y cualquier documento, solo que este sería en todo caso posterior a la celebración y en general por cualquier otro medio de prueba.

Con excepción al carácter consensual del contrato de fianza, es pertinente citar los casos de fianza legal o judicial y la que se otorga en póliza, así como cuando el fiador renuncia a los beneficios de orden y excusión que otorga dicho contrato, beneficios que se analizarán en capítulos posteriores.

Toda vez que más adelante se tratará lo relativo a la fianza legal y judicial, por el momento sólo veremos la última excepción al carácter de consensual del contrato.

El fiador al hacer la renuncia a los beneficios de orden y excusión, para que esta renuncia sea válida, debe hacerse expresamente, como lo señala la fracción I del artículo 2816 del Código Civil, disposición que obliga a que la fianza conste por escrito, razón por la cual

constituye una excepción al carácter consensual al contrato de fianza.

El presente tipo de fianza, es la que es apta para garantizar -- cualquier operación contractual, independientemente de que se trate só lo de un pago puesto que también el objeto indirecto de la fianza, se traduce en un dar, hacer o no hacer, al igual que el contrato principal, susceptible de garantizar, máxime que nuestra legislación estatuye las reglas, tales como deudas futuras, importes aún desconocidos y como muestra contundente, cabe señalar lo que preceptúa el artículo -- 2800, que dice: "Puede también obligarse el fiador a pagar una cantidad en dinero si el deudor principal no presta una cosa o un hecho determinado".

La disposición legal citada anteriormente, le otorga una amplitud absoluta al contrato de fianza, cuyo campo de aplicabilidad sería limitada, solo por la ausencia de contratos principales.

Sin duda alguna, las condiciones legales que regulan el presente contrato, son muy adaptables, a cualquier tipo de obligación y si recordamos que para el pueblo Romano el carácter de fiador era una nota distintiva social, lo que hacía tucra aplicabilidad en la vía jurídica, desafortunadamente en nuestros días se ha relegado al contrato de fianza convencional, no porque haya perdido su noble carácter de -- garantía, sino que al parecer, esto se debe a la complejidad que existe para el caso de cumplimientos forzosos, como se verá en el desarrollo del presente tema de investigación.

2. Fianza legal y fianza judicial. Para estudiar estas dos clases -- de fianza, dada la similitud que existe entre ambas y la reglamentación conjunta, conviene analizarlas de manera conjunta.

El artículo 2850 del Código Civil, en su parte inicial señala: -- "El fiador que haya de darse por disposición de la ley o de providencia judicial ...".

De lo anterior, se desprende que la fianza legal se deriva de la

Ley, mientras que la fianza judicial, de una providencia judicial.

Por su parte el autor Rojina Villegas, señala que: "En rigor deben distinguirse dos clases de fianza: Las primeras, que denominaremos fianzas legales *latu sensu*, son aquellas que exige la ley a efecto de que el Juez ordene su otorgamiento, también podrían llamarse fianzas legales de otorgamiento ante el Juez; las segundas son las fianzas legales *stricto sensu*, previstas por la ley, pero que no deben otorgarse ante el Juez, ...". (38).

Como se puede notar, el autor pretende encuadrar los dos tipos de fianzas legales y judiciales en su clasificación que realiza, argumentando que toda vez que las mismas se otorgan en cumplimiento de una -- disposición legal, considerando que la fianza *latu sensu* absorbe tanto la fianza legal como la judicial, no obstante, a las que no se otorgan ante el Juez, las considera de *Strictu Sensu*.

En nuestra opinión, el autor al rechazar la clasificación del artículo 2795 del Código Civil, en lugar de darnos claridad la deja -- igual, solo que más complicada.

Además es importante hacer notar que de acuerdo al principio legal que reza: Cuando la ley no distingue, no tenemos porque distinguir; mucho menos cuando al final de la crítica se continua reconociendo el modo de otorgarse, ya sea por disposición legal o por providencia judicial, le otorga un carácter distintivo, independientemente del nombre que se le atribuya.

Para los efectos del estudio de las fianzas legal y judicial, por considerar ociosa la denominación que se apuntó, seguiremos la clasificación legal, por ser más clara y simple, además de que su nombre -- nos da la idea del modo de su celebración.

(38) Rojina Villegas, Rafael. Ob. cit. pag. 264.

Tenemos pues, que la fianza legal es aquella que no se otorga debido a una providencia judicial y por ende, no se concede para efectos procesales, sino para dar vida a una figura jurídica o para su complementación, toda vez que si no se otorga, no surte efectos la figura en cuestión, como efectos iniciales del acto jurídico, función o cargo, según el caso.

Sin duda alguna cualquier clase de fianza se deriva de la ley, si tuación que no podemos tomarla como nota distintiva, para conocer la naturaleza de cada tipo de fianza.

Para poder distinguir verdaderamente cuando se trata de fianza legal y cuando se trata de fianza judicial, es conveniente tomar en cuenta las siguientes notas distintivas:

Fianza Legal:

1. Su otorgamiento da nacimiento a una figura jurídica, independientemente de ante quien se otorgue.
2. Admite dispensa de las partes.
3. Garantiza intereses particulares.
4. No importa quien determine su monto.
5. Suspende la prosecución del procedimiento.

Fianza Judicial:

1. Atiende sólo actos procesales.
2. No admite dispensa.
3. Garantiza intereses del Estado o que interesan a la Sociedad.

4. El monto siempre lo determina un Juez.

5. No suspende el procedimiento.

A efecto de explicar las anteriores notas distintivas, nos apoyaremos en algunos ejemplos:

La fianza legal se requerirá para poder perfeccionar alguna figura jurídica, debiéndose cumplimentar por disposición de la ley, -- por ende hasta en tanto se otorgue, surtirá sus efectos la figura jurídica de que se trate.

Ejemplo de lo anterior lo encontramos en lo dispuesto por el artículo 1708 del Código Civil, que trata del albacea de un juicio sucesorio, el cual debe dar fianza por disposición legal, otorgándose la misma para poder ejercer el cargo y hasta en tanto no lo haga, no podrá desempeñarlo.

1. En los juicios sucesorios, la fianza que debe otorgar el albacea, puede hacerse ante el C. Juez de lo Familiar o ante el Notario -- Público, según donde se radique el trámite, situación que demuestra -- que no necesariamente ha de otorgarse ante alguna autoridad del poder judicial.

Como se puede observar, la fianza debe otorgarse por el albacea, en cumplimiento a una disposición legal, independientemente de ante -- quien se otorgue, situación que no implica que se trate de dos tipos -- de fianza, una judicial y otra legal, la primera que se otorga ante el Juez y la segunda ante el Notario, sin duda que el otorgamiento de una misma fianza ante dos personas distintas, no le atribuye un carácter -- diferente a su naturaleza.

De lo anterior se aprecia claramente que el carácter de la fianza legal o judicial, no lo determina la persona ante quien se otorgue, -- pues la fianza siempre será legal y no judicial.

2. También en el presente ejemplo, debe comentarse que los coherederos tienen la facultad de poder dispensar al albacea del otorgamiento de fianza, como se puede ver, de lo dispuesto por el artículo 1710 del mismo ordenamiento legal citado, que dice: "El testador no puede librar al albacea de la obligación de garantizar su manejo, pero los herederos sean testamentarios o legítimos, tienen derecho a dispensar al albacea del cumplimiento de esa obligación".

3. El otorgamiento de la fianza en el presente ejemplo, solo interesa a los coherederos, puesto que es a quienes en dado caso garantizaría el desempeño fiel del cargo de albacea, por ello podemos decir que afecta solo a intereses particulares, sin duda por ello el legislador concedió la dispensa en tales casos.

4. No importa quien determine el monto de la fianza, aunque normalmente en los casos de fianza legal, la misma ley cuantifica o da las bases para conocer el monto que deberá cubrirse.

5. Suspende la prosecución del acto. Es decir, si no se otorga la fianza legal, continuando con el ejemplo, no surtirá sus efectos el albaceazgo y mientras no se garantice, no podrá continuarse con el curso del procedimiento, podrán cambiar el nombramiento del albacea, pero la obligación de dar fianza persistirá, debiéndose otorgar necesariamente para la continuación del proceso, mientras no se cumpla con tal fianza no se podrá pasar a la siguiente etapa del trámite.

Notas distintivas de la fianza judicial:

1. Siempre se otorga ante una autoridad. Este requisito siempre se ha de encontrar en las fianzas judiciales, puesto que es lo que le da el carácter de tal, sin que podamos concebir una fianza judicial -- otorgada ante una persona distinta de una autoridad, máxime que solo atañe a los actos que tienen lugar dentro de un procedimiento.

2. No admite dispensa. Puesto que por ningún motivo podrá la auto

ridad eximir de ella, ya que implica una violación a la ley.

3. Garantiza intereses del Estado o de la Sociedad. Puesto que es a éste al que afecta indirectamente, ya que en realidad es a la sociedad a quien perjudica, pero dada la función tuteladora de los valores sociales que le ha sido encomendada al Estado, función que debe realizar, el perjuicio se causa directamente a la sociedad.

4. El monto siempre lo determina un Juez bajo su responsabilidad, teniéndose al respecto algunas bases legales para su fijación.

5. No suspende el procedimiento, puesto que independientemente de que se otorgue o no, éste continúa con sus etapas con toda normalidad.

A efecto de ejemplificar lo anterior, señalaremos el siguiente -- ejemplo:

El artículo 20 Constitucional, refiere un otorgamiento de fianza judicial, que tiene por objeto que el acusado sea puesto en libertad, -reglamentada por los artículos 556 al 566 del Código de Procedimientos Penales, vigente para el Distrito Federal, ejemplo que es el prototipo de la fianza judicial, pues como se demostrará, reúne las características señaladas como distintivas, observemos como se aplica:

Tal fianza siempre se otorgará ante una autoridad, no siendo posible que se le conceda la libertad al presunto responsable o indiciado, puesto que la misma puede ser otorgada ante el C. Agente del Ministerio Público, pero en ningún caso podrá ser dispensada y la no exhibición tampoco suspenderá el procedimiento, ya que sólo tiene el efecto de que el indiciado o procesado no goce de la libertad, hasta en tanto otorgue la fianza.

Con lo anteriormente señalado, consideramos que de alguna manera se podrá distinguir cuando se trata de fianza legal y cuando de fianza judicial.

A continuación se analizan los requisitos que deberán observarse para el otorgamiento de las fianzas legales y judiciales.

El artículo 2850 del Código Civil ordena que "cuando debe darse - una fianza legal o judicial, el fiador deberá tener bienes raíces inscritos en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, por un - valor que garantice suficientemente las obligaciones que contraiga".

Haciendo la excepción a lo anterior, cuando la fianza sea para ga rantizar una obligación cuya garantía no exceda de mil pesos, caso en - el cual no requiere tener bienes inscritos en dicho Registro.

Deberá acreditar la existencia de bienes raíces con un certifica- do expedido por el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

El artículo 2852 del mismo ordenamiento, le impone la obligación a la persona ante quien se otorgue la fianza, "de dar aviso al C. Re- gistrador, para los efectos de su anotación marginal sobre el bien - - raíz designado para acreditar la solvencia, asimismo, deberá informar sobre la cancelación, tales avisos deberán hacerse dentro del término de tres días, so pena de hacerlo responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen por la omisión".

Otro requisito que deberá otorgarse en la constitución de la fian za judicial, es que siempre se expedirá ante la autoridad, mediando - actuación propia de su función.

La función que tiene el hecho de que se inscriba en el Registro - Público de la Propiedad y del Comercio el otorgamiento de la fianza, - en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 2853 del Código Civil, es para que posteriormente tenga el acreedor principal la presunción - de fraudulento cualquier gravamen posterior, como se desprende del ar- tículo 2859 del mismo ordenamiento, evitando con lo anterior la difi- cil prueba de la mala fe.

El maestro Rojina Villegas, opina en relación a lo preceptuado en

los artículos anteriores, lo siguiente:

"La fianza no es una forma de garantía eficaz, pues no se puede llegar al grado de prohibir la enajenación o gravamen, ... ni tampoco se le puede dar el carácter de una garantía real, ya que la fianza es por su esencia misma una garantía personal⁽³⁹⁾.

En efecto el carácter de la fianza implica una garantía personal, dada su naturaleza aunque es conveniente mencionar que en los casos de la fianza legal y judicial y en atención a que se refiere a la titularidad de bienes raíces, así como a la anotación marginal del otorgamiento de la fianza, aunque no constituya un derecho real implícito en el contrato, si tiene vital importancia las anotaciones marginales que se hagan sobre el bien raíz, puesto que aunque no se prohíba la constitución de gravámenes posteriores, no se le puede negar el carácter de gravamen a dicha anotación marginal, situación que obliga al enajenante para considerarlo para el caso de enajenación posterior, máxime que no podrá tirarse la escritura de compraventa sin que previamente el bien materia de esa operación se encuentre libre de todo gravamen, lo cual se asemeja a cualquier gravamen, sin tener que discutir si se trata de un gravamen real o personal, situación que en nuestra opinión sí le otorga eficacia a la garantía, incluso el único modo que no obligaría al enajenante a tildar las anotaciones hechas ante el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, sería cuando dicha enajenación se realizara, importando también las cargas o gravámenes, pero de cualquier manera al pretender cancelarlas, tendría que pagarlas, puesto que de lo contrario el C. Registrador no estaría en posibilidad de cancelar la inscripción, máxime que la ley, específicamente el artículo 2852 del Código Civil anteriormente citado, obliga a la persona ante quien se otorgue la fianza a realizar los avisos, por lo que podríamos decir que hasta en tanto se mande dicho aviso, el cual implicaría la extinción a la fianza por cualquier hecho anterior al aviso, como podría ser el cumplimiento de la fianza o alguna resolución absoluta.

(39) Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. p. 271.

Tiene vital importancia tal anotación marginal, que incluso en el caso de que fuera vendida libre de gravámenes y no lo estuviera, sería tal conducta comisiva del delito de fraude específico que refiere el artículo 387 Fracción II del Código Penal para el Distrito Federal.

También es conveniente hacer notar que para los casos de remate judicial y suponiendo que hubiese más acreedores para los efectos de graduación y prelación de los créditos, se tendría que respetar el principio jurídico que reza: El primero en tiempo es primero en derecho, es decir, que la anotación marginal hecha ante el Registro Público, no porque derive de una garantía personal autorizará a la autoridad a violar el principio legal antes citado, toda vez que tal inscripción se asemeja a la de un embargo, el cual también se deriva de una acción personal.

En virtud de lo anterior, se podrá observar que aunque la eficacia de la anotación marginal se derive de situaciones posteriores, consideramos que la opinión del maestro Rojina Villegas, resulta parcialmente infundada puesto que la eficacia a nuestro juicio si se realiza.

Por considerar recomendable y a efecto de mostrar un panorama más completo, es necesario analizar de manera breve la fianza civil en comparación con la fianza mercantil, ya que de alguna manera se presenta el problema para determinar cuando una fianza tiene el carácter civil y cuando debe otorgársele el carácter de mercantil.

Al respecto, nuestra legislación en su artículo 2811 del Código Civil, de una manera restrictiva y no enunciativa, nos señala las características que deben tomarse en cuenta para determinar cuando se trata de una fianza civil, siendo éstas las siguientes, las cuales se toman del contenido de dicho precepto:

1. Que se otorguen por individuos o compañías que accidentalmente ejecuten tal acto.

2. Que no se extiendan en forma de póliza.

3. Que no se anuncien públicamente por la persona o cualquier -- otro medio.

4. Que no se empleen agentes que las ofrezcan.

De conformidad a lo dispuesto por el artículo citado, que exige -- las cuatro características antes señaladas, para que puedan de esa manera quedar sujetas dichas fianzas a las disposiciones del Código Civil.

De lo anterior, se puede concluir, que la forma de determinar -- cuando se trata de fianza civil y cuando mercantil, podríamos hacerlo por exclusión, es decir que las fianzas serán mercantiles cuando:

1. Se otorguen por individuos o compañías que constantemente ejecuten tales actos.

2. Que se extiendan en forma de póliza.

3. Que se anuncien públicamente por cualquier medio.

4. Las que se otorguen con intervención de agentes que las ofrezcan.

Otro criterio que podríamos tomar en cuenta para determinar cuando la fianza es civil o mercantil, podría ser siguiendo el carácter de la accesoriedad de la fianza, que sería cuando se garantiza una obligación principal que fuera civil, la fianza debería ser civil y cuando se garantizara una obligación principal mercantil, la fianza también -- debería ser mercantil.

El anterior criterio no puede ser útil, puesto que cabe la posibilidad de que una obligación civil sea garantizada por una póliza o --

por cualquier institución de fianzas o simplemente que dicha fianza se otorgue en contravención de cualquier hipótesis a que se refiere el -- artículo 2811 del Código Civil, máxime que cualquier fianza que sea -- otorgada por institución de fianzas, sólo por ese hecho será mercantil aunque la obligación sea civil.

Cabe también hacer notar, que dado el carácter de supletoriedad -- que tiene la legislación civil para con la legislación mercantil, será aplicable la reglamentación civil a la mercantil, aclarando que dicha supletoriedad surte efectos sólo cuando no exista reglamentación mer-- cantil, en atención al principio legal de la interpretación de lo general y lo especial, que obliga a que predomine la especial ante la general, razón por la cual solo cuando falte la reglamentación de la especial, se podrá aplicar la general, en atención a las reglas de la in-- terpretación jurídica.

En atención a su régimen jurídico:

1. Cuando está regido por el derecho común.
2. Fianza de empresa. Cuando el fiador es una empresa que tiene -- concesión del Estado.
3. Administrativa. Cuando la constitución de la fianza la impone un mandamiento legal para asegurar autorizaciones, como permisos, concesiones, etc. (40).

D. NATURALLEZA JURIDICA .

Antes de estudiar los elementos que nos han de dar como consecuencia la naturaleza jurídica del contrato de fianza, es conveniente seña

(40) APUNTES DE CONTRATOS, SEGUNDA PARTE. Tomados de la cátedra que -- imparte el Lic. Agustín García López. México, D. F. pag. 347.

lar de una manera general, que es un contrato de garantía, asimismo - distinguir entre los diversos contratos de garantía o de seguridad como también se les llama personales y reales.

Para ello, es conveniente saber cual es la situación de un acreedor que no tiene un contrato de garantía, el cual vendría a darle mayor seguridad a su posición de acreedor, aunque por disposición legal sabemos que de conformidad con el artículo 2964 del Código Civil, que dice: "El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que conforme a la ley son -- inalienables o no embargables".

Actualmente y tomando en cuenta el contenido del artículo anterior, podemos decir que la obligación en el derecho moderno se ha despersonalizado, ya que en el antiguo derecho romano el deudor respondía del cumplimiento de su obligación con su persona, toda vez que el -- acreedor podía venderlo o hacerlo esclavo si no cumplía, pero en la actualidad vemos que en la obligación más bien se presentan los patrimonios de dos sujetos, razón por la cual podemos manifestar que en la -- actualidad la garantía de los acreedores es el patrimonio del deudor, -- incluso si el deudor se llegare a insolventar, siempre y cuando no sea de manera fraudulenta, el acreedor o acreedores carecen de toda acción para intervenir en la conservación del patrimonio del deudor, debiendo entender que hay insolvencia cuando las obligaciones exigibles son superiores a su activo, es decir cuando es más lo que se debe que con lo que se cuenta para pagar dichas deudas.

Es fundamental tomar en cuenta que definitivamente el acreedor no tiene ninguna injerencia en la conservación del patrimonio del deudor, excepto cuando la insolvencia derive de actos fraudulentos, pero desafortunadamente para el acreedor, su acción nace hasta en tanto ya existan problemas de insolvencia.

El anterior principio de la manera más absoluta, lo podemos encontrar en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los -

Estados Unidos Mexicanos, mismos que se encuentran ubicados en la parte correspondiente a las garantías individuales.

El artículo 14 señala: "... nadie podrá ser privado de la vida, - de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho ...".

El artículo 16 señala: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento ...".

Por su parte el artículo 17 de la Carta Magna, dice: "Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil ...".

Analicemos ahora que puede hacer el acreedor en contra de su deudor, cuando cae en insolvencia:

En primer lugar, el acreedor dispone de la acción para concursar a su deudor, siempre y cuando éste suspenda el pago de sus deudas líquidas y exigibles. La declaración de concurso, será hecha por el Juez competente, mediante los trámites fijados en el Código de Procedimientos Civiles, como lo ordena lo dispuesto por el artículo 2965 del mismo ordenamiento legal citado, haciendo la aclaración que al respecto, actualmente se han creado los Juzgados de lo Concursal, quienes en todo caso son los competentes para conocer tanto de concursos (personas físicas), como de quiebras y suspensión de pagos (personas morales).

Otra acción que dispone el acreedor para intervenir en el patrimonio de su deudor, es la acción pauliana, llamada también acción revocatoria o en fraude de acreedores a que se refieren los artículos -- 2163, 2164, 2165 y 2166 del Código Civil, preceptos que facultan al -- acreedor para ir en contra del deudor que procede de mala fe, ocultan-

do sus bienes mediante enajenaciones fraudulentas, disminuyendo con -- ello su patrimonio que como decíamos anteriormente, en la actualidad -- es la garantía de sus acreedores, sin entrar al fondo de la acción pau-- liana, solamente señalamos que en la práctica es sumamente difícil el demostrarlo, ya que para que podamos decir que la enajenación de un -- bien propiedad del deudor no fue de buena fe, sino fraudulenta, se re-- querirá que el valor del bien y su precio sean discordantes entre sí y en conceptos de gente con conocimientos técnicos específicos, es de-- cir a través de un perito se demostrará que la cantidad fijada como -- precio, sea sumamente inferior al valor real o incluso cuando el deu-- dor disminuye su patrimonio contrayendo deudas para aumentar exagera-- damente su pasivo a través de argucias y generalmente simulando los -- actos, es decir, las enajenaciones o las deudas.

Esta situación que lleva consigo la extrema dificultad de poder -- intervenir en la conservación del patrimonio del deudor, ya que como -- vemos, la ley autoriza que intervenga cuando posiblemente es demasiado tarde, situación que seguramente el legislador observó al crear el ar-- tículo 2852 del Código Civil, que impone la obligación a la persona -- ante quien se otorgue la fianza legal o judicial, el dar aviso al Re-- gistro Público de la propiedad y del Comercio, a efecto de que haga -- las anotaciones correspondientes; sin duda la función primordial de la anotación hecha en dicho registro, representa una prueba preconstitui-- da, aunque notamos que se trata de una disposición un tanto aislada y -- encuadrada en la fianza legal y judicial, sin que a nuestro juicio se considere como una prueba contundente para combatir las acciones reali-- zadas por el deudor en perjuicio de su acreedor.

Es notorio, hasta que momento puede intervenir el acreedor en la conservación del patrimonio del deudor, que en otras palabras es la ga-- rantía del acreedor, situación que lo deja en desventaja e incluso le imposibilita el asegurar el pago de su crédito.

Dicho lo anterior, procedamos a analizar los contratos de garan-- tía, mediante los cuales el acreedor puede asegurar la recuperación -- total de la deuda.

Al efecto nuestro Legislador establece los siguientes contratos, que se clasifican en reales y personales:

Por contratos de garantía real, se entiende que se da una garantía sobre un bien o sobre ciertos bienes, y personales cuando la garantía la dan las personas.

Tenemos pues, que los contratos de garantía real son la hipoteca y la prenda, y como garantía personal el contrato de fianza.

Señalemos algo sobre el contrato real de prenda mediante el cual el acreedor puede asegurar su crédito, evitando incluso la insolvencia del deudor, afectándole para tal fin algún bien (mueble), el cual le ha de servir de garantía del cumplimiento de la obligación, ya que éste es plenamente identificado, creando en favor del acreedor un derecho real, (res-rei= cosa) y de preferencia; lo cual motiva que sea preferido el acreedor para pagarle su crédito con el valor de esa cosa mueble.

Ahora veamos algo respecto del contrato de hipoteca, también constituye una garantía real que necesariamente ha de versar sobre un bien inmueble, constituyendo también un derecho sobre la cosa y perseguible ante cualquier adquirente o detentador, así como un derecho de preferencia para ser pagado el gravamen que reporta en favor del acreedor.

Los anteriores comentarios hechos en el sentido de que se tiene el derecho sobre la cosa, cuestión que ha sido muy discutida por la doctrina, diciendo ésta al respecto que los derechos se dan entre las personas y no entre las cosas, tal situación debemos entenderla por cuanto hace a quienes es oponible, que obviamente debe ser a todas las personas, entablando así la interrelación del derecho y la obligación correlativa.

El contrato de fianza, como contrato de garantía, diríamos que en contraposición al real, esta es de seguridad personal, mediante la cual el acreedor para evitar que no sea cubierto su crédito o por lo

menos disminuir las posibilidades de incumplimiento, hace añadir a su deudor, otro deudor accesorio, así pues, el acreedor tendrá más opciones de cobrar su crédito, ejercitando la acción en contra del deudor principal y en su caso en contra del fiador.

De lo anterior podemos concluir que la naturaleza jurídica del -- contrato de fianza es de garantía personal, es de carácter accesorio, -- toda vez que se instituye para el caso de que el obligado principal no cumpla, es decir, que el contrato de fianza es de consecuencia⁽⁴¹⁾; es unilateral, porque solo engendra obligaciones para el fiador; es gratuito, porque el fiador adquiere la obligación de cumplir con el deudor -- si éste no lo hace, no obtiene un beneficio, una ventaja, solamente -- una carga, también porque no hay reciprocidad en los provechos y en -- los gravámenes, sino que los beneficios son para el acreedor y las cargas para el fiador; es consensual, porque se forma por el mero consentimiento de las partes, sin ninguna formalidad para la validez del -- contrato, exigiendo únicamente por nuestra legislación que éste sea -- expreso, es decir, que la intención de las partes debe quedar de manera clara en el sentido de que el fiador se obliga a cumplir por el deudor si éste no lo hace, de conformidad con los artículos 2808 y relativos del Código Civil.

E. FINES DEL CONTRATO DE FIANZA .

Al respecto, se pretende tratar de señalar los fines importantes del contrato, considerando que para su estudio es conveniente procurar observar tales fines desde un punto de vista jurídico y económico, fundamentalmente, procediendo a continuación al análisis de los fines desde el punto de vista jurídico.

Fines jurídicos del contrato de fianza.

La fianza como contrato de garantía personal, que surte efectos -- solo para el caso de que el deudor principal no lo haga, tiene como -- fin jurídico primordial, la de garantizar el cumplimiento de la obli--
 (41) Lozano Noriega, Francisco. Ob. Cit. p. 383.;

gación creada en favor del acreedor principal, es decir, que el acreedor precavido al solicitar la fianza, tiene dos opciones posibles para el pago de su crédito, toda vez que tiene la garantía personal de los patrimonios, tanto el del deudor principal, como el del fiador, que le responden de la recuperación de su crédito, disminuyendo con ello las posibilidades de que se presente la insolvencia.

También tiene como fin jurídico, el de asegurar el resultado de los litigios, ya que es más difícil que ambos ~~deudores~~ se insolventen y luego entonces, tengan bienes suficientes para materializar las resoluciones que en dado caso resultarían.

De lo anterior se observa claramente que el fin jurídico principal del contrato de fianza, ya sea convencional, legal o judicial, es la de garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

Fines económicos del contrato de fianza.

Desde el punto de vista económico, tiene también importantes fines, como lo es el que el acreedor tiene a su favor como garantía de su crédito dos o más patrimonios que le responden del pago, es decir, que el acreedor alarga la responsabilidad patrimonial, en el sentido de que a la responsabilidad ofrecida por el deudor principal, se le añade la de otro patrimonio, que es el del fiador.⁽⁴²⁾

También tiene una función de auxilio económico para las personas que pretenden contratar y no tienen por el momento recursos, ni patrimonio o de plano carecen de toda solvencia y por ende la confianza ante el acreedor sería nula, pero a través de la fianza se puede suplir tal problemática, como sería el caso de que el hijo pretende formar su propio negocio y carece de bienes, recursos, etc., pero el padre o el amigo le sirven de fiador en sus actos a realizar, impulsándolo con - - ello al desarrollo personal.

(42) Cfr. Zámora y Valencia, Miguel Angel, Ob. Cit. p. 285.

Así pues, tenemos que el contrato de fianza no es una figura -- creada para la especulación, sino que se ha concebido como una operación o contrato de benevolencia al servicio del amigo, del hijo, etc., toda vez que no importa para su autor el derecho de realizar una ganancia y que debe saldarse simplemente para él por la ausencia de pérdida, es decir, por el reembolso de sus pagos, si esto sucediera.

Por ello se puede afirmar que la fianza es un contrato que tiene fines muy nobles, situación que nuestro legislador observó, motivo -- por el cual considero como justo que el que paga pueda ser investido -- de las acciones del acreedor, a través de la sola subrogación, no para que obtenga un lucro, sino para pedir el reembolso, tampoco de la -- deuda total, sino de la cantidad que realmente haya desembolsado, incluso por ello la constitución de la fianza puede hacerse en contra de la voluntad del deudor principal y el derecho al reembolso también es independiente a la voluntad de las partes, dada la subrogación que -- opera por ministerio de ley, situaciones que considero le dan el carácter peculiar al presente contrato.

CAPITULO TERCERO

DE LOS EFECTOS DEL CONTRATO DE FIANZA.

En el presente capítulo se hablará del contrato de fianza, en su estructura interna, en su formación, concepto, elementos, tipos, etc., en general lo relativo al contrato, ahora se verán los efectos que causa cuando ya se encuentra legalmente celebrado.

Para lograr estudiar los efectos jurídicos de dicho contrato, es pertinente analizar las relaciones que genera respecto a las personas que intervienen directamente en su celebración, como lo son el acreedor principal y el fiador, así como las que genera respecto de estos con el deudor principal e incluso las relaciones que se presentan entre los fiadores cuando hay pluralidad.

También se estudiarán los beneficios de que disponen los fiadores para el caso de cumplimiento del deudor y que tienen aplicabilidad solo cuanto existe de por medio demanda judicial.

Empezaré con el estudio del primer inciso del capítulo, que trata de los efectos que se dan entre el deudor y el fiador.

A. ENTRE EL DEUDOR Y EL FIADOR.

El contrato de fianza se forma entre el acreedor y el fiador, no obstante produce efectos para el deudor, independientemente de que sea o no parte en el mismo.

Veamos que sucede cuando el fiador cumple por el deudor principal y este ha prestado su consentimiento, situación en la cual adquiere ciertas acciones el fiador, como el derecho de repetir contra el deudor principal por determinados conceptos. Si el deudor principal ignora la constitución de la fianza, ya el fiador podrá repetir menos; y si el deudor principal se ha opuesto a la constitución de la fianza, en-

tonces en las relaciones que se establecen entre el fiador y el deudor tiene el fiador derecho a exigir menos de dicho deudor.

El autor Lozano Noriega, al respecto señala: "Para estudiar de -- una manera ordenada las relaciones o efectos que produce la fianza entre fiador y deudor, es necesario colocarnos en dos momentos: Antes de que el deudor haga el pago; y después de que ha hecho el pago".⁽⁴³⁾.

En cambio el autor Rojina Villegas nos dice que: "Las relaciones jurídicas entre el fiador y el deudor, comprenden dos cuestiones fundamentales:

a) Derechos del fiador para ser reembolsado y ejecutar al deudor por virtud del pago hecho;

b) Derechos del fiador para que se le releve de la fianza."⁽⁴⁴⁾.

Aunque los dos autores tratan los mismos puntos, es conveniente seguir con la opinión de Lozano Noriega, puesto que se refiere a cada momento en particular.

Estudemos los efectos que produce la fianza entre el fiador y el deudor, hasta antes de que el fiador haga el pago.

Por ser el contrato de fianza generador de la garantía de la obligación del fiador de pagar al acreedor si es que el deudor principal - no paga, propiamente las relaciones son mínimas, hasta antes de hacer el pago el fiador, incluso, si paga el deudor principal, podríamos decir que no surte ningún efecto, ya que el pago hecho por el deudor ex-

(43) Lozano Noriega, Francisco. Ob. Cit. p. 377.

(44) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Ob. cit.- p. 321.

tingue automáticamente la fianza.

No obstante lo anterior, el artículo 2836 del Código Civil, dice: "El fiador puede aún antes de haber pagado, exigir que el deudor asegure el pago o lo releve de la fianza:

- I. Si fuere demandado judicialmente por el pago;
- II. Si el deudor sufre menoscabo en sus bienes de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente;
- III. Si pretende ausentarse de la República;
- IV. Si se obligó a relevarlo de la fianza en tiempo determinado y este ha transcurrido;
- V. Si la deuda se hace exigible por vencimiento del Plazo;".

Efectivamente, el fiador tiene ante sí el riesgo de ser obligado a cumplir con la obligación del deudor principal, por ello se dice que dicho fiador obviamente tiene interés jurídico en la obligación principal, ya que puede verse expuesto a un juicio que le implicaría el riesgo de ser afectado en sus bienes, así como en su reputación.

Cabe hacer notar que en caso de que el fiador quiera hacer el pago al acreedor, deberá notificar al deudor, es decir, que no basta con el simple temor de que pudiese verse envuelto en un juicio o para evitarse molestias haga el pago, sino que el fiador puede llamar a juicio al deudor, puede exigirle que garantice de alguna manera el pago para con ello evitarse riesgos de ser condenado por la sentencia o en su defecto, que le releve de la fianza.

Es prudente aclarar que poco importa que el fiador haya renunciado a los beneficios de orden y excusión, los cuales se estudiarán posteriormente, porque la renuncia aprovecha al acreedor y no al deudor y para que el fiador solicite que el deudor garantice la deuda y en su caso lo releve de la fianza, lo que puede solicitar independientemente de que haya o no renunciado a los beneficios antes citados.

Lo expuesto por el artículo anterior es criticable, toda vez que

deja al acreedor ante una inseguridad jurídica, puesto que al fiador se le concede el derecho de que sea relevado de la fianza, lo que resulta absurdo, ya que tal parece que la obligación contraída por el fiador se dejara al capricho, lo que va en contra del principio jurídico que dice: El cumplimiento de las obligaciones no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1797 del Código Civil), sin que obste el hecho de que el acreedor pueda exigir nuevo fiador y la ley dice que se trata de un relevo que no necesariamente implica una substitución.

Nótese que de la lectura del precepto 2836 del Código Civil, se observa que su aplicabilidad procede antes de haber pagado el deudor y si analizamos lo que señalan las fracciones I, III y V del mismo, nos daremos cuenta necesariamente de la ineficacia del contrato de fianza, puesto que es totalmente absurdo y en consecuencia para el acreedor no representa ninguna garantía, incluso podríamos decir que dado el contenido del artículo en cuestión, destruye en lo absoluto al contrato de fianza puesto que el fiador tiene a su arbitrio la facultad de invocar lo para pedir que se le releve de la obligación contraída.

Sin lugar a dudas y analizando todo el contenido del artículo anterior, considero que a excepción de la fracción IV del mismo, que por lo menos deriva de la voluntad de las partes o que es posible que el acreedor a quien interesa la garantía si no del todo segura, por ser de carácter personal, sí por lo menos que tenga seguridad jurídica, como podría ser si se impusiera la obligación al deudor de informar al acreedor de dicho pacto, para que así pudiera decidir si se arriesga o no a contratar, situación que tiene su origen en la voluntad pero no de un artículo que a mi juicio es absurdo.

Imaginemos que un fiador es demandado judicialmente por el pago (fracción II, art. 2836 del Código Civil), éste sabe, incluso le consta que el deudor actualmente es insolvente; (fracción III) que el deudor se va del país (fracción V) sabe que la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo, diría, perfecto deudor te dejo con tu problema

ma y tu acreedor, arreglatelas como puedas, al fin que yo fiador nada tengo que cumplir puesto que en base al artículo 2836 del Código Civil, el deudor debe asegurarte el pago y si no lo puedes asegurar me -deberá relevar de la fianza.

De lo anterior, salta a la vista lo absurdo del precepto e injusto y lo menos que podría decir el acreedor sería, momento, el contrato de fianza lo celebramos entre tu fiador y yo acreedor, y ahora me cumples puesto que para prever precisamente los riesgos y tener más posibilidades de recuperar mi crédito, máxime que para ese fin fue creada la figura jurídica de la fianza, para no tener solo la opción con el deudor principal, sino con otro fiador, dicho en otras palabras, para tener más patrimonios que cubran en dado momento el crédito, diría el acreedor que no es legal que lo pactado entre nosotros puedas deshacere lo cuando quieras, exonerándote de las obligaciones legalmente contraidas, se preguntaría también donde quedo la Garantía Constitucional de la seguridad jurídica de la legalidad, porque mi acreedor sí me obliga al pacto celebrado y porqué al fiador no, siendo que éste también se -obligó legalmente y que al igual que el acreedor, debe correr un riesgo, sin embargo en base al artículo citado, no podemos decirle, ahora cumples fiador, puesto que para ello te obligaste.

Como se puede ver, dicho precepto destruye todos los fines del -- contrato de garantía personal, como lo es la fianza, incluso el pre--cepto da la misma impresión de chocar con la garantía de legalidad y -seguridad jurídica a que se refiere nuestra Constitución Política de -los Estados Unidos Mexicanos y a que se refieren los artículos 14 y -16, situación que no es posible admitir, por lo que se considera que -debería derogarse por echar por tierra todo lo que es la fianza e incluso ser violatorio de las garantías referidas, sobre todo de seguridad jurídica a excepción de la fracción IV del precepto, por las razones que anteriormente se señalaron, la cual tampoco debe afectar al -- acreedor.

El autor Lozano Noriega, al respecto dice: "Estas relaciones que

se establecen entre el fiador y el acreedor antes de que éste haga el pago, se establecen por lo inmediato en que se encuentra el fiador de hacer el pago..."(45).

El anterior argumento no justifica la existencia del precepto, - ya que no se puede concebir que el fiador tenga tales facultades, porque en todo caso las obligaciones contraídas por éste en un contrato - legalmente celebrado, su cumplimiento quedaría al arbitrio del fiador, situación que viola el principio a que se refiere el artículo 1797 del Código Civil, que dice: "La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes", por lo que - insisto, tal disposición legal debe derogarse, dada la problemática -- que genera y la inseguridad jurídica en que deja al acreedor, a quien incluso pudiera no convenirle el que por haber relevado al fiador, tenga que aceptar otro en su lugar.

Analizando el único precepto que genera relaciones jurídicas para el fiador y el acreedor hasta antes de que éste haga el pago; procedamos a estudiar los efectos que se originan cuando el fiador hace el pago, así como de las acciones de que se dispone para el reembolso y cómo lo puede reclamar procesalmente.

Relaciones que se establecen entre el fiador y el deudor, cuando aquel ha pagado:

La regla general la encontramos en lo dispuesto por el artículo - 2828 del Código Civil, que dice:

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

(45) Lozano Noriega, Francisco. Ob. Cit. p. 378.

Por su parte el artículo 2830 del mismo ordenamiento legal citado señala otra regla general, al decir: "El fiador que paga, se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor".

Ahora veamos que puede reclamar el fiador del deudor cuando ha -- pagado, al respecto el artículo 2829 del Código Civil, nos señala: "El fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste:

I. De la deuda principal;

II. De los intereses respectivos, desde que haya noticiado el pago al deudor, aún cuando éste no hubiere obligado por razón del contrato a pagarlos al acreedor;

III. De los gastos que haya hecho desde que dio noticia al deudor de haber sido requerido de pago; y

IV. De los daños y perjuicios que haya sufrido ha causa del deudor".

Tenemos pues, que cuando el fiador paga por el deudor, éste tiene derecho a ser indemnizado por el deudor de los conceptos a que se refiere el artículo 2829 antes citado, independientemente de la voluntad del deudor en la constitución de la fianza.

Cómo opera esta indemnización: Mediante la subrogación legal que se deriva del artículo 2830 del mismo ordenamiento legal, hasta este momento consideramos que no existe ningún problema, pero que sucede si la fianza se otorga en contra de la voluntad del deudor.

La última parte del artículo 2828 del Código Civil nos da la pauta, al decir: "... si ésta se hubiera otorgado contra la voluntad del deudor, no tendrá derecho alguno el fiador para cobrar lo que pagó, -- sino en cuanto hubiere beneficiado el pago al deudor".

Nótese que existe una contradicción que no podemos considerar co-

mo la excepción que confirma la regla, ya que la primera parte de dicho artículo señala que la indemnización a que tiene derecho el fiador procede, independientemente de la voluntad del deudor; por otro lado nos dice, pero si la fianza se otorgó en contra de la voluntad del deudor, es decir, que también debe ser indemnizado, sólo que ahora tiene el problema de determinar el concepto de lo útil jurídicamente o en -- cuanto le benefició al deudor el pago hecho por el fiador.

Aparentemente lo antes señalado disminuye el derecho del fiador para ser indemnizado, aunque consideramos que no es así, puesto que en base a que concepto podemos determinar lo útil del pago, ya que sin lugar a dudas, si el deudor principal debe la cantidad de \$5,000.00 (CINCO MIL PESOS 00/100 M.N.) y el fiador la paga, difícilmente podríamos decir que para él esos cinco mil pesos, sólo representan el beneficio o la utilidad de cuatro mil pesos y sí quisieramos encontrar la utilidad a que se refiere el precepto, en cuestiones diferentes como sería, si el deudor no tiene para pagar la deuda y lo van a ejecutar en sus insuficientes bienes y afectan su reputación, no obstante se opuso expresamente a la constitución de la fianza, en este caso necesariamente tiene que salir en su auxilio el fiador, pero por la sola razón de la oposición del deudor a la constitución de la fianza, dicho fiador no podrá ser indemnizado sino sólo de la utilidad o beneficio que represente su pago para el deudor, lo anterior no es posible, máxime que el fiador tiene la facilidad para acreditar el monto de la cantidad que pagó al acreedor.

Por lo anterior se puede observar claramente, que la segunda parte del precepto en nada afecta la regla general, además de que la subrogación opera por ministerio de ley, como lo señala el artículo 2058 del Código Civil, que ordena "la subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados ... fracción II.- cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación...".

Veamos como tampoco son excepciones a la regla general y a la su-

rogación, los problemas que generan las siguientes hipótesis contenidas en los artículos 2831, 2832, 2833, 2834 y 2835 del Código Civil.

El artículo 2831 señala: "Si el fiador hubiese transigido con el acreedor, no podrá exigir del deudor sino sólo lo que en realidad haya pagado".

Tal precepto no presenta ningún problema a la regla general, puesto que el artículo 2828 atinadamente habla de indemnización, la cual cumple con la función de la fianza, porque no es una figura que haya sido creada para la especulación, lo que sucedería si el fiador cobraría más de lo que tiene derecho a reclamar.

El artículo 2832 del Código Civil, señala: "Si el fiador hace el pago sin ponerlo en conocimiento del deudor, podrá éste oponerle todas las excepciones que podría oponer al acreedor al tiempo de hacer el pago".

Tampoco destruye la regla general, sólo que faculta al deudor para oponer todas las excepciones que tendría en contra del acreedor, -- situación que no se le puede negar, dada la subrogación que opera, es decir que en el fondo se trata de la misma obligación y cualquier excepción personal que se tuviera respecto del pago sería problema de -- repetir o en su caso de reducción de la fianza en forma correlativa a la obligación principal.

El artículo 2833 del mismo ordenamiento legal, dice: "Si el deudor, ignorando el pago por falta de aviso del fiador, paga de nuevo, -- no podrá éste repetir contra aquél, sino sólo contra el acreedor".

En efecto ya que el deudor cumplió en forma natural y si tomamos en cuenta que el contrato de fianza surte sus efectos, sólo cuando el deudor no pague, razón por la cual ya no se trata de una repetición, -- puesto que al pagar el deudor, automáticamente se termina la fianza, -- dado que es accesoria, por ello el fiador tendrá acción pero en con--

tra del acreedor, acción que ya no deriva del contrato de fianza porque ésta se extinguió con el pago hecho por el obligado principal, sino que tendrá acción de enriquecimiento ilegítimo o sin causa, situación que por ser ajena a la fianza deja intacta su regla general relativa al pago.

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

De cualquier forma, el derecho a la indemnización queda inalterable, por cuanto hace a la última parte de dicho precepto, la situación es más procesal por lo siguiente: Al pagar al fiador por virtud de fallo judicial, dicha sentencia en nuestro Derecho adquiere el carácter de título ejecutivo y por ende trae aparejada ejecución y su cumplimiento, podríamos decir que es más simple puesto que la ley mercantil expresa claramente y de una manera limitativa cuales son las excepciones que se pueden oponer, por ello consideramos que es irrelevante la última parte del precepto en comento.

Lo relativo al cumplimiento del fallo judicial, se tratará en un punto posterior y de una manera más amplia, ya que por el momento sólo se hizo el comentario.

Artículo 2835 del Código Civil, por su parte dice: "Si la deuda - fuere a plazo o bajo condición y el fiador la pagare antes de que - - aquél o ésta se cumplan, no podrá cobrarla del deudor sino cuando -- fuere legalmente exigible".

Lo anterior es lógico, puesto que la fianza tiene el carácter de accesoria, tiene que estar a expensas de la obligación principal, por ende hasta en tanto no se cumpla el plazo o se dé la condición no pode

mos decir que la obligación principal se haya cumplido, dicho en otras palabras, no se puede ni pensar siquiera que el deudor no cumplió, requisito sin el cual el fiador no se encuentra legitimado para cumplir con su obligación contraída, que es la de pagar si el deudor no lo hace, motivo por el cual se le obliga a dicho fiador a esperar que la obligación principal sea exigible.

De lo antes señalado, se puede concluir que el derecho a la indemnización que tiene el fiador después de hacer el pago por el deudor, se mantiene inalienable por cualquier situación que se presente, ya que este derecho se deriva de la regla general que tratamos en el estudio del artículo 2828, así como de la subrogación que opera por ministerio de ley en términos de lo dispuesto por los artículos 2058 - fracción II y 2839, ambos del Código Civil.

Con lo anterior, consideramos que hemos visto lo relativo al derecho del fiador para ser indemnizado o reembolsado de lo pagado, así como por la subrogación legal, ahora veamos los procedimientos que se pueden gestionar a fin de obtener la indemnización.

Al respecto el autor Rojina Villegas nos dice que el fiador tiene dos procedimientos en contra del deudor: "El de la subrogación y el del juicio ejecutivo que puede seguir el primero en contra del segundo". (46).

Respecto del procedimiento derivado de la subrogación y tomando en cuenta el contenido del artículo 2829 del Código Civil, que nos dice que es lo que el fiador tiene derecho a reclamar del deudor una vez que ha pagado, precepto que faculta al fiador en su fracción II a cobrar intereses, aún cuando el acreedor no tuviere derecho a los mismos, de acuerdo a los términos del contrato principal, así como a exi-

(46) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Ob. cit. - pág. 321.

gir los gastos erogados y los daños y perjuicios sufridos por causa -- del deudor, debe considerarse que no sólo existe la subrogación en todos los derechos del acreedor, sino que además, un derecho a la indemnización por cuanto hace a los intereses, daños y perjuicios, lo que da origen además a la acción derivada de la subrogación, es decir de reembolso a la acción de indemnización o reparación equitativa en cuanto a las mermas sufridas en el patrimonio del fiador y la privación de las ganancias o intereses que pudo haber obtenido de no haber pagado -- por culpa del deudor, al no cumplir con su obligación.

Estas acciones necesariamente quedan supeditadas a la procedencia y exigibilidad de la subrogación e indemnización como cuestión natural, por ende los problemas que pudieran sufrir son más procesales que de origen, puesto que el resultado depende de las excepciones y defensas interpuestas y la factibilidad de su comprobación, situación que -- necesariamente determina un fallo judicial conforme a derecho.

Por cuanto hace a la suerte principal, en todas las hipótesis -- prospera, dado el derecho que le asiste al fiador derivado de la subrogación del crédito en contra del deudor, teniendo como excepción la -- que se deriva del artículo 2833 del Código Civil, es decir, que cuando el deudor paga al acreedor aunque el fiador haya pagado con anterioridad, en este caso al demandar al deudor, opondría la excepción perentoria, la cual necesariamente resultaría procedente, situación que -- obligaría al fiador a repetir contra el deudor, por una acción ya no derivada de la fianza sino de la acción de enriquecimiento sin causa.

Otra de las excepciones que podría oponer el deudor sería la que se refiere al artículo 2885 del Código Civil, es decir, que el fiador no podrá reclamar del deudor el pago hecho, cuando la obligación principal se encuentra bajo condición o plazo, siendo por tal motivo inexigible, pero esta excepción no sería perentoria ya que no afecta la acción de reembolso, sino que solamente dilata su exigibilidad, por ello tal excepción es dilatoria.

acción es independiente de la acción derivada de la subrogación, aunque no podemos decir que sean contradictorias, más bien complementarias, por lo que no siempre prosperan las dos, sino que pudiera ser -- que esta última no procediese como sería el caso, cuando el fiador no notifica al deudor el pago que va a hacer o que hizo, en tales casos -- tendrá derecho al reembolso de la suerte principal, no así los intereses que en todo caso deben ser legales a razón del 9% anual, por tratarse de fianza civil y esta no permitir la especulación.

La misma opinión consideramos que es aplicable a la indemnización de daños y perjuicios que pudiera sufrir el fiador, agregando que procesalmente es difícil acreditar esta prestación.

Por lo anterior señalado, podemos considerar que cuando se trata de un procedimiento judicial derivado de las acciones de subrogación y de indemnización, no es legal coartar la defensa del deudor limitándolo a excepciones y defensas específicas o previamente determinadas por la ley, ya que se corre el riesgo de violar sus garantías constitucionales, como podría ser la garantía de audiencia y de legalidad.

Analicemos ahora el segundo procedimiento judicial que el fiador puede intentar en los casos de que haya pagado mediante fallo judicial.

En virtud de que las sentencias ejecutoriadas, por disposición legal se convierten en títulos ejecutivos, es decir de los que traen aparejada ejecución, faculta al fiador para reclamar del deudor el pago a que tiene derecho mediante el juicio ejecutivo mercantil, situación -- que de alguna manera le facilita la recuperación de lo que haya pagado o que en su caso tenga derecho, haciendo notar que las excepciones que podría oponerle el deudor son reglamentadas por la ley mercantil, sin que obsten para negarle el derecho de oponer las excepciones que consisten en dere pertinentes, al fin y al cabo, estarían sujetas al resultado del procedimiento.

Consideramos que en estos términos debería ser la reglamentación

del contrato de fianza, en lo que se refiere a las relaciones jurídicas que existen entre el fiador y el deudor, dejando de alguna manera que la voluntad de las partes contratantes (acreedor y deudor) tenga la sanción correspondiente, es decir, que debe tener una firmeza que sea acorde con la seguridad jurídica de las partes a efecto de que tenga dicho carácter ante cualquier persona sin importar que conlleve a adquirir los riesgos legales y naturales de cualquier obligación crediticia, puesto que su fuente debe considerarse que emanó de la expresión de la voluntad lisa y llana, situación que dejaría en igualdad jurídica tanto al acreedor como al fiador, corriendo en consecuencia los riesgos de su crédito, en la misma igualdad, es decir, que si el acreedor no pudiera recuperar su crédito del deudor, pero sí del fiador, éste sería un problema derivado del riesgo contraído mediante el contrato respectivo y en nada debe importar que el fiador mucho menos pueda ser reembolsado del mismo deudor puesto que a eso se expuso libremente, situación que consideramos debería ser y no como nuestra legislación reglamenta, es decir, que si para el acreedor hay insolvencia tanto del deudor como del fiador ya no podrá cobrar su crédito, puesto que a eso se expuso, lo que deriva de la firmeza de las obligaciones contraídas, firmeza que a nuestro criterio el artículo 2828 del Código Civil deja por los suelos por cuanto hace a la obligación del fiador, al darle tales facultades inconcebibles jurídicamente, que incluso dan la impresión de ser un juego, es decir, que si se es fiador hasta en tanto no haya problemas, dejando en total desventaja al acreedor, por lo que se considera que dicho precepto es contradictorio con los principios de igualdad jurídica, seguridad jurídica y el principio que se deriva del artículo 1797 del Código Civil, que dice: "La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Razones por las cuales se considera que debe derogarse el artículo 2828 del Código Civil.

B. ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR.

En este inciso trataremos lo relativo a los efectos del contrato de fianza, ya que el mismo se origina precisamente entre ellos, es decir entre el acreedor y el fiador, por tal motivo analizaremos las re-

laciones jurídicas que se derivan del contrato, así como los efectos - del mismo.

El contrato de fianza tiene como obligación fundamental la de que el fiador cumpla por el deudor si éste no lo hace, es decir que es el efecto principal del contrato, dicho en otras palabras, la obligación del fiador lo es solo en defecto del cumplimiento del deudor principal, razón por la cual el fiador no puede ser compelido a pagar ni puede ser demandado antes que el deudor, dado el carácter de accesoriedad de la fianza, por eso el Autor Lozano Noriega, nos dice "que la obligación del fiador es de consecuencia, debido a que surte sus efectos -- hasta en tanto el deudor principal no cumpla"⁽⁴⁷⁾. Situación que corrobora la dispuesto por el artículo 2814 del Código Civil, que dice: "El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor ...". Aunque es pertinente señalar que podrían ser demandados al mismo tiempo tanto el deudor como el fiador, si es que éste renunciara a lo que se llama "los beneficios", los cuales se estudiarán en incisos siguientes:

Analicemos ahora las relaciones jurídicas que se derivan del contrato de fianza celebrado, como ya se mencionó entre el acreedor y el fiador, tomando en cuenta que la finalidad de la fianza es la de garantizar el cumplimiento de la obligación contraída por el deudor principal, consideramos pertinente hacer el análisis desde el punto de vista de lo que pueda hacer el fiador, en caso de que el deudor no cumpla su obligación, motivo por el cual y dada la naturaleza jurídica de la -- fianza, veremos que en realidad las relaciones jurídicas que hacen frente al problema del pago inminente que deberá hacer el fiador.

La regla general que existe en favor del deudor la encontramos en lo dispuesto por el artículo 2812 del Código Civil, que dice: "el fiador tiene derecho a oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal más no las que sean personales del deudor".

(47) Lozano Noriega, Francisco. Ob. Cit. p. 383

Al efecto, debemos estudiar las causas que extinguen la obligación principal que como consecuencia acarrear o derivan la extinción de la fianza, las cuales en realidad podríamos considerar como excepciones inherentes al contrato de fianza, ya que extinguen en vía de consecuencia dicho contrato dejando subsistente en todo caso la obligación principal.

Veremos también las causas que originan la extinción de la fianza en forma directa, liberando al fiador del pago a que se obligó.

De lo anterior es conveniente hacer la distinción entre las causas que extinguen la fianza en vía de consecuencia, esto es por la extinción de la obligación principal, las que constituyen las excepciones inherentes a la misma de las causas, de las que extinguen la fianza en forma directa, dejando intacta la obligación principal, haciendo notar que estas excepciones las puede hacer valer el fiador exclusivamente.

El fiador dispone también de las excepciones que derivan de los beneficios de orden, excusión y división, los que se tratarán en los incisos subsecuentes.

Excepciones inherentes a la fianza:

1. La nulidad que derive del contrato de fianza, por contener algún vicio del consentimiento, como lo son: el error, dolo, mala fe, violencia, incapacidad y falta de forma, ya que la ley exige que conste expresamente, estas causas dan origen a la nulidad relativa en el contrato de fianza.

2. "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la Ley". Artículo 225 del Código Civil. En realidad cuando se trata de ilicitud generalmente hay nulidad absoluta.

3. Las excepciones que se deriven de la confusión, compensación o

remisión entre el fiador y el acreedor.

Hay confusión cuando en una misma persona se reúnen las calidades de fiador y acreedor, haciendo notar que en este caso la obligación -- principal subsiste, caso contrario sería cuando se reunieran en la misma persona las calidades de deudor y fiador.

Hay compensación cuando entre el fiador y el acreedor hay calidades de deudores y acreedores a la vez.

La remisión extingue la fianza cuando el acreedor perdona o libera expresamente al fiador, según el artículo 2210 del Código Civil, -- que dice: "La condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias, pero la de éstas dejan subsistente la primera". Es decir que la remisión de la fianza extingue a la misma, pero no a la obligación principal, en cambio la remisión de la deuda principal sí -- extingue la fianza.

Cuando hay varios fiadores, el perdón que se otorgue sólo a uno -- de ellos lo libera de la fianza, es decir que no aprovecha a los otros según lo dispuesto por el artículo 2211 del Código Civil.

El artículo citado anteriormente debe relacionarse con el precepto 2844 del mismo ordenamiento legal, ya que ese señala: "La liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores sin el consentimiento de los otros, aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado", a este respecto cabe resaltar que dicho precepto impone la obligación al acreedor de obtener el consenso de -- los demás fiadores, razón por la cual no es posible aplicar lo que -- ordena el artículo 2211 del Código Civil de una manera pura y simple, -- máxime que el artículo 2844 se ubica dentro de la reglamentación relativa a las relaciones jurídicas que se dan entre el acreedor y el fiador, de tal suerte que en caso de que haya perdón para uno sólo de los fiadores sin el consentimiento de los demás, aprovechará a los demás -- fiadores hasta en la parte proporcional que hubiera correspondido al -- fiador liberado.

Los dos artículos anteriores generan grandes problemas de interpretación, puesto que no se distingue de cuando se trata de solidaridad o mancomunidad o en su caso de reglamentación especial del contrato de fianza y más aún si estos dos artículos (2211 y 2844) se comparan con lo dispuesto por el artículo 2837, todos del Código Civil, estudio que se realizara de una manera más profunda en el inciso siguiente.

4. El fiador también puede oponer la excepción inherente al contrato de fianza que deriva de lo dispuesto por el artículo 2864 del Código Civil, que dice: "La prórroga o espera concedida al deudor por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza".

La anterior disposición, considero que es acorde con la naturaleza del contrato de fianza, puesto que al variar los términos y condiciones de la obligación principal, necesariamente debe ser motivo de una nueva fianza, la que sería totalmente una nueva contratación, aunque pudiera ser que a través de un pacto expreso se reservara esta garantía al acreedor, debiendo consentir el fiador, situación que no deja de ser un nuevo otorgamiento de la fianza que obviamente no podrá exceder del monto de la obligación principal, como lo señala el artículo 2021 y 2221 del Código Civil.

Es decir que cuando hay novación en la obligación principal se extinguirá la fianza, salvo pacto expreso y en su caso, la celebración de un nuevo contrato de fianza.

5. El artículo 2847 del Código Civil señala: "La quita reduce la fianza en la misma proporción que la deuda principal y la extingue en el caso de que, en virtud de ella, quede sujeta la obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones".

Por cuanto hace a la segunda parte de dicho precepto, cabe el comentario realizado en el inciso anterior.

6. También el fiador puede oponer las excepciones de caducidad a

que se refieren los artículos 2848 y 2849 que señalan: El fiador que se ha obligado por tiempo determinado queda libre de su obligación, si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo, también quedará libre de su obligación el fiador cuando el -- acreedor sin causa justificada deje de promover por más de tres meses en el juicio entablado por el deudor.

Tanto el precepto anterior, como lo dispuesto por el artículo -- 2849 contienen los mismos elementos, como son: la liberación del fiador cuando el acreedor no requiere judicialmente al deudor el cumplimiento de la obligación contraída, así como la liberación del fiador -- cuando el acreedor sin causa justificada deja de promover el juicio -- entablado por más de tres meses.

La diferencia que se observa de los artículos anteriores, es que el primero habla de la obligación del fiador por tiempo determinado y el segundo por la fianza con tiempo indeterminado o sin sujeción a -- término.

Como se puede observar de la simple lectura de los artículos anteriores, notamos que se trata de una caducidad, la cual puede hacer valer el fiador como excepción inherente al contrato de fianza.

Analicemos ahora las excepciones inherentes a la obligación principal, recordando la regla general que estatuye el artículo 2812 del -- Código Civil, el cual faculta al fiador para oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal, a excepción de las que sean exclusivamente personales del deudor.

Excepciones inherentes a la obligación:

Cabe hacer el comentario a nivel de recordatorio de lo que se dijo del carácter accesorio que tiene el contrato de fianza que se ilustra con el principio que reza: "Lo accesorio sigue la suerte de lo -- principal", como se puede corroborar con el contenido del artículo --

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

En tal virtud y en obvio de repeticiones, sólo señalamos que la obligación principal se extingue por las causas señaladas en los subin cisos anteriores a excepción de la caducidad, ya que en este caso la obligación principal estará sujeta a prescripción como causa general - de toda obligación y por ende quedará sujeta a las reglas que la ley - señala al respecto.

Haciendo notar solamente lo dispuesto por el artículo 2813 del -- Código Civil, que dice: "La renuncia voluntaria que hiciese el deudor de la prescripción de la deuda o de toda la causa de liberación ... no impide que el fiador haga valer esas excepciones"; de tal suerte que - en el fondo se puede observar que se trata de la regla general a que - se refiere el principio antes anotado, aunque en realidad sólo tendría vigencia tal precepto en el caso a que se refiere el artículo 2849 del Código Civil, es decir, que solo sería posible cuando la obligación -- sea por tiempo indeterminado, puesto que de lo contrario no sería ne-- cesario que el fiador tuviera que esperar a que transcurriera el tér-- mino y las condición que exige la prescripción, sino que le asistiría el derecho que le otorga el artículo 2848 del Código Civil con antici-- pación.

Al respecto considero que el artículo 2813 en realidad se refiere a la caducidad, puesto que si tomamos en cuenta que la prescripción es de orden público y opera por ministerio de ley, situación que la hace irrenunciable y para el caso de que efectivamente se refiera dicho pre cepto a la prescripción, se estima que sería en todo caso violatorio de la garantía constitucional de la seguridad jurídica a que se refieren los artículos 14 y 16 constitucionales, máxime que la prescripción por orden jerárquico queda subordinada a nuestra carta magna y como la prescripción trae implícita la liberación de la obligación por el solo transcurso del tiempo, que en resumidas cuentas, dicho término atañe - precisamente a la seguridad jurídica de la persona.

Agregando también que en los casos de rescisión y nulidad de la obligación principal trae consigo la extinción de la fianza.

Aunque para el caso de nulidad debe hacerse la distinción que el fiador podrá beneficiarse solamente con la nulidad absoluta y no de la nulidad relativa, toda vez que una de las características distintivas de la una y de la otra es que la primera puede hacerse valer por cualquier persona y la segunda solamente por el interesado, por lo que esta última vendría siendo una excepción personal del deudor, que no podría hacer valer el fiador.

En virtud de que el contrato de fianza tiene un carácter accesorio motivo por el cual tiene aplicación hasta en tanto el deudor no -- cumpla con su obligación, situación que nos determina necesariamente -- que las relaciones entre acreedor y fiador, se originen siempre y cuando no cumpla el deudor, razón por la cual se hizo el estudio en este -- inciso de las causas de extinción de la fianza, ya sean derivadas de -- las excepciones inherentes a la fianza o a la obligación, puesto que -- las relaciones jurídicas que se derivan entre los contratantes, devienen de la función de la garantía personal, que tiene el contrato de -- fianza, es decir, que dichas relaciones nacen cuando ya se dio el momento del cumplimiento de la obligación principal o de garantía personal, por ello es que las relaciones necesariamente son de este tipo.

Por lo anterior, debemos tomar en cuenta que el origen de las relaciones entre el acreedor y el fiador se dan cuando el deudor principal incumple con su obligación, razón por la que nos determina el tipo de defensas de que dispone el fiador contra el acreedor, dada la inminencia del pago que se presenta.

C. DE LAS RELACIONES ENTRE LOS COFIADORES.

En el presente inciso estudiaremos las relaciones jurídicas que -- tienen lugar cuando hay pluralidad de fiadores respecto del acreedor -- y en sus relaciones entre ellos mismos.

Dichas relaciones entre fiadores se derivan de lo dispuesto por los artículos 2827 del Código Civil, que dicen:

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

Comentando lo dispuesto por el artículo anterior, en primer lugar hacemos notar que el mismo se encuentra ubicado dentro del capítulo II que trata de los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor.

Dicho precepto en su primera parte contiene una contradicción en sí mismo, puesto que en su parte inicial determina que la deuda es indivisible, razón por la cual faculta al acreedor para reclamar la totalidad de la fianza a cualquiera de los fiadores y en la parte final, parece negarla, como se verá más adelante.

El autor Lozano Noriega al respecto señala que dicha indivisibilidad de la deuda entre los fiadores existe solo en cuanto al acreedor, por estar colocado dicho artículo dentro del capítulo antes señalado.⁽⁴⁸⁾

De lo anterior se puede concluir que la regla general es que no habiendo convenio en contrario, cada fiador debe responder por la totalidad de la deuda.

La segunda parte del precepto, al decir: "... pero si solo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar a los demás para que se defiendan juntamente y en la proporción debida estén a las resultas del juicio". Esta última parte aparentemente destruye lo dicho al inicio del precepto.

(48) Lozano Noriega, Francisco. Ob. Cit. p. 380.

Sobre este particular, Lozano Noriega dice: "Esta última parte no debemos interpretarla así, porque haciéndolo de esta manera es destruir la responsabilidad indivisible que tienen los fiadores frente al acreedor. Están, sí en la proporción debida a las resultas del juicio, pero respecto de los efectos de la fianza entre los fiadores, no respecto del acreedor". (49).

Tomemos en cuenta los comentarios que hace el autor citado anteriormente, para compararlo con lo dispuesto por el artículo 2837 del Código Civil, que dice: "Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer ...".

Este precepto encabeza el capítulo primero, que trata de los efectos de la fianza entre los cofiadores y la parte antes transcrita, -- concuerda con la primera parte del artículo 2827, confirmando la regla general de la indivisibilidad de la deuda entre fiadores.

Se considera prudente por el momento señalar que el estudio de la segunda parte de los preceptos antes citados, se hará en incisos posteriores, ya que tratan del beneficio de división, para lo cual tenemos un inciso en particular.

No obstante analizaremos en ese inciso, los casos que generan relaciones jurídicas entre los cofiadores, como lo es cuando uno de los cofiadores resulta insolvente, situación que resuelve el segundo párrafo del artículo 2837, ya que ordena que la parte del fiador insolvente recaerá sobre todos en la misma proporción, lo anterior es concordante con la regla general antes citada, ya que al acreedor no le afectan -- los problemas de los cofiadores dada la indivisibilidad que existe de la deuda, puesto que de todas maneras el acreedor tiene derecho a que los demás fiadores le paguen el crédito en su totalidad.

La excepción a lo antes señalado se presenta cuando al acreedor -- no reclama la totalidad de la deuda a cualquiera de los fiadores, voluntariamente realiza su cobro a prorrata, es decir que el acreedor -- reclama a cada fiador su parte proporcional de la deuda, situación que exonera al cofiador de la responsabilidad de la insolvencia de algún -- fiador.

El anterior comentario es aplicable al caso en el cual el fiador es fiado, ya que el artículo 2841 del Código Civil hace responsable -- al que fia al fiador, en el caso de insolvencia de éste para con los -- otros fiadores en los mismos términos en que se encuentra obligado su fiado, a excepción de cuando el acreedor voluntariamente hace el cobro a prorrata, ya que si el fiador resulta insolvente pero no su fiado, -- éste responderá al acreedor por la proporción debida por su fiado, es decir, que al resultar insolvente el fiador, el fiado responde al acree -- dor o en su caso a los otros fiadores.

Consideramos que estas son las relaciones que se dan entre los -- cofiadores, además de las derivadas por el beneficio de división, las cuales se estudiarán en incisos posteriores.

D. BENEFICIOS DEL FIADOR Y CO-FIADOR.

Al hablar de beneficios de que disponen el fiador y cofiador, en realidad se trata de verdaderas excepciones que se pueden hacer valer al momento de que les es reclamado el pago o cumplimiento no hecho por el deudor principal. Dichos beneficios son a saber: El de orden, exclusión, éstos atañen al fiador y tienen su aplicabilidad ante la inminencia de realizar el pago por el deudor; el beneficio de división tiene lugar cuando hay pluralidad de fiadores de un mismo acreedor y una sólo obligación, los dos primeros son oponibles al acreedor y el último se opone en contra de los fiadores entre sí.

1. DE ORDEN.

El artículo 2814 estatuye en favor del fiador el beneficio de --

orden al señalar: "El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor ...", esto es que dicho precepto obliga al acreedor al momento de hacer el cobro de su crédito, a que primero agote las posibilidades (necesariamente ha de ser por vía judicial), en la recuperación de su crédito o en el cumplimiento de la obligación contraída por el deudor principal, en eso consiste el beneficio de orden, el cual le impide al creador el reclamar del fiador el cumplimiento de la obligación, hasta en tanto no lo haya podido obtener del deudor.

Este beneficio opera por ministerio de ley, es decir que no requiere de acuerdo de voluntades entre el acreedor y el fiador; para que el fiador pueda hacerlo valer, pero el problema se presenta en qué momento podríamos hablar de que la recuperación del crédito del acreedor ya no fue posible; el problema se resuelve de la siguiente manera, en virtud de que dicho beneficio tiene lugar cuando hay demanda judicial por parte del acreedor y concluido el procedimiento, no obtuvo el cumplimiento de la obligación contraída por el deudor una vez agotada la instancia procesal, es decir, que se requiere de una resolución judicial para que pueda dar lugar a intentar el cobro del fiador, puesto que de lo contrario quedaría al arbitrio del acreedor escoger o decidir el momento en el cual podría enderezar su acción en contra del fiador.

Este beneficio al disponerlo el fiador sin necesidad de pacto expreso, puede renunciarlo, debiendo constar la renuncia de manera específica, en caso de renuncia trae como efecto que el acreedor pueda reclamar el pago de manera conjunta tanto del deudor como del fiador, es decir que no tendrá que seguir el orden en el sentido de que primero ha de demandar al deudor y posteriormente al fiador.

Lo anterior lo corrobora lo dispuesto el artículo 2822 del Código Civil, que dice: "Cuando el fiador haya renunciado el beneficio de orden ... el acreedor puede perseguir en un mismo juicio al deudor principal y al fiador; ...".

Por su parte el artículo 2823 del Código Civil, dice: "Si hubiere renunciado a los beneficios de orden ..., el fiador al ser demandado -- por el acreedor, puede denunciar el pleito al deudor principal para -- que este rinda las pruebas que crea conveniente; y en caso de que no -- salga al juicio para el indicado objeto, le perjudicará la sentencia -- que se pronuncie contra el fiador.

En realidad el perjuicio que le pararía al deudor la sentencia -- que se pronunciará en el juicio planteado, le deriva no como sanción impuesta por este artículo sino por cuestiones meramente procesales, -- puesto que se constituye en rebeldía por lo que se considera hasta -- cierto punto innecesario lo que señala la última parte del artículo en cuestión. De igual manera se considera que en nada favorece al fiador el hecho de que el deudor comparezca o no al juicio intentado por el -- acreedor, ya que no se le puede negar el derecho para oponerle al fiador todas las excepciones de que pudiera disponer considerando que no tiene aplicación lo dispuesto por el artículo 2832 del Código Civil -- que dice: "Si el fiador hace el pago sin ponerlo en conocimiento del -- deudor, podrá éste oponerle todas las excepciones que podría oponer el acreedor al tiempo de hacer el pago". Máxime que el artículo 2823 del Código Civil, no impone una obligación, sino que le deja la facultad -- al fiador de elegir entre denunciar el pleito al deudor o no.

Respecto del presente beneficio, cabe hacer la siguiente crítica: Hemos dicho que el acreedor no puede reclamarle nada al fiador, hasta en tanto no haya reconvenido al deudor (cuando no se renuncia al beneficio de orden), se dijo también que el momento para poder demandar al fiador lo determinaba la resolución definitiva que se dictará en el -- juicio seguido por el acreedor en contra del deudor, siempre y cuando no fuera posible obtener el pago.

Ahora bien, ¿qué sucede si después de agotado un procedimiento, -- hay imposibilidad de materializar la sentencia de manera total o par-- cial?, ¿tendrá el acreedor que demandar en un nuevo juicio al fiador?, efectivamente, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 2822

del Código Civil, interpretado a contrario sensu, es decir que cuando el fiador no ha renunciado al beneficio de orden, el acreedor no puede perseguir en un mismo juicio al deudor o al fiador, situación que complica inútilmente la figura del contrato de fianza, puesto que la vuelve ociosa y le resta la efectividad que requieren las operaciones comerciales de hoy en día, peor aún si tomamos en cuenta la lentitud de los procedimientos civiles provocada en gran parte por las autoridades a quienes se les ha encomendado la impartición de justicia.

De lo anterior, es de proponerse la derogación del artículo 2814 del Código Civil en su parte conducente, que consagra el beneficio de orden, situación que le daría firmeza y sobre todo funcionalidad al contrato de fianza, puesto que la obligación contraída por el fiador sería más segura y cumpliría con su función de garantía, para lo cual fue creada la presente figura de fianza.

2. DE EXCUSION.

El artículo 2815 del Código civil define al beneficio de excusión en los siguientes términos: "La excusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación que quedará extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto".

En el presente beneficio, debemos suponer que el acreedor ya obtuvo sentencia condenatoria en contra del deudor y el fiador, que el problema estriba en a quien debe ejecutar primero o a los dos al mismo tiempo, veamos las situaciones que se presentan.

En lo relativo, el artículo 2814 del Código Civil señala: "El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes".

De lo anterior, se observa que el acreedor debe primero ejecutar al deudor y solo en caso de que no se cubra su crédito total o parcial, podrá enderezar su acción de ejecución en contra del fiador.

Podrá ejecutar a los dos al mismo tiempo, siempre y cuando se haya renunciado tanto al beneficio de orden como al de excusión.

El beneficio de excusión tiene el carácter de excepción dilatoria, mediante la cual le puede obligar el acreedor a que primero embargue los bienes del deudor principal, dado el carácter del fiador, -- quien se obligó a pagar si el deudor no lo hacía.

Es dilatoria, porque dicha excepción no ataca directamente el fondo del asunto, sino que detiene la ejecución sólo mientras se comprueba la solvencia del deudor principal y en su caso la insuficiencia de los bienes para cubrir la deuda.

Ahora veamos los requisitos que la ley exige para que el beneficio aproveche al fiador.

El artículo 2817 del Código Civil, dice: "Para que el beneficio de excusión aproveche al fiador, son indispensables los requisitos siguientes:

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

II. Que designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito y que se hallen dentro del Distrito Judicial en que deba hacerse el pago.

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

De la lectura de la fracción primera, se comprueba que el beneficio de excusión es una excepción dilatoria, como ya antes se señaló.

Al estudiar la segunda fracción, cabe hacer el siguiente comentario: El fiador debe señalar bienes del deudor que basten para cubrir -

el crédito, pero que sucede si al fiador no le es posible señalar bienes suficientes, entonces el acreedor tendrá acción para ejecutar al fiador, por la parte insolvente, en este sentido se expresa el autor - Lozano Noriega. (50).

Interpretación que consideramos es la correcta, puesto que no sería posible decir que porque el fiador no pudo designar bienes suficientes que basten para cubrir el crédito, ya que no opere la excusión aunque tomando literalmente al precepto, nos lleva a tal conclusión, pero en atención a la finalidad del beneficio, no es correcto, sino -- que dicho artículo debe interpretarse en conjunción con el artículo -- 2815 del mismo ordenamiento, el cual permite que haya reducción en -- cuanto a la reclamación que se puede intentar en contra del fiador ya que si el valor de los bienes del deudor cubren solo una parte, el excedente lo debe cubrir el fiador, partiendo de la disminución de la deuda, debido al abono hecho con los bienes del deudor.

Además la ley impone como requisito, que los bienes que señale el fiador, propiedad del deudor, se encuentren ubicados dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago. Lo anterior tiene su razón de ser, ya que al oponer el beneficio de excusión, es el fiador el que -- tiene interés en que la deuda se pague o que por lo menos se disminuya con el importe de los bienes del deudor, por ende, la ley le impone al fiador tal obligación relevando al acreedor de la búsqueda de bienes del deudor; al respecto, la ley presume que el fiador además de su interés en señalar bienes para la excusión, que conoce mejor al deudor, máxime que al cobrar el acreedor, el problema recae en contra del fiador respecto a la recuperación de lo que pagó por el deudor.

Opuesto el beneficio de excusión, ¿qué puede hacer el acreedor?; debe esperar a que el fiador le muestre el patrimonio del deudor, para que se cobre, en la inteligencia de que por la cantidad que no alcance podrá por ese faltante, reclamarle al fiador el pago.

El autor Lozano Noriega, comentando lo que puede hacer el acreedor cuando se ha opuesto al beneficio de excusión, dice: "tú sabes dónde están esos bienes que son suficientes para pagarme; has la excusión toma esos bienes y págame"(51). Cabe aclarar que el fiador no puede tomar los bienes, sino solo señalarlos y una vez identificados, es el -- acreedor a quien le corresponde hacer el trámite para el cobro con, el producto de tales bienes, tan es así que el artículo 2821 del Código - Civil le impone al acreedor una sanción muy drástica, al decir: "El -- acreedor que cumplidos los requisitos del artículo 2817, hubiese sido negligente en promover la excusión, queda responsable de los perjuicios que pueda causar el fiador y éste libre de la obligación hasta la cantidad a que alcancen los bienes que hubiere designado para la excusión".

Así que basta con que el fiador le señale los bienes propiedad -- del deudor para que el acreedor adquiera la obligación de continuar -- las gestiones de recuperación del crédito, so pena de la sanción a que se refiere el precepto citado con anterioridad.

Al respecto, Lozano Noriega dice: "Al acreedor no le conviene --- hacer la excusión personalmente, sino que debe obligar al fiador a hacerlo"(52).

Cabe aclarar que efectivamente el acreedor si puede obligar al - deudor no puede legalmente hacer ningún otro trámite en contra del deudor, toda vez que hasta ese momento no tiene más acción que la de señalar al acreedor que bienes tiene el deudor, situación que realiza para que el acreedor continúe con su acción de recuperación, pero no le corresponde al fiador cobrar del deudor para hacer el pago al acreedor - por carecer de acción.

(51) Lozano Noriega, Francisco. Ob. cit. pag. 374.

(52) Idem.

Por último señalaremos lo que sucede cuando el fiador no dispone del beneficio de excusión, dice el artículo 2816: "La excusión no tendrá lugar:

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

Al no poder el fiador oponer al acreedor el beneficio de excusión faculta al acreedor el precepto a realizar las gestiones legales tendientes a la recuperación del crédito en forma indistinta, es decir, - que puede reclamar de los dos o de cualquiera de ellos, aunque en la - realidad siempre se demanda a los dos en un solo juicio.

La misma mecánica se presenta cuando se fia al fiador, como lo -- señala el artículo 2824 que dice: "El que fia al fiador goza del beneficio de excusión, tanto contra el fiador como contra el deudor principal", incluso puede también renunciarlo el que fia al fiador.

A nuestro juicio el beneficio de excusión, sí cumple con la finalidad del contrato de fianza, puesto que sigue fiel a la naturaleza -- del contrato que permite que la obligación del fiador surta sus - - efectos, hasta en tanto el deudor no cumpla, teniendo aplicabilidad -- precisamente ante los problemas procesales que se presentan ante la inmediatez del pago, no para evitarlo sino para que el deudor cubra lo - más que alcancen sus bienes, para después poder responder el fiador.

Además el beneficio de excusión no entorpece los trámites del -- acreedor, sino que más bien los hace asegurables, al obligar por intereses propios al fiador para que le señale los bienes del deudor para que se cobre, incluso, solo para el caso de que no alcancen dichos -- bienes o que de plano no los haya, se puede actuar en contra del patri monio del fiador situación que es acorde con la figura del contrato de fianza y hasta en las últimas consecuencias.

3. DE DIVISION.

El beneficio de división tiene lugar cuando hay pluralidad de fi adores y el mismo solo se puede hacer valer entre ellos y no ante el -- acreedor, como en el caso de los anteriores beneficios; el presente -- beneficio tiene vigencia de igual manera que los anteriores, hasta en tanto haya demanda judicial y se hace valer también como excepción dilatoria, pero insistimos, ante los demás fiadores y no contra el - --- acreedor.

En virtud de que en el siguiente capítulo se analizará de manera más profunda el beneficio de división, solo señalaremos el planteamiento y problemática que existe desde el punto de vista meramente legal.

Tenemos pues que el artículo 2827 del Código Civil, señala: "Si son varios los fiadores de un deudor por una sola deuda, responderá ca da uno de ellos por la totalidad de ella, no habiendo convenio en con trario, pero si solo uno de los fiadores es demandado, podrá hacer citar a los demás para que se defiendan juntamente y en la proporción - debida estén a las resultas del juicio".

Por su parte el artículo 2837 del Código Civil dice: "Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda.

Si alguno de ellos resultara insolvente, la parte de éste recaerá

sobre todos en la misma proporción.

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

Se hace la aclaración antes de entrar a su estudio, que el primer artículo se encuentra ubicado dentro del capítulo segundo, que trata de los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor.

Recordando lo que se señaló en el inciso (C) de este capítulo, al hablar de las relaciones entre los cofiadores, indicamos que del análisis del artículo 2827, se observa una contradicción, puesto que primero señala que cada fiador responde del total de la deuda, lo que constituye la regla general, sin analizar por el momento el problema de la frase "no habiendo convenio en contrario", y que la última parte del precepto parecía destruir la primera parte.

Decíamos también que la primera parte del artículo 2827, concuerda con la primera parte del artículo 2837, incluso que se complementaban, puesto que el primero habla de que el fiador responde del total de la deuda y el segundo, de cuando uno de ellos ha pagado la totalidad, disposición que confirmaba la regla general.

De los artículos anteriores, podemos decir que la regla general, tiene aplicabilidad respecto del acreedor, ante quien la deuda es indivisible, como se puede comprobar de simple lectura de la parte señalada de los preceptos y de conformidad con la interpretación que al respecto hace el autor Lozano Noriega, al decir que debe tomarse la significación de un artículo por el lugar donde está colocado, según el principio topográfico, sólo que la última parte no debemos interpretarla así, puesto que sería tanto como destruir la responsabilidad indivisible que tienen los fiadores frente al acreedor.

Sabemos que los fiadores están en la proporción debida a las resultas del juicio, pero entre ellos por los efectos del proceso, no

respecto del acreedor.

Veamos que sucede cuando los fiadores entre sí convienen lo contrario, es decir, convienen en que haya divisibilidad de la deuda ante el acreedor. En primer lugar debemos aclarar que los pactos celebrados entre fiadores no afectan al acreedor, de lo cual nos obliga a decir - que el convenio de los fiadores solo afecta a los mismos.

Al celebrar los fiadores el convenio para hacer divisible la deuda que representan frente al acreedor, podríamos decir que la división de tal deuda, es solo entre ellos mismos, o acaso será propiamente el beneficio de la división, mientras no haya algo en contrario la obligación para el acreedor debe ser indivisible.

Ahora bien, que pasa si para que el convenio en contrario sea oponible al acreedor, lo celebran entre los fiadores y el acreedor, ¿se podrá oponer el beneficio de división a este?, o en realidad se tratará de una mancomunidad que por sí sola implica la divisibilidad.

Acaso bastará la última parte del artículo 2827 del Código civil, - para que se pueda oponer la división de la deuda, "beneficio de división" al acreedor, ¿qué efecto tendrá la citación de los demás cofiadores?, estarán a las resultas del juicio entre ellos o respecto del - - acreedor, ¿podrá la invocación del precepto originar la división de - - la deuda, antes de que uno de los fiadores haga el pago?, si no es - - así, cabe preguntarnos entonces qué es el beneficio de división y en - que momento opera.

En virtud de que en el capítulo posterior se tratará de una manera más profunda el beneficio de división, que es el tema central del - presente trabajo de investigación, por el momento solo nos concretamos a señalar en términos generales la problemática que representa.

CAPITULO CUARTO

EL BENEFICIO DE DIVISION.

En el presente capítulo procuraré desarrollar y en su caso demostrar la hipótesis que encierra la denominación del presente trabajo de tesis, de la manera más clara y en la medida que nos sea posible veremos en forma concreta, qué es el beneficio de división, en qué consiste, quién lo puede hacer valer, en que momento ha de oponerse, así como su finalidad; veremos también si el mismo existe como tal y de una manera autónoma, o si en su caso más bien corresponde a los efectos de una solidaridad legal, una mancomunidad o una subrogación.

Para lograr el presente objetivo, procuraremos plasmar el enfoque meramente legalista y las opiniones doctrinales que los autores han expresado al respecto.

Para entrar en materia y seguir un orden lógico jurídico, señalaremos lo que en nuestra opinión vendría siendo la definición del beneficio de división, así como las que emiten los autores, para después dar un concepto final.

A. CONCEPTO.

Tomando en cuenta las disposiciones del Código Civil, que tratan lo relativo al beneficio de división, se puede decir como concepto a priori, que: "Es la facultad que tiene el fiador de pedir ante el Juez la división de la deuda contraída a virtud del contrato de fianza, al momento de que el acreedor requiera del pago total de la deuda a uno solo de los fiadores.

Desde el punto de vista puramente legal, el artículo 2827 en su parte final dice: "... pero si solo uno de los fiadores es demandado - podrá hacer citar a los demás para que se defiendan juntamente y en la proporción debida estén a las resultas del juicio".

Lo anterior podríamos considerarlo como un concepto normativo, el cual obviamente queda sujeto a la interpretación legal y doctrinal, -- así como a la aplicación de las consecuencias que surgen en las relaciones jurídicas de los fiadores.

Dicho precepto hace notar dos objetivos, para los cuales el fiador demandado puede pedir se cite a los demás fiadores, como los es:

I. Para que se defiendan juntamente; y

II. En la proporción debida estén a las resultas del juicio.

En las dos cuestiones anteriores desde el punto de vista legalista, se debe de encontrar la esencia del beneficio de división, sin que por el momento importe si sus resultados sean posibles ni tampoco si corresponden a un beneficio de división con autonomía jurídica.

Con lo anterior y desde el punto normativo, podríamos definir al beneficio de división como: La facultad que tiene el fiador que es demandado de poder hacer citar a los demás fiadores, para que se defiendan juntamente y en la proporción debida estén a las resultas del juicio.

Para el autor Miguel Angel Zámora y Valencia, el beneficio de división es: "El derecho que tiene el fiador que ha pagado la obligación garantizada, para reclamar de cada uno de los fiadores de un mismo deudor y por la misma deuda, la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer en atención al número de fiadores y al monto de sus obligaciones, tomando en cuenta que pudieran obligarse a menos que el deudor". (53).

Nótese en la definición antes señalada, que el autor habla, del beneficio de división, como derecho del fiador para reclamar a los de-

(53) Zámora y Valencia, Miguel Angel. Ob. Cit. p. 293.

más fiadores, pero hasta en tanto haya pagado la obligación garantizada.

Del concepto que se señaló, podemos observar también que el autor, asemeja al beneficio de división, con la acción de reembolso de que disponen el fiador que pagó en contra de los fiadores, situación que también se presenta en el caso de la subrogación legal, bastando que previamente se haga el pago.

Rafael de Pina nos dice: "El beneficio de división es el reconocido a los cofiadores cuando existiendo acuerdo previo sobre el pago a prorrata en caso de incumplimiento del deudor principal, sea uno solo de ellos demandado por la totalidad de la deuda, para que el Juez disponga la división proporcional de lo debido en la forma convenida (artículos 2827, 2839 y 2841 del Código Civil para el Distrito Federal)"(54).

El anterior concepto nos habla de la existencia de un previo -- acuerdo sobre el pago a prorrata en caso de incumplimiento del deudor, tal convenio previo no nos dice si lo deben celebrar los fiadores entre sí o estos con el acreedor, considerando que si el convenio fuera celebrado entre los fiadores, en primer lugar, no es oponible al acreedor y tal celebración resulta ociosa, puesto que el artículo 2839 del Código Civil obliga a que los demás fiadores respondan en la proporción debida al fiador que pagó por un requerimiento judicial, situación que se presenta sin la necesidad de un previo acuerdo.

Ahora bien, si tal convenio previo lo celebran los fiadores con el acreedor, ya no se trata de un beneficio de división, sino de una mancomunidad, por ende la división viene implícita en la figura jurídica y en todo caso la división no la haría el Juez, sino que de antemano, ni siquiera podría demandar a un solo fiador el pago de la totalidad, máxime que cada obligación es distinta de las demás.

(54) De Pina, Rafael. Ob. Cit. p. 122.

El autor Sánchez Medal, no conceptua el beneficio de división, -- sin embargo sí dice: "Que el mismo debe hacerse valer como excepción -- parcialmente perentoria, para el efecto de que la deuda se divida en -- tantas partes como cofiadores haya (artículo 2827)"⁽⁵⁵⁾.

Cabe hacer notar que el autor no señala en que momento ha de ha-- cerse tal división de la deuda, aunque podemos pensar que se suscita -- hasta que uno de los fiadores ha pagado la totalidad de la deuda.

Consideramos además que la interpretación que hace del artículo -- 2827 es errónea, ya que incluso dice que el beneficio es oponible al -- acreedor, cuando en realidad solo surte efectos entre los cofiadores.

Los autores Rojina Villegas y Lozano Noriega, no conceptuan el -- beneficio de división, sin embargo si hacen una exposición extensa -- del tema y por considerar que las opiniones que vierten nos servirán -- para incisos subsecuentes, procedo a señalar el concepto final.

En mi opinión, considero más apta la definición que señalamos y -- que refiere al autor Miguel Angel Zámora y Valencia, sobre todo para -- los efectos del presente trabajo, además de considerar que es el más -- correcto, dadas las disposiciones legales que existen al respecto y la -- problemática que ocasiona, por tal motivo me permito señalarla nueva-- mente como concepto final.

"El beneficio de división": Es el derecho que tiene el fiador que -- ha pagado la obligación garantizada, para reclamar de cada uno de los -- demás fiadores de un mismo deudor y por la misma deuda, la parte que -- proporcionalmente le corresponde satisfacer en atención al número de -- fiadores y al monto de las obligaciones, tomando en cuenta que pudiera -- obligarse a menos que el deudor (2837)".⁽⁵⁶⁾.

(55) Sánchez Medal, Ramón. Ob. Cit. p. 460.

(56) Zámora y Valencia, Miguel Angel. Ob. Cit. p. 293

B. ELEMENTOS.

Tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 2827 del Código -- Civil, el beneficio de división tiene los siguientes elementos:

1. Pluralidad de fiadores.
2. Un mismo deudor.
3. Una misma deuda.

La pluralidad de fiadores es indispensable para que pueda tener -- lugar el beneficio de división, ya que ante ellos surte sus efectos, -- originando la responsabilidad en la proporción que en su caso corres-- ponda, tomando en cuenta el número de fiadores, el monto de la deuda, -- así como la probable insolvencia que pudiera presentarse respecto de -- algún cofiador.

Un mismo deudor y una misma deuda son elementos que tienen vital importancia en el estudio del beneficio de división, en virtud de que la relación contractual que se reglamenta y se encuentra en estudio en el presente trabajo de tesis, por ser nuestro objetivo, además de que son necesarios para darle vigencia a lo que señalábamos como regla general, en el sentido de que al acreedor le responden del total de la -- deuda todos los fiadores, pudiéndoles reclamar a cualquiera de ellos -- el total, así como la obligación de los fiadores de cubrir su parte -- proporcional respecto de una sola deuda, al fiador que pagó.

C. NATURALEZA JURIDICA.

En el presente inciso veremos si el beneficio de división tiene -- existencia propia como figura jurídica autónoma, con sus característi-- cas que la hagan identificable y en consecuencia poderlo distinguir de otras.

El artículo 2827 del Código Civil en su parte última, es el que --

le da la existencia, aunque lo que cita dicho precepto en su primera parte, contradiga claramente la segunda, situación que implica realizar un estudio para saber cual de las dos partes es la que subsiste y como consecuencia, la eliminación de la otra.

A saber, la primera parte dice: Que la obligación que tienen los cofiadores frente al acreedor es indivisible, puesto que este puede reclamar el total de la deuda de cualquiera de ellos.

En cambio la segunda parte da a entender que hay la posibilidad de que la deuda sea divisible antes de que se haga el pago por cualquiera de los fiadores, al ser demandado, puesto que dice que el fiador que es requerido judicialmente, puede hacer citar a los demás fiadores para que se defiendan juntamente y en la proporción debida estén a las resultas del juicio, a esta última parte es a la que se le llama "beneficio de división".

Veamos cual de las dos partes subsiste al destruir a la otra:

Sabemos que el objeto para el cual se cita a los fiadores según la segunda parte del artículo antes citado, es:

1. Para que se defiendan juntamente.
2. Para que en la proporción debida, estén a las resultas del juicio.

Por cuanto hace al primer punto, consideramos que no hay mayor problema, puesto que dada la inminencia de pago que tiene el fiador o los fiadores frente al acreedor, justo es que se interesen en defenderse de un contrario que les es común.

Del espíritu de los artículos 2832 y 2834 del Código Civil, se puede observar que al existir problemas judiciales, en el sentido de que el acreedor ha demandado judicialmente el pago de su crédito a los

fiadores, por el incumplimiento del deudor principal, le impone la -- obligación de notificar por lo menos a los demás interesados, con un -- objetivo muy claro, que es el de ayudarse en la defensa, incluso, para el que debe comparecer a colaborar en dicha defensa y no lo hace, la -- ley le fija una sanción que se hace consistir en que al momento de que el que pago, reclame posteriormente de los otros fiadores o del deudor según haya o no pluralidad, éste o éstos pueden oponerle todas las excepciones, con la salvedad de las que sean personales.

No debemos olvidar que en toda contienda judicial hay dos partes, un actor y un demandado.

El maestro José Becerra Bautista al respecto dice: "Parte es la -- persona que exige del órgano jurisdiccional la aplicación de una norma sustantiva a un caso concreto, en interés propio o ajeno".⁽⁵⁷⁾.

Por claridad en la terminología, el autor en lugar de hablar de -- interés propio o ajeno, prefiere llamarle pretensión y señala que el -- actor y el demandado tienen la misma pretensión, solo que la de éste -- último es antitética a la del actor.

Asimismo hace la distinción entre parte material y parte formal, y dice: "Parte en sentido material es aquella en cuyo interés o contra el cual se provoca la intervención del poder jurisdiccional y parte en sentido formal, es aquella que actúa en juicio, pero sin que recaigan en ella en lo personal los efectos de la sentencia."⁽⁵⁸⁾.

Distingue también entre la legitimación ad causam de la ad proce- sum, la primera corresponde a la capacidad de derecho civil y la segun da a la capacidad de obrar en juicio.

Señala el autor también que cuando hay pluralidad de actores

(57) Becerra Bautista, José. EL PROCESO CIVIL EN MEXICO. Edit. Porrúa. 2a. Edición. México, 1965. pag. 16.

(58) Becerra Bautista, José. Ob. Cit. p. 18.

o demandados se llama litis consorcio y que cuando la pluralidad existe con el carácter de actores, se llama litis consorcio activa y pasiva cuando la pluralidad se encuentra entre los demandados y litis consorcio recíproca, cuando en ambas partes hay pluralidad.⁽⁵⁹⁾

Como se puede ver, en ninguna opción cabe el fiador que se llama a juicio, para que se defienda juntamente, incluso podríamos afirmar - que sus intereses no se encuentran en litigio aún, puesto que el demandado es otro fiador a quien se le ha reclamado el pago total.

Ahora bien, en nuestro sistema procesal encontramos la figura de la tercería, que pueden ser excluyente o coadyuvante y tienen lugar -- cuando en un procedimiento ya se han identificado las dos partes, es - decir el actor y del demandado, pero pueden acudir al juicio otras personas a deducir algún derecho propio, distinto del actor o del demandado, o bien coadyuvando con cualquiera de ellos en la defensa del derecho sustantivo hecho valer.⁽⁶⁰⁾

En consecuencia tenemos que los terceristas pueden acudir a juicio en forma voluntaria a deducir un derecho propio o a reforzar la -- posición procesal de alguna de las personas del proceso.

También un tercero puede acudir a juicio, en forma obligada, para que le pare perjuicio la sentencia que se dicte, debido a que la litis contestatio obliga a denunciar el pleito al tercero que ha de venir a juicio.⁽⁶¹⁾

A este caso en particular consideramos es al que se refiere el -- artículo 2827 del Código Civil, in fine, toda vez que el fiador demandado debe pedir se citen a los demás fiadores en el preciso momento de contestar la demanda, para poder entonces denunciar la litis contestatio a los cofiadores y obligar a éstos a que acudan al juicio y a par-

(59) Cfr. Becerra Bautista, José. Ob cit. pag. 20

(60) Cfr. Idem. pag. 21

(61) Ibidem

tir del momento en que se les cite, tienen el carácter de parte en dicho juicio, con todas las cargas, derechos y obligaciones que corresponden a cualquier parte en un proceso.

De lo anterior se desprende que los llamados a juicio, siguen la suerte del resultado de la sentencia puesto que ésta les ha de beneficiar o de perjudicar en su caso.

Pero debemos entender que el hecho de citar a los demás fiadores al juicio, no cambia en lo absoluto la litis del acreedor para dicho juicio, puesto que su pretensión es la misma, la de recuperar su crédito, de la misma manera la pretensión de los fiadores es idéntica, aunque sea en todo caso contraria o antitética para usar la terminología del maestro Becerra Bautista.

No obstante la comparecencia de todos los fiadores al juicio, para el acreedor sigue siendo indivisible la obligación, aunque no sea - para los llamados a juicio, máximo que entre los fiadores la deuda sí es divisible, pero no origina tal división necesariamente a lo que conocemos como beneficio de división.

Si la división tuviera lugar debido al beneficio de división, - tendría que resultar que cada fiador al ser llamado a juicio, debería ser condenado a virtud de la sentencia a pagar al acreedor su parte -- que proporcionalmente le correspondiera, cuando no es así, ya que lo - que resulta es que todos para el acreedor son condenados a pagarle el total de la deuda reclamada, puesto que el llamado beneficio de división no se opuso en contra del acreedor, por no operar más que entre - los fiadores.

Al respecto el maestro Lozano Noriega señala: "Los fiadores si se defienden juntamente en la proporción debida están a la resultados del juicio, pero entre ellos, no frente al acreedor quien puede cobrar la totalidad de cualquiera de ellos, sin perjuicio de las relaciones que haya entre fiadores". (62).

(62) Lozano Noriega, Francisco. Ob. Cit. p. 375.

De lo anterior podemos afirmar que el hecho de que el fiador demandado haga citar a los demás fiadores, no faculta al C. Juzgador para que en su sentencia condene a cada fiador a pagar una parte proporcional, sino que debe ordenar que todos los fiadores hagan pago al acreedor del total de la deuda, máxime que el derecho sustantivo así lo ordena, por lo que consideramos que no podrá variar la litis ni el derecho del acreedor.

Para que podamos decir que el beneficio de división opere en contra del acreedor, o mejor dicho, para que el fiador pueda oponer la división de la deuda al acreedor, se requerirá de un pacto expreso con el mismo, máxime que este beneficio a diferencia de el de orden y excusión, que se presume los tiene el fiador, deberá ser previamente convenido entre el acreedor y fiadores en el sentido de dividir la deuda, a esto debe ser a lo que se refiere el artículo 2827 del Código Civil, - al decir: "Salvo convenio en contrario"; pero tal convenio tampoco es un beneficio de división que corresponda a los fiadores, sino que es el resultado de un convenio, es decir, que el acuerdo de voluntades -- que tiene lugar entre el acreedor y fiadores, da origen a una mancomunidad, caso en el cual el acreedor no podrá cobrar la totalidad de la deuda a cualquiera de los fiadores por la sencilla razón de que carece de acción.

De todo lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que el beneficio de división como figura jurídica independiente, no existe en nuestro derecho, sino que la división que se presenta entre fiadores tiene su fuente, ya sea en la solidaridad, en la mancomunidad o en la subrogación, después de que se ha pagado o incluso en la acción de reembolso, como se ha expuesto anteriormente.

Debemos concluir, que la naturaleza jurídica de la división de la deuda la encontraremos en la figura de que se trate en el caso concreto, es decir, en la mancomunidad, en la solidaridad o en la subrogación, por ser éstas las que contienen en dado caso la división de la deuda y no en lo que se llama beneficio de división.

D. SOLIDARIDAD LEGAL.

En este inciso procuraremos analizar y en su caso demostrar que - en lugar del beneficio de división, existe una solidaridad legal respecto de los fiadores para con el acreedor y solo en el caso de que se haga el pago por uno de los fiadores, éste podrá dividir la deuda pero hasta el momento de reclamarle a los demás fiadores el pago de su parte proporcional.

Concepto de Solidaridad: El maestro Borja Soriano, al respecto -- emite el siguiente: "La solidaridad es una modalidad que supone dos o varios sujetos activos o pasivos de una misma obligación, en virtud de la cual, no obstante la divisibilidad de ésta obligación, cada acreedor puede exigir y cada deudor está obligado a efectuar el pago total, con la particularidad de que este pago extingue la obligación respecto de todos los acreedores o de todos los deudores." (63).

El artículo 1987 del Código Civil nos dice: "Además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación; y solidaridad pasiva cuando dos o -- más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, - en su totalidad la prestación debida".

El artículo 1988 señala: "La solidaridad no se presume: resulta - de la ley o de la voluntad de las partes".

Como se puede apreciar del artículo anterior, hay solidaridad derivada de un convenio y la que resulta de la ley.

En el caso particular, veremos la solidaridad que resulta de la ley, así como la pasiva, por ser la que interesa para el presente trabajo de investigación.

(63) Borja Soriano, Manuel. TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Tomo II. Sexta Edición. Edit. Porrúa. México, 1976. pag. 349.

El autor Borja Soriano dice: "La solidaridad pasiva constituye -- una garantía en provecho del acreedor contra la insolvencia eventual -- de uno de los codeudores. (64).

La solidaridad pasiva se caracteriza por tener unidad de objeto y la pluralidad de deudores, puesto que todos éstos, deben un solo objeto al acreedor, por ello éste puede pedir al que quiera el pago total de la deuda.

Puede también el acreedor, reclamar a todos los deudores el total de la deuda.

Más aún, según el artículo 1989 del Código Civil, el acreedor puede exigir la prestación de todos los deudores a prorrata, o sea, exigir el pago parcial de la deuda; el maestro Borja Soriano, atinadamente dice: "Pero no es esto lo que caracteriza a la obligación solidaria". (65).

Veamos que sucede cuando uno de los deudores solidarios es demandado, según el artículo 1995 del Código Civil, que dice: "El deudor solidario podrá utilizar contra las reclamaciones del acreedor, las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que sean personales."

Al respecto el artículo 1996 del mismo ordenamiento hace responsable al deudor para con los coobligados si no opone las excepciones comunes a todos.

De los artículos anteriores se desprende que el deudor solidario que es demandado, tiene la obligación de defenderse en contra del acreedor, so pena de que los coobligados le hagan responsable por no haberlo hecho.

(64) Borja Soriano, Manuel. Ob. Cit. p. 356.

(65) Idem. p. 357.

¿Qué sucede cuando uno de los deudores ha pagado la totalidad al acreedor?

Debemos hacer notar que en la solidaridad voluntaria, cada deudor se puede obligar en forma distinta de los demás, respecto del acreedor, incluso, un deudor en convenio con el acreedor, puede sujetar su obligación solidaria a cualquier modalidad, ya sea plazo o condición, aclarando que estos convenios solo afectan a las partes que los celebraron. La razón de lo anterior, es porque cada deudor para con el acreedor tiene un vínculo jurídico distinto de los otros.

Así las cosas, cuando el deudor pagó la totalidad de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1999 del Código Civil, que dice: "El deudor solidario que paga por entero la deuda, tiene derecho a exigir de los otros codeudores la parte que en ella les corresponda.

Salvo convenio en contrario, los deudores solidarios están obligados entre sí por partes iguales.

Si la parte que incumbe a un deudor solidario no puede obtenerse de él, el déficit debe ser repartido entre los demás deudores solidarios, aún entre aquellos a quienes el acreedor hubiere libertado de la solidaridad.

En la medida que un deudor solidario satisface la deuda, se subroga en los derechos del acreedor.

Como primer efecto del pago hecho por uno de los deudores solidarios, es la extinción de la deuda, aclarando que la deuda que se extingue que es la que existe frente al acreedor, no así la obligación del codeudor de pagar su parte correspondiente, incluso tal obligación no se extingue por el hecho de que el deudor solidario lo haya libertado de la solidaridad, es obvio, puesto que el acreedor no tiene facultades para liberar al deudor, respecto a los demás deudores, podrá liberarlo respecto de él, pero nada más.

Como la solidaridad también es una garantía personal que tiene el acreedor solidario para recuperar su crédito, al ampliar las posibilidades entre varias personas, disminuyendo el riesgo de que no se le pague, por la insolvencia en que pudieran caer sus deudores.

Por el motivo anterior, cuando el deudor pagó el total de la deuda y posteriormente reclama de los codeudores su parte proporcional, - que la ley presume por iguales y resulta que de uno de ellos no se puede obtener su parte, este déficit se repartirá entre los codeudores, - aún entre los que fueron libertados por el acreedor, puesto que la obligación que existe entre los deudores es diferente a la del acreedor.

También el deudor que pagó el total de la deuda o en la medida - que hizo el pago, se subroga en los derechos del acreedor, situación - que opera por Ministerio de Ley.

La única excepción a la división de la deuda que se da entre deudores, una vez que se ha hecho el pago, nos lo señala el artículo 2000 del Código Civil, y es el caso en el cual la solidaridad sólo interesa a uno de los deudores, éste será responsable del total de la deuda para con los otros codeudores, en efecto, puesto que los demás codeudores solo cumplieron una finalidad de garantía respecto del acreedor, - pero por cuanto hace al deudor (dueño del negocio) su obligación se -- torna diferente y encuentra su resolución en los términos del artículo 1999 del Código Civil, mediante el cual el que pagó puede en este caso cobrarle sin restar su parte del total de la deuda.

Nótese que entre los deudores solidarios la deuda es divisible, - una vez que se hace el pago, no así para el acreedor, tan es así que - el artículo 2004 del Código Civil lo reconoce al decir: "La solidaridad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible, ni la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria".

Por lo anterior debemos señalar que no debemos confundir la obli-

gación solidaria con la divisibilidad de la obligación, ni con la indivisibilidad, máxime que ya se ha señalado que la solidaridad no se presume, sino que resulta de la voluntad de las partes o de la ley. Artículo 1988 del Código Civil.

Por regla general la obligación solidaria, siempre será indivisible respecto del acreedor, no así entre los codeudores, excepto cuando el acreedor voluntariamente hace el cobro a prorrata.

Como se puede observar, la obligación solidaria es indivisible en cuanto a su vínculo jurídico, puesto que como su nombre lo indica, es una sola obligación, pero la misma admite la división por hechos ulteriores.

En virtud de que en un inciso posterior se hará el estudio comparado de esta figura con el beneficio de división, por el momento solo señalamos lo relativo a la solidaridad.

E. MANCOMUNIDAD.

El autor Borja Soriano, al hacer el estudio de la presente figura en su título primero, trata de las obligaciones a prorrata o simple mancomunadas, señala: Cuando hay varios acreedores o varios deudores, - la regla es que la deuda o el crédito se divide en tantas fracciones - como hay deudores o acreedores".⁽⁶⁶⁾

Según nuestro Código Civil vigente, en su artículo 1984, al referirse a las obligaciones mancomunadas, nos dice: Cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores tratándose de una misma obligación, existe mancomunidad".

Asimismo el artículo 1985 del mismo ordenamiento legal dice: "La simple mancomunidad de deudores o de acreedores no hace que cada uno - de los primeros deba cumplir íntegramente la obligación, ni da derecho

(66) Borja Soriano, Manuel. Ob. Cit. p. 345.

a cada uno de los segundos para exigir el total cumplimiento de la -- misma. En este caso el crédito o la deuda se consideraban divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos unos de otros".

De acuerdo con la denominación que el autor Borja Soriano hace, - debemos entender que las obligaciones a prorrata o simplemente mancomu - nadas, en realidad se trata de un solo tipo de obligaciones, dada la - preposición disyuntiva. (67).

Por cuanto hace al modo en que ha de dividirse la obligación, el artículo 1986 del Código Civil nos da la respuesta, al decir: "Las par - tes se presumen iguales a no ser que se pacte otra cosa o que la ley - disponga lo contrario".

Se hace notar que si cada parte es en la mancomunidad, una obli - gación distinta una de otra, constituyendo un crédito o una deuda dis - tinta, en realidad, en nuestro concepto, tal figura no tiene ninguna - función, incluso al haber incumplimiento, la demanda de reclamo debe - ser en el sentido de demandar a cada uno el pago de su importe.

Notamos que en realidad lo único que existe en la mancomunidad, - es la unidad del acto o contrato, por ende, también la demanda puede - hacerse siguiendo o aprovechando tal unidad, es decir, en una misma -- demanda reclamar de cada uno su parte adecuada, también podrá hacerlo por separado, máxime cuando unos le pagaron y otros no.

Así las cosas, tenemos que la regla general es que las obligacio - nes con pluralidad de sujetos es divisible, pudiéndose impedir esta -- por las siguientes causas: La solidaridad y la indivisibilidad.

Según el autor Borja Soriano, ... "para el Código de 1928, la manco - munidad es el género que tiene dos especies: la mancomunidad simple y

(67) Borja Soriano, Manuel. Ob cit. pag. 341.

la solidaridad. (68).

Por considerar que la indivisibilidad como causa para impedir la división de la obligación nos aporta elementos para el desarrollo de la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación, haremos una breve síntesis de la misma.

El artículo 2003 del Código Civil nos señala el concepto de las obligaciones divisibles y las indivisibles, al decir: "Las obligaciones son divisibles cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente. Son indivisibles si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas sino por entero".

El sistema que sigue nuestro Código Civil consideramos que es el que rige la naturaleza del objeto de la obligación, puesto que la divisibilidad depende más bien del objeto, si es susceptible o no de dividirse, sin importar que para ese caso el acuerdo de voluntades de las partes, situación que se corrobora con lo que señala el artículo 2004 del Código Civil que dice: "La solidaridad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible, ni la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria".

Como se puede notar, nuestro Código, al regular la problemática de la divisibilidad e indivisibilidad, atiende solo a la naturaleza del objeto material de la obligación, pero si analizamos esto último con el artículo 1988 que dice: "La solidaridad no se presume, resulta de la ley o de la voluntad de las partes". Terminaríamos por concluir que en el caso de que el objeto material de la obligación fuera de naturaleza indivisible, operaría la solidaridad por resultar de la ley, puesto que la obligación ha de cumplirse necesariamente en su totalidad, situación que no es así, como se puede ver, que de una manera clara los artículos 2003, 2004 y 2005 del Código Civil, señalan que no se trata de una solidaridad, haciendo con esto una reglamentación es-

(68) Borja Soriano, Manuel. Ob cit. pag. 350.

pecial, que debe subsistir sobre la regla general que deriva del artículo 1988 que ya transcribimos.

Veamos pues, que la indivisibilidad de la obligación tiene reglas muy especiales, predominando sobre la indivisibilidad que deriva de la solidaridad, ya que es obvio que tal carácter no necesita de la figura de la solidaridad, puesto que ésta última supone siempre una división, tal vez no del pago, sino de los efectos entre coobligados, incluso si tal división no es posible hacerla posteriormente a su cumplimiento, - (excepto por pacto expreso) que en todo caso implica el factor volitivo, diríamos que la obligación es indivisible, más no solidaria.

Para concluir, citando al maestro Borja Soriano, quien de una manera clara y precisa nos señala las reglas que nuestro Código Civil vigente, acepta para la divisibilidad o indivisibilidad, al respecto nos dice: "... 1.- La divisibilidad o indivisibilidad de la obligación, -- depende exclusivamente de la divisibilidad o indivisibilidad de las -- prestaciones ..., 2.- Para saber si las prestaciones son o no divisi-- bles, el Código Civil se coloca en un punto de vista puramente natu-- ral, como analogo al que sirve de base a la división de las cosas en divisibles e indivisibles; por consiguiente, la única división que -- nuestra ley admite, es la división física o material". (69).

F. SUBROGACION.

Procuraremos estudiar la presente figura jurídica por considerar que tiene mucho que ver sobre la cuestión del beneficio de división, - haciendo por el momento solo un estudio en particular, ya que en el -- inciso posterior, se analizará esta figura en forma comparada con el -- tema central de este trabajo de tesis.

Definición: Nuestro Código Civil vigente, no conceptúa la figura de

(69) Borja Soriano, Manuel. Ob. Cit. p. 375.

la subrogación, incluso solo reglamenta la subrogación legal, no así - la convencional, la primera de ellas opera por ministerio de ley y sin necesidad de declaración de los interesados, artículo 2058 del Código Civil, la segunda es la que se deriva de un acuerdo de voluntades.

Dadas las dos clases de subrogación que existen, al respecto el - maestro Borja Soriano, señala una definición en la cual se pueden observar los mismos dos tipos, al decir: "Es la substitución admitida o establecida por la ley en los derechos de un acreedor, por un tercero que paga la deuda o presta al deudor fondos para pagarla".⁽⁷⁰⁾.

Por su parte el autor Rafael de Pina, en su diccionario de Derecho, nos da la siguiente definición de la subrogación: "Forma de transmisión de las obligaciones que se verifica por ministerio de ley y -- sin necesidad de declaración alguna de los interesados, cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferentemente; cuando el que paga - tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación; cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia y - - cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición. Artículos 2058 a 2061 del Código Civil para el Distrito Federal".⁽⁷¹⁾.

Como se puede observar de ésta última definición, sólo se refiere a la subrogación legal y no obstante, el Código Civil vigente no reglamenta la subrogación convencional, podemos decir que tampoco la prohíbe, luego entonces, sí la admite, al respecto el artículo 2072 del Código Civil que trata del pago, dice: "El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero; pero no está obligado a subrogarle - en sus derechos, fuera de los casos previstos en los artículos 2058 y 2059"⁽⁷²⁾.

(70) Borja Soriano, Manuel. Ob. Cit. p. 375

(71) Pina de, Rafael. Ob. Cit. p. 455.

(72) Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Ob. cit. p. 263.

Del precepto citado anteriormente, podríamos confirmar la idea de que efectivamente existe la subrogación convencional, puesto que queda a la voluntad del acreedor subrogar o no en sus derechos a la persona que le pagó.

Al operar la subrogación, ya sea legal o convencional, tenemos que el resultado del pago de la obligación no trae como consecuencia el fin natural que implica, que sería la de extinguir la obligación, sino que por el contrario, la obligación subsiste, solo que el acreedor es otra persona, es decir, que hay sustitución de acreedor, con los mismos derechos de éste, pero en una persona diferente, aclarando que el acreedor subrogado tiene un límite en cuanto al cobro que hará el deudor, en el sentido de que podrá reclamar solo de éste el mismo importe que realmente haya pagado, toda vez que la subrogación no es una figura creada para la especulación, sino para los actos de benevolencia, tan es así, que exige para que opere la subrogación por ministerio de ley, que haya un interés jurídico, más no necesariamente económico.

Lo anterior es muy posible, puesto que la subrogación tiene lugar precisamente en el momento del pago no antes, siendo en consecuencia necesario que tal situación se haga constar expresamente, sobre todo para la comprobación debida, al efecto, la ley no exige formalidad alguna, pero como esta figura podríamos decir que es una excepción al modo de extinción de las obligaciones, por un pago liso y llano, dada su finalidad, más aún, debe constar expresamente. Nótese que nuestro Código Civil trata la subrogación en el capítulo de la transmisión de las obligaciones y no dentro del modo de extinción.

G. ESTUDIO COMPARADO DEL BENEFICIO DE DIVISION CON LA SOLIDARIDAD, - MANCOMUNADA Y LA SUBROGACION.

Mediante el estudio del presente inciso, procuraremos llegar a la conclusión final del presente tema de investigación, desde luego con la intención de demostrar la hipótesis planteada.

Al respecto nos apoyaremos en las disposiciones legales, así como en las opiniones doctrinarias emitidas por los autores, procurando establecer cual o cuales figuras predominan y en su caso absorben al beneficio de división, situación que resultará de la debida comparación que al efecto se haga.

Procedamos a realizar de una manera breve el planteamiento del -- problema, ya que en el desarrollo de este trabajo, se ha hecho en términos generales.

Tenemos que el origen del problema se deriva de lo dispuesto por el artículo 2827 del Código Civil, siendo más específicos diríamos que lo es solo la última parte de dicho precepto, permitiéndonos citar textualmente el artículo.

Artículo 2827 del Código Civil: "Si son varios los fiadores de un deudor por una sola deuda, responderá cada uno de ellos por la totalidad de aquélla, no habiendo convenio en contrario; pero si uno solo de los fiadores es demandado, podrá hacer cita a los demás para que se -- defiendan conjuntamente y en la proporción debida estén a las resultas del juicio".

Este artículo es el último que se encuentra ubicado dentro del capítulo II, que trata de los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor.

La primera parte del precepto antes transcrito, parece ser que -- nos da la regla general al decir que cada uno de los fiadores responderá ante el acreedor por el total de la deuda, solo que la segunda -- parte del mismo artículo, tal parece que destruye lo anterior.

Lo señalado por el artículo en su parte inicial, le otorga a la obligación el carácter de solidaridad a la obligación, máxime que la misma deriva de una disposición de la ley, en consecuencia, surte sus efectos por ministerio de la misma, en tal virtud podemos decir que el

acreedor tiene derecho a reclamar de cualquiera de los fiadores, el pago total de la deuda.

Dicho de una manera más precisa, diríamos que la parte inicial -- del artículo 2827 del Código Civil, tiene un contenido que implica solidaridad pasiva legal. Pasiva en virtud de que la pluralidad de personas se encuentra entre los obligados a cumplir en su totalidad la obligación contraída; legal, por derivar de una disposición normativa.

Se hace la aclaración de que en realidad la obligación que existe entre acreedor y fiadores tiene efectos de una solidaridad y no de una indivisibilidad, aunque esta sea la característica de la solidaridad, solo que se trata de una consecuencia meramente legal, no así en la indivisibilidad, ya que nuestra legislación al reglamentar la indivisibilidad se rige por la naturaleza del objeto, es decir, que para saber si hay o no indivisibilidad debemos tomar en cuenta si la prestación es susceptible, incluso el artículo 2004 del Código Civil de una manera muy clara, señala que: "La solidaridad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible, ni la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria."

Es obvio que cuando el objeto no permite la división, no se requiere de la solidaridad puesto que ésta última tiene su origen en la voluntad de las partes o por disposición de la ley, pero de cualquier manera tal indivisibilidad se origina por un efecto o consecuencia meramente jurídica, lo que viene a resultar en consecuencia, que la solidaridad es un efecto jurídico, mientras que la indivisibilidad depende de la naturaleza del objeto o de la prestación.

Continuemos estudiando el artículo 2827, sigue diciendo el precepto: "... no habiendo convenio en contrario; ...".

Este convenio en contrario, ¿quiénes lo han de celebrar? si por un lado la primera parte del artículo impone la obligación a cada uno de los fiadores a responder por la totalidad de la deuda, situación --

que opera siempre y cuando no haya convenio en contrario, es decir, -- que analizando e interpretando esta parte, concluiríamos diciendo que dicho convenio deberá ser celebrado en todo caso entre los fiadores y el acreedor y una vez celebrado es obvio que al fiador se le podrá reclamar según lo que se haya convenido, es decir, que la reclamación -- quedaría supeditada a los términos del convenio, pero en todo caso, no estaríamos hablando de un beneficio de división, sino que en realidad se trata de una división derivada de una mancomunidad quee viene a ser el resultado del convenio celebrado entre el acreedor y los fiadores. (73).

Ahora bien, qué sucede si dicho convenio se celebrará entre los fiadores, sencillamente no tendrá efecto dicho pacto en contra del -- acreedor, puesto que no le pueden afectar los pactos hechos por otras personas, máxime que el beneficio de división no es oponible al acreedor, sino que solo opera entre los fiadores.

En realidad resulta ocioso que los fiadores tengan que hacer un -- convenio para dividirse la deuda ante el acreedor, puesto que el artículo 2837 hace tal división de una manera legal, situación que opera una vez que alguno de los fiadores haya hecho el pago de la totalidad de la deuda por virtud de demanda judicial, nótese que la división a -- que se refiere este último artículo, tiene lugar hasta en tanto se haga el pago, no antes, pero en tal virtud la división que se observa no deriva del beneficio de división, sino que tiene su origen en una subrogación legal, sólo que el fiador que ha hecho el pago de los demás fiadores, ha de exigir el pago de la parte proporcional que les corresponda, incluso también si es que se presentare la insolvencia de algún fiador.

Consideramos que la anterior interpretación es la correcta y no -- como lo señala el autor Rojina Villegas, ya que este autor dice que el

(73) Lozano Noriega, Francisco. Ob Cit. pag. 375.

beneficio de división tendrá lugar siempre y cuando haya pacto expreso entre los fiadores y el acreedor y en todo caso es cuando opera el beneficio de división respecto del acreedor. (74).

Lo señalado por el anterior autor resulta erróneo, puesto que como antes se señaló que al haber convenio entre el acreedor y los fiadores, respecto de la división de la deuda, da origen a una mancomunidad, más no a un beneficio de división oponible al acreedor.

Como se puede ver, consideramos que se confunde el beneficio de división con las relaciones entre fiadores, situación que no es posible ya que éste acontece principalmente hasta en tanto se haga el pago por alguno de los fiadores, no antes.

Sabemos que de conformidad con la primera parte del artículo 2827 del Código Civil, la deuda es indivisible entre los fiadores, respecto del acreedor, no entre los fiadores en las relaciones entre sí.

Por cuanto hace a la última parte del artículo 2827 del Código Civil, tal parece que destruye a la primera parte del mismo precepto, como ya se indicaba, pero sabemos que no es así, puesto que el beneficio de división no es oponible al acreedor y que tampoco es una excepción que disponga el fiador en contra del acreedor, es decir que podríamos concluir que el beneficio de división no existe para con el acreedor, por tal motivo es imposible oponerlo en su contra.

En incisos anteriores estudiamos lo relativo a la citación que puede hacer el fiador que es demandado, para que se acuda al juicio, se defienda y en la proporción debida esté a las resultas del juicio, señalabamos que el hecho de que acudiera al juicio no obligaba al C. Juzgador, para que modificara la litis planteada por el acreedor y que por ende no podía condenar a que cada cofiador le pagara al acreedor su parte proporcional, sino que la resolución debería ser en el senti-

(74) Cfr. Rojas Villagas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Ob. cit. - 328.

do de que todos los que acudieron al juicio, ya sea por haber sido demandado o haber sido llamados, resultarían condenados a pagarle al -- acreedor las prestaciones reclamadas.

Señalabamos también que si acaso la citación hecha a algún fiador, podía servir para que cuando el fiador demandado hiciera el pago y después reclamara a los demás fiadores la parte proporcional, tendría el efecto de que ya no le pudieran oponer las excepciones de que pudieran disponer los cofiadores, siempre y cuando se trate de las que refiere el artículo 2838 del mismo ordenamiento legal citado, aún suponiendo -- que por lo menos la citación sirvió de algo, podemos decir que sin duda el fiador que es demandado para que pague su parte proporcional, seguramente opondrá todas las excepciones que le sean posibles en el mismo sentido se expresa el autor Leopoldo Aguilar Carbajal.⁽⁷⁵⁾.

Observamos que para los fiadores la obligación si es divisible, -- incluso el artículo 2837 del Código Civil lo señala muy claramente, -- además de que faculta al fiador que pagó por demanda judicial, para -- que les cobre a los cofiadores su parte proporcional, situación que -- también se presenta en la obligación solidaria, es decir, que el deudor solidario que paga, puede reclamar de los otros el pago de su parte proporcional.

Lo anterior puede confirmarse de la simple lectura del artículo -- 2838 del Código Civil, ya que este precepto supone la división de la -- deuda entre fiadores, pero una vez que se hace el pago, ya que incluso señala cuales son las excepciones que puede oponer el fiador que es -- demandado para que pague su parte proporcional.

Al respecto cabe aclarar que el beneficio de división, lo tienen los fiadores en las relaciones entre sí, es decir por ministerio de -- ley, así como los beneficios de orden y excusión, solo que éstos los -- disponen el fiador en contra del acreedor.

(75) Cfr. Aguilar Carbajal, Leopoldo. CONTRATOS CIVILES. Ed. Porrúa, México 1982. pag. 253.

Para que el beneficio de división de la deuda que opera entre los fiadores, no sea oponible entre ellos, éste deberá ser renunciado por los mismos con la salvedad de que tal renuncia deberá constar expresamente para que surta sus efectos legales.

Para abundar, me permito transcribir lo dispuesto por el artículo 2839 del Código Civil, que dice: "El beneficio de división no tiene lugar entre los fiadores ... Nótese que dice entre los fiadores.

Sigue diciendo el precepto:

I. Cuando se renuncia expresamente;

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

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

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

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

Dicho beneficio de división no opera por ministerio de ley, sino que debe oponerse y con ello obtener la otra ventaja de que el fiador, responderá de la insolvencia de los demás deudores que lo sean y ni -- por ella, cuando ésta sea posterior de igual manera, cuando el acreedor voluntariamente haga el cobro a prorrata, artículo 2840 del Código Civil.

Con lo anterior podemos concluir diciendo que el beneficio de división existe solo entre los cofiadores, una vez que se ha hecho el pa

go al acreedor, no así frente a éste, con lo cual se da por terminado el presente trabajo de investigación sobre lo que se denomina inoperancia del beneficio de división, según nuestra Ley vigente, considerando que con el presente trabajo, ha quedado debidamente demostrada la inoperancia del beneficio de división en el contrato de fianza.

CONCLUSIONES .

1. El contrato de fianza, al igual que la solidaridad y la mancomunidad, tuvieron un origen común en el Derecho Romano, específicamente en las estipulaciones, que no eran un contrato, sino un pacto con efectos jurídicos, aunque con el tiempo adquirieron cada figura su autonomía y características propias, hasta llegar a la reglamentación de cada una de ellas, como hoy la conocemos.
2. Las características del contrato de fianza, fundamentalmente son el beneficio de orden y de excusión, pero sin ellos se presentaría la misma situación que en una obligación solidaria, es decir, que el acreedor podría demandar de cualquiera de ellos el total de la deuda en forma directa.
3. En el contrato de fianza no es lo mismo un fiador solidario que un deudor solidario o un codeudor, la diferencia radica en que en el caso de codeudores solidarios, el acreedor puede elegir a -- quien cobrar, mientras que en el caso de la fianza no.
4. La nota distintiva del contrato de fianza con otras figuras afines históricamente, lo es precisamente el carácter de la obligación subsidiaria o de consecuencia, como le llaman algunos autores por ser éste el efecto directo de dicho contrato y no tanto los beneficios, puesto que éstos pueden ser renunciados por el -- fiador.
5. El beneficio de división tampoco es una característica exclusiva del contrato de fianza, puesto que también opera en la solidaridad y la indivisibilidad.
6. El beneficio de división no opera en nuestro derecho, puesto que no es oponible al acreedor y sólo surte sus efectos entre fiadores, de conformidad con las disposiciones legales vigentes.
7. La división de la deuda, tiene lugar cuando uno de los fiadores --

hace el pago total de la deuda al acreedor, operando ésta al momento de hacer el cobro proporcional a los demás fiadores, pero tal división no se deriva de un beneficio de división, sino de -- otras acciones, como sería la subrogación, la acción de reembolso, por ende en nuestro Derecho, el beneficio de división no opera como lo concibieron los Romanos o como lo reglamenta el Código Francés, es decir, lograr la división de la deuda antes de hacer el pago por sí mismo.

8. La mancomunidad no es más que un beneficio de división anticipada el cual también surte sus efectos solo entre los codeudores, pero pactado previamente entre el acreedor y los deudores desde el momento de la celebración del acto, obligando al acreedor a reclamar desde un principio la parte pactada con el deudor.
9. La fianza civil se encuentra sobrereglamentada y la misma ley la hace ineficaz, por tal motivo ha sido relegada a último término, para ser suplida su función que debió corresponderle, por afianza doras que al final han resultado más problemáticas que cualquier ciudadano, incluso sus función loable que le dio origen y vida, - ha quedado en entredicho y lejos de ser una figura para ayuda al amigo, al pariente, como actos de benevolencia, ha pasado a ser meramente lucrativa.
10. El contrato de fianza debe adecuarse a la situación económica actual, mediante la simplificación de su reglamentación, derogando lo relativo a la opción de relevar al fiador, el beneficio de orden y aunque no surte efectos, también el beneficio de división a efecto de que su ejecución sea acorde con los principios de la -- impartición de justicia pronta y expedita, dejando sólo lo relativo al beneficio de excusión, por considerar que cumple con la función del contrato de fianza, puesto que permite la posibilidad de cobrar primero en los bienes del deudor principal y después si -- fuere necesario, sobre los bienes del fiador.

BIBLIOGRAFIA .

1. Acosta Romero, Miguel y Gónfora Pimentel, Génaro O.
EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL FEDERAL. LEGISLACION. JURISPRUDENCIA: DOCTRINA.
Editorial Porrúa, Segunda Edición, 1986.
2. Aguilar Carbajal, Leopoldo.
CONTRATOS CIVILES,
Editorial Porrúa, México, 1982.
3. García López, Agustín. Lic., Cátedra impartida por.
Carpizo Mcgregor, Jorge. , Apuntes tomados por.
APUNTES DE CONTRATOS.
México, D. F.
4. Arce y Cervantes, José; Bejarano Sánchez, Manuel. et al.
LIBRO DEL CINCUENTENARIO DEL CODIGO CIVIL.
Presentación a cargo del Dr. Héctor Fix-Zamudio.
U.N.A.M., México, 1978.
5. Batiza Rodolfo.
LAS FUENTES DEL CODIGO CIVIL DE 1928.
Editorial Porrúa, México, 1979.
6. Borja Soriano, Manuel.
TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES.
Editorial Porrúa, 9a. Edición, 1981.
7. D'ors, Alvaro.
DERECHO PRIVADO ROMANO.
4a. Edición, revisada, Pamplona, 1981.
8. García Maynes, Eduardo.
INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO.
39a. Edición. Editorial Porrúa, México, 1986.
9. Gaudement, Eugene.
TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES.
Traducción y notas de Derecho Mexicano por Pablo Macedo.
Editorial Porrúa, 2a. Edición, México, 1985.
10. JUS, REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES.

Tomo XII, Núm. 75, octubre 1944.

11. Lozano Noriega, Francisco.
CUARTO CURSO DE DERECHO CIVIL. CONTRATOS.
5a. Edición, editada por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, D.F., 1990.
12. Pallares, Eduardo.
TRATADO DE LAS ACCIONES CIVILES. Corregida y aumentada.
Editoria Porrúa, 2a. Edición, México, 1985.
13. Peirano Facio, Jorge, Dr.
CURSO DE CONTRATOS.
Tomo IV. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo.
14. Peniche López, Edgardo.
INTRODUCCIÓN AL DERECHO Y LECCIONES DE DERECHO CIVIL.
21a. Edición. Editorial Porrúa, México, 1989.
15. Petit, Eugene.
TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO.
Traducción de la 9a. Edición Francesa y aumentada con notas originales muy amplias por Don José Fernandez y Dr. Don José Ma. Rizzi
Editorial Porrúa, 3a. Edición, 1986.
16. Pina, Rafael de y Castillo Larrañaga, José.
INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL.
Editorial Porrúa, 17a. Edición, 1985.
17. Pina, Rafael de y Pina Vara, Rafael de.
DICCIONARIO DE DERECHO.
Editorial Porrúa, 14a. Edición, 1986.
18. Pina, Rafael de.
ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO. TOMO III: OBLIGACIONES CIVILES. CONTRATOS.
Editorial Porrúa, 6a. Edición, 1983.
19. Planiol, Marcel y Georges Ripert.
TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL, CONTRATOS DE GARANTIA, PRIVILEGIOS E HIPOTECA.
Traducción por el Lic. José M. Cajica Jr., miembro de la asociación y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Puebla.
Cárdenas Editor y Distribuidor.

20. Rodríguez Rodríguez, Joaquín.
DERECHO MERCANTIL, TOMO II.
19a. Edición, Revisada por José V. Rodríguez del Castillo.
Editorial Porrúa, 1988.
21. Rojina Villegas, Rafael.
COMPENDIO DE DERECHO CIVIL.
TOMO III: TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES.
TOMO IV: CONTRATOS.
Editorial Porrúa, 18a. Edición.
22. Rojina Villegas, Rafael.
DERECHO CIVIL MEXICANO. TOMO VI, VOL. 1: CONTRATOS;
TOMO VI, VOL. II: CONTRATOS.
5a. Edición corregida y aumentada.
Editorial Porrúa, México, 1986.
23. Ruiz Rueda, Luis. Profr. de la Escuela Libre de Derecho en Seguros y Fianza.
EL CONTRATO DE FIANZA DE EMPRESA EN EL PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO. CRITICA Y CONTRAPROYECTO.
México, 1960.
24. Sánchez Medal, Ramón.
DE LOS CONTRATOS CIVILES, TEORIA GENERAL DEL CONTRATO, CONTRATOS EN ESPECIAL. REGISTRO PUBLICO DE LA PROPIEDAD Y DEL COMERCIO.
9a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1986.
25. Sánchez Medal Urquiza, José Ramón.
LA RESOLUCION DE LOS CONTRATOS POR INCUMPLIMIENTO.
Editorial Porrúa, 3a. Edición, 1984.
26. Zámora y Valencia, Miguel Angel.
CONTRATOS CIVILES.
Editorial Porrúa, 3a. Edición, México, 1985.

LEGISLACIONES CONSULTADAS.

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Código Civil para el Distrito Federal.
- 3.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- 4.- Código Penal para el Distrito Federal.
- 5.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
- 6.- Código de Comercio.
- 7.- Ley de Instituciones de Fianzas de 31 de Diciembre de 1942.
- 8.- Ley Federal de Instituciones de Fianzas de 1950.