

18
2ef.

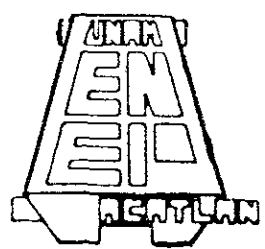


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

ESTUDIO EXEGETICO DEL BENEFICIO DE ORDEN Y EXCUSION EN LA FIANZA CIVIL.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ADRIAN ARTEAGA NAVARRO



NAUCALPAN DE JUAREZ, ESTADO DE MEXICO. NOVIEMBRE DE

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

260925

1998



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

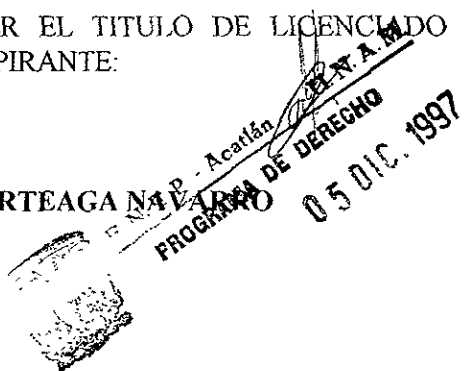
"ACATLAN"

CARRERA: LICENCIATURA EN DERECHO

**TITULO: ESTUDIO EXEGETICO DEL BENEFICIO DE ORDEN Y
EXCUSION EN LA FIANZA CIVIL.**

**TESIS QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN
DERECHO PRESENTA EL ASPIRANTE:**

ADRIAN ARTEAGA N42



Naucalpan de Juárez, Estado de México a 21 de Noviembre de 1997

DEDICATORIAS

A Doña Rosario Navarro Vda. De Arteaga:

Por ser la persona que más apoyo me ha dado en éste mundo.

A Don Adrián Arteaga Trejo:

Por inculcarnos el amor a la vida y al trabajo desde muy pequeños.

A Yolanda, Robert, Rosario y Susana:

Por su inseparable compañía y apoyo en los momentos que más los he necesitado, y en espera de que el mismo no se rompa.

A Lic. Laura Luz Ramírez Monroy:

Por haber hecho el esfuerzo y la dedicación de impulsar a éste, en ser mejor día a día, y enseñar a enfrentar adversidades.

A Lic. Jose Jorge Servin Becerra:

Por su incomparable apoyo y dedicación, para la elaboración de éste trabajo, y por la enseñanza que día a día proporciona en las aulas, enseñándonos lo que es la vida.

A los Profesores de la ENEP. Acatlan:

Por la vocación de servicio, y la enseñanza que día a día otorgan en las aulas de esta apreciable institución

INDICE

INTRODUCCION.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FIANZA

A) En el Derecho Romano	2
B) En el Código Civil de 1870	10
C) En el Código Civil de 1884	16
D) En el Código Civil de 1928	19

CAPITULO II

CONCEPTO DE FIANZA

A) Etimología de la palabra Fianza	21
B) Función Económica de la Fianza	27
C) Concepto Jurídico de la Fianza	30
D) Naturaleza Jurídica de la Fianza	34
- Elementos de Existencia	39
- Requisitos de validez	43
E) Clasificación de la Fianza	46
F) Estudio Comparativo entre la Fianza y Figuras afines	47
- Novación	47
- Obligación Solidaria	49
- Convenio de Port. Fort.	50
- Mandato de Crédito	51
- Cartas de Recomendación	53
- Aval Cambiario	54

CAPITULO III

EFFECTOS QUE PRODUCE LA FIANZA

A) Efectos de la Fianza	57
B) Efectos derivados después de celebrado el Contrato	58
C) Efectos Jurídicos y Relación de Fiador-Fiado	59
D) Efectos Jurídicos y Relación de Fiador-Acreedor	68
E) Efectos Jurídicos y Relación de Fiador-Cofiadores	75
F) Efectos Jurídicos de la Fianza en otro tipo de operaciones	79

CAPITULO IV

DEL ORDEN Y LA EXCUSION

A) Concepto de Orden y Excusión	82
B) Beneficio de Orden	84
C) Beneficio de Excusión	90
D) Elementos para que se de la Excusión	95
E) Cuando no se da la Excusión	97
F) Cuando se hace valer el beneficio de Excusión en Juicio	99
G) Beneficio de División	101
H) Cuando se debe hacer valer el beneficio de División	105

CAPITULO V

CONCLUSIONES

1.- Conclusiones capítulo I.....	106
2.- Conclusiones capítulo II.....	109
3.- Conclusiones capítulo III.....	114
4.- Conclusiones capítulo IV.....	118
5.- Conclusiones Finales.....	121

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA.....	123
-------------------	-----

INTRODUCCION

Es muy conocido que en la actualidad las relaciones humanas se encuentran muy deterioradas, en especial cuando se trata de asuntos eminentemente patrimoniales, ésta situación no prevalece únicamente en nuestro país, sino, que además, se da en aquellos en que los niveles de vida no alcanzan uno parecido a los de los llamados del primer mundo

Además es también muy conocido, que en fechas anteriores el ser garante de alguna otra persona era una situación totalmente honrosa, como lo fue en el derecho Romano, en el que incluso se apostaba el patrimonio propio por la conducta que un tercero tenía que realizar, en el México Precolonial, ésta situación fue más allá de lo que podríamos llamar normal, ya que que en ésta época se apostaba no solamente el patrimonio, y hasta la libertad propia, pero en éstas épocas esas relaciones humanas se encontraban ligadas mucho más, que en la actualidad.

En la actualidad que ha sucedido, para que estas relaciones se hayan deteriorado, y que incluso algunas de las que se consagran en la Ley, tiendan a desaparecer, como lo es para el caso de la fianza, ésta figura es una de las llamadas de garantía, y que además resulta ser muy especial, dado que en ésta el garante llamado fiador, no ha recibido alguna contraprestación por el consentimiento de dar fianza, como lo es en la de empresa, o como puede ser en el caso del obligado solidario en que éste se pudo haber vuelto favorecido por el acreedor, dada su obligación, o como lo puede ser inclusive para el mismo aval, quien dada la naturaleza del título de crédito, éste ya no tiene beneficios que oponer al beneficiario del mismo, para esas figuras resulta comprensible que no existan los llamados beneficios de orden y de excusión, pero en la figura del fiador éstos beneficios resultan indispensables, ya que en un momento determinado, los mismos pueden constituir verdaderas defensas el

fiador, al momento de que el acreedor le llegase a demandar el pago, por el incumplimiento del fiado.

Es por ello que puede establecerse en la misma Ley que los beneficios de orden, excusión y división no se hagan renunciar a la figura del fiador, ya que éste no obtuvo un beneficio por el otorgamiento de la fianza, más aún que con la simple renuncia que haga de éstos derechos puede verse afectado de alguna manera considerable en su patrimonio, por lo que se puede determinar que el acreedor debe de seguir el orden de como se encuentran ubicados los sujetos en esa obligación, y ejecutar primeramente al fiado, y sólo para el caso meramente excepcional, sobrevenga insolvencia del deudor, ejecutar en los bienes del garante.

CAPITULO I
ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FIANZA

Para empezar con el estudio de lo que son los antecedentes históricos de la fianza, es necesario precisar lo que se entiende por antecedente, y del cual se establece que:

Antecedente: Acción, dicho, o circunstancia anterior que sirve para juzgar hechos posteriores.¹

De lo anteriormente dicho, hay que hacer notar que la palabra antecedente nos puede ayudar a conocer los hechos, y las consecuencias que generen, es decir que para poder conocer bien el presente hay que seguir los antecedentes y así poder encaminar mejor un futuro.

Asimismo, hay que hacer mención a lo que denotamos como histórico, siendo el mismo:

Histórico.- Averiguado, comprobado, cierto por contraposición a lo fabuloso o legendario.²

Tomando como base las dos definiciones expuestas, se desprende que para poder determinar a ciencia cierta, lo que ocurre en la actualidad y para poder llegar a un futuro determinado, hay que conocer los hechos anteriores, mismos que han sido plenamente comprobados, y que han generado ciertas consecuencias para la enseñanza de los que viven en el presente.

¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Tomo I, página 150 vigésima primera edición
² IDEM, Tomo II, Página 1114

Una vez que de manera muy somera se ha hecho un análisis de lo que son los antecedentes históricos, cabe buscar cuales son esos antecedentes que en la historia se han ido dando para poder comprender y analizar de una mejor manera la figura de la fianza en materia civil.

A) EN EL DERECHO ROMANO.

El derecho Romano, es una de las principales bases que hay que tomar para llegar a entender de una mejor manera los preceptos legales en cualquiera de las comunidades latinas, que tengan como una de las principales fuentes inspiradoras de sus legislaciones, a el Derecho Romano, ya que este derecho que se dió en la época del Imperio Romano, y además es una de las bases más sólidas que se pueden encontrar en cuanto a fuentes históricas se refiere, para un mejor conocimiento del área del derecho civil en las sociedades actuales que tienen un sistema parecido al Romano, y no al Anglosajón, por ejemplo.

Ya en el derecho Romano se habla perfectamente de lo que es una garantía y se distingue perfectamente entre lo que es una garantía real y una garantía personal, a la garantía la conocen bajo el nombre del *adpromissor*, del cual se estableció como:

Adpromissor, el que se compromete accesoriamente con el promitente principal para garantizar al acreedor, contra el riesgo de la insolvencia del deudor.³

De la definición que nos da el maestro Petit, se desprende que el *adpromissor* es una garantía y que una de las principales características que reviste es que ésta es

³ PETIT EUGENE, Tratado Elemental de Derecho Romano, página 356.

accesoria, característica que también tienen los contratos de garantía en nuestra legislación actual.

También se establece que es para el debido cumplimiento de una obligación, al momento de que diera la insolvencia del deudor, característica que también nuestro Código Civil adopta, es decir que el cumplimiento por parte del *adpromissor* es en forma indemnizatoria, para el caso de incumplimiento del deudor a la obligación, que tenga que dar, hacer o no hacer.

También hay que hacer notar que se manejan diferencias entre lo que se conoce como garantías personales y reales, siendo la primera a la que se le denomina bajo el nombre de *adpromissor*, mientras que la garantía real, consiste en la afectación de una cosa al pago de una deuda.

De las diferencias más notables entre la figura del *adpromissor* o garantía personal y la llamada garantía real, resaltan las siguientes:

- a) Que la figura del *adpromissor*, permite al acreedor que mediante un procedimiento más ágil y rápido se realice el pago, ante la insolvencia del deudor.
- b) Que la garantía real, es un trámite más lento, ya que el acreedor se encuentra en la posición de que para poder cobrar la obligación que le es debida necesita vender la cosa dada en garantía.

De las diferencias antes enunciadas cabe hacer notar que si bien al darse la insolvencia del deudor, el que tenía la obligación de cumplir era el *adpromissor*, para el caso de la garantía personal, a la que los ciudadanos romanos consideraron

que era una manera mucho más rápida para asegurar el debido cumplimiento de la obligación.

Pero de lo que no cabe duda es que la llamada garantía real da mucha más seguridad al acreedor del pago que le es debido, aunque el procedimiento para hacerlo sea más tardado.

Dentro de lo que es la figura del *adpromissor* se encuentra una clasificación, en el derecho romano, las cuales resultan ser:

i) *Sponsores*, figura que única y exclusivamente se daba para los ciudadanos Romanos.

ii) *Fideipromissores*, figura que recae tanto en los ciudadanos Romanos así como en los extranjeros.

iii) *Fidejussores*, los cuales dicho de otra manera eran los propios fiadores, de los cuales se detallarán más adelante.

De las primeras figuras cabe destacar que reúnen características semejantes, de las cuales se mencionan:

1.- Son personalmente deudores.- se han comprometido *verbis* a pagar la misma cosa que el deudor principal, pueden ser perseguidos por el estipulante. Pero el pago de uno solo de ellos libera a los demás.

2.- Son deudores accesorios.- por consiguiente, no pueden comprometer otra cosa que el obligado principal, ni obligarse bajo condiciones más onerosas; pero pueden prometer menos, no suministrando así al acreedor más que una garantía parcial.

3.- Son mandatarios del deudor principal.- obligados en el interés del deudor principal, y no por su propia cuenta, tienen pues, el derecho de recurrir contra, él cuando han pagado.⁴

Asimismo, hay que hacer notar que la *ley Publilia*, autorizó a que éstas dos figuras fueran reembolsados dentro del término de seis meses.

En el derecho romano se habla de lo que es la fianza estipulativa de la cual el maestro Margadant nos dice :” la fianza es un contrato por el cual una persona (fiador) se obliga a cumplir en caso de que otra persona (fiado) , sujeto pasivo de una obligación garantizada por la fianza, no cumpla.”⁵

De la definición antes enunciada se infiere que es un contrato accesorio, que para que surta efectos el mismo depende necesariamente de una obligación principal.

También lo que se hace notar, es de que nace el deber de cumplir con la obligación, por parte del fiador, al momento de que su fiado incumpla con la obligación a la que tiene que hacer frente.

Así pues se consideró que la fianza en el derecho romano, reúne las siguientes características:

1.- Se une siempre a una obligación principal.- de la cual se establece que el empleo de la fianza no esta limitada a las obligaciones *verbis*. Por lo que puede

⁴ IDEM, página 358

⁵ FLORIS MARGADANT GUILLERMO S , El Derecho Privado Romano, página 385

sobrevenir de una obligación cualquiera, ya sea civil, pretoriana, y lo mismo de una obligación natural.⁶

De tal modo que el fiador a su vez dependía de él seguimiento que tuviese la obligación principal.

2.- Debe de tener el mismo objeto que la obligación principal, ya que si el deudor se obligo a prestar otra cosa, por ende la fianza sería nula, y de lo que resulta, que el fiador no puede obligarse a realizar prestaciones más onerosas, de las que el obligado principal.

Hay que destacar que la fianza no era limitada en cuanto a su duración, como lo eran las figuras del *Sponsor* y *Fideipromissor*, ya que ésta es perpetua y transmisible a los herederos, es decir que la misma seguirá vigente durante el tiempo en que se realice el cumplimiento de la obligación principal.

En cuanto a las relaciones del fiador con el acreedor se estableció que:

- El fiador se ha obligado para con el acreedor, a pagar la totalidad de la prestación que a éste último le es debida por el deudor principal, por lo que no existe obligación por parte del acreedor a exigir primeramente el cumplimiento de la obligación que le es debida al deudor principal, sino que queda a su disposición elegir a cualquiera de los fiadores.

- Si alguno de los fiadores paga, libera a los demás para con el acreedor, siendo el que pagó, ahora el nuevo acreedor.

Debido a que el acreedor en el momento que el lo dispusiese podía exigir el debido cumplimiento de la obligación, además tenía la facultad de exigir ese

⁶ PETIT EUGENE, Op. Cit., página 360

cumplimiento tanto al deudor original como al fiador ó sus cofiadores, para lo cual se establecieron los siguientes beneficios.

i) Beneficio de división.- que consiste en que la deuda se divida de pleno derecho entre los fiadores que existieren al momento de que la obligación fuere exigible.

Por tal motivo el acreedor no puede exigir a uno de los fiadores el cumplimiento de la obligación de manera total, asimismo, el fiador estaba obligado a pagar la parte que le correspondía; en otros términos se puede decir que la deuda a liquidar era prorrateada entre los fiadores, por partes iguales, este beneficio se concede por un rescripto que se llamó *Epístola de Hadriani*.⁷

También se estableció que si uno de los fiadores perseguidos pagaba el total de la deuda por error, éste no tenía acción para reclamar el pago excedente que hubiese hecho.

Asimismo, si uno de los fiadores no gozaba del llamado beneficio de división y acreditaba al magistrado la solvencia de los demás fiadores, esto bastaba para que el acreedor se obligara a dividir el crédito que le era debido en partes iguales.

ii) Beneficio de orden ó de discusión.- es el beneficio que se le concedió al fiador para exigir que el acreedor persiguiese primero al deudor original antes de que éste se dirigiera contra el fiador.

También se establece dentro de éste beneficio que, en caso de ser evidente, de antemano, que la ejecución en el patrimonio del deudor principal no daría ningún

⁷ IDEM, página 361

resultado, el Juez podía negar este beneficio al fiador, ya que en éste caso, lo más probable era que lo hubiese solicitado con el propósito de ganar tiempo.⁸

En cuanto se refiere a la relación del fiador con el deudor principal (fiado), se establece que:

Como el fiador no está obligado por sí mismo, sino que es a cuenta de otro, se consideró que no era justo que esta deuda quedara a su cargo, por lo que existió la necesidad de que éste tuviese algún recurso en contra del deudor principal con el objeto de que éste le indemnizara el pago que había efectuado, a lo cual se establecieron recursos por parte del fiador en contra del deudor principal:

a) *La acción mandati contraria*.- esta se da cuando el fiador ha garantizado el cumplimiento total de la obligación a petición del obligado principal.

b) *Acción negotiorum gestorum contraria*.- esta acción procede cuando el fiador se ha comprometido a garantizar el cumplimiento, sin petición alguna del deudor principal, pero sin oposición del deudor.

c) *Acción negotiorum gestorum utilis*.- esta procede cuando el fiador ha garantizado el cumplimiento de una obligación aún con oposición del deudor, acción a la que no se le concede recurso alguno por la naturaleza y forma en que el fiador se obligó.

En cuanto a la relación que existe entre el fiador y los demás fiadores se establece lo siguiente:

⁸ FLORIS MARGADANT GUILLERMO S., Op. Cit , página 388

Si había varios fiadores que hubieren afianzado el cumplimiento de una obligación y si alguno de ellos pagaba el total de la deuda, éste no tenía nada que reclamar a los demás, ya que los últimos al que habían afianzado era al deudor principal contra el acreedor original.

En tal circunstancia existió la necesidad de crear una figura que garantizara al fiador para que éste no sufriera una desproporción en su patrimonio, dada la relación que existía entre el fiador con los cofiadores, misma que resulta ser:

Beneficio de Cesión de Acciones.- el cual consiste en que el fiador se dirija al acreedor, teniendo el derecho de pedirle la cesión de sus acciones contra los demás coobligados, ofreciéndole el pago íntegro de la deuda.⁹

En cuanto a la extinción del contrato de fianza se estableció que ésta puede serlo por dos vías:

a) *Vía de Consecuencia*.- ésta manera de extinguir la fianza, se da al momento de que la obligación ha dejado de ser exigible, ya que no se puede concebir una garantía, si el motivo que da origen a esa garantía ha dejado de existir. Pero para que se diera esta vía era necesario que la obligación concluyera de una manera absoluta.

b).- *Vía Directamente*.- esta se da cuando una causa da origen a la extinción de la fianza, pero solamente en la persona del fiador, es decir que puede ó no seguir subsistente la obligación afianzada.

⁹ PETIT EUGENE, Op. Cit , página 364

B) EN EL CODIGO CIVIL DE 1870

Antes de que entrara en vigor el Código Civil de 1870 hubo varias disposiciones que reglamentaron la fianza, de las cuales se puede decir lo siguiente:

- En la época del Derecho Prehispanico se contempla la figura de la fianza, de la cual el maestró Galindo Garfias nos expone:

“ Era conocida la fianza, para garantizar los contratos. Generalmente la fianza consistía en que el fiador se volvía esclavo del acreedor si el deudor principal no pagaba.¹⁰

Definición de la que se desprenden varias características como son:

1.- El Carácter de Accesoriedad de la Fianza, es decir que para que surtiera sus efectos plenamente debería de existir una obligación que le diera origen y que además fuere diversa.

2.- Que era para garantizar el debido cumplimiento de una obligación, cualquiera que fuere.

3.- Que en caso de incumplimiento de pago por parte del deudor principal, la indemnización, que en éste caso se tendría que hacer al acreedor, consistía en que el fiador se volviera esclavo del mismo.

A la llegada de los Españoles a tierras Aztecas, se impusieron nuevos regímenes totalmente distintos de los que prevalecían en el Imperio Azteca, los

¹⁰ GALINDO GARFIAS IGNACIO, Derecho Civil, página 102.

cuales vale la pena enunciar tan solo como antecedentes y por el valor e importancia que significaron para la consolidación de nuestra legislación civil, y de los cuales destacan los siguientes:

Codex Legum, Forum Judicum, Fuero de los Jueces ó Fuero Juzgo, las Leyes del Estilo, el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá, el Código de las Siete Partidas, el Especulō, la Leyes para los Adelantados Mayores, las Leyes Nuevas Dadas por Alfonso el Sabio, el Ordenamiento de las Tartuferias, las Ordenanzas Reales de Castilla, las Leyes del Toro, la Novísima Recopilación, las Leyes de la Nueva Recopilación, los Autos Acordados y las Ordenanzas de Bilbao.¹¹

La Legislación Española tuvo aplicabilidad durante toda la época del Virreinato, aún después de consumada la Independencia y hasta la creación de los primeros Códigos Civiles, de éstos últimos se enuncian los siguientes:

El del Estado de Oaxaca de 1827, el del Estado de Zacatecas de 1829, el del Estado de Jalisco de 1833, de los cuales hay que destacar al del Estado libre y soberano de Oaxaca, el cual tiene como principal fuente inspiradora al Código Civil Napoleónico, mismo del que el maestro Domínguez Martínez, nos dice:

“El Código Civil de Oaxaca de 1827-1829, es importante no tan sólo por ser el primer Código Civil en México, a pesar de ser una obra incompleta, sino porque en el se plasma ya la tendencia a recibir el derecho Francés, cuyos antecedentes parecen remontarse a la figura de Don Miguel Hidalgo y Costilla”.¹²

¹¹ SANCHEZ MEDAL RAMON, Dos Códigos Civiles y Una Escuela de Derecho, página 10.

¹² DOMINGUEZ MARTINEZ JOSE ALFREDO, Derecho Civil, página 61

Así pues los antecedentes más cercanos y de mayor trascendencia para el Código Civil de 1870 son los ya enunciados, más el que resulta más importante para elaboración del citado Código, proviene de la encomienda que hizo el presidente de la república, residente en el Estado de Veracruz en el año de 1857, a Don Justo Sierra, la elaboración de un proyecto de Código Civil, dicho trabajo toma como principal base inspiradora el realizado por españoles y en especial el de Don Florencio García Goyena, recibiendo una gran influencia el proyecto que realizara Don Justo Sierra.

Así entonces, el 15 de enero de 1870 la comisión integrada por Don Mariano Yañez, José María Lafragua, Isidro A. Montiel y Duarte, y Rafael Donde, envían el proyecto de Código Civil el cual se promulga el 8 de diciembre de 1870 y entra en vigor el 1 de mayo de 1871, al cual se le denomina "Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California".¹³

Hay que hacer mención que las principales fuentes que inspiran la creación del Código Civil de 1870, son el proyecto realizado por Don Justo Sierra, el cual como ya se ha dicho fue notoriamente influenciado por el Código Civil Francés así como por los principios del Derecho Romano, por el Código de Cerdeña, por el Código de Austria, Holanda, y Portugal.

En cuanto al contenido del Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, éste contiene 4126 artículos de los cuales del 1388 al 3363, se especifica de una manera detallada el contenido de los contratos, y en dicho apartado se regula no solamente la Teoría General de los Contratos, sino de las Obligaciones también, la ejecución, extinción y nulidad de los mismos.

¹³ IDEM, página 63.

Asimismo, en el referido Código Civil de 1870 se plasman los llamados Contratos de Garantía entre los cuales resultan ser: la prenda, la fianza y la hipoteca.

En cuanto a la fianza se refiere el Código Civil nos da la siguiente definición:

Es la obligación que una persona contrae de pagar ó cumplir por otra si ésta no lo hace.

De la definición que nos proporciona el Código Civil de 1870 se desprende que la fianza es un contrato de garantía, primeramente, y como consecuencia accesorio y de naturaleza indemnizatoria.

De lo que se puede destacar es lo que estableció el artículo 1818 del Código Civil en el cual preceptua a lo siguiente: “que la fianza no puede recaer sino sobre una obligación civilmente valida”.¹⁴

De ese precepto hay que mencionar que al establecerse como una de las características fundamentales para que se diera el contrato de fianza es que ésta recayera sobre una obligación civil y que además fuera válida.

Más sin embargo, en el siguiente artículo, 1819 de Código Civil de 1870 se hace una excepción a la regla prevista por el artículo 1818, siendo necesario enunciar lo que disponía dicho artículo 1819:

“Se exceptúa de lo dispuesto en el artículo anterior, el caso en que la nulidad proceda de incapacidad personal del deudor, con tal de que el fiador haya tenido

¹⁴ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Derecho Civil Mexicano, Tomo VI, Volumen II, página 250.

conocimiento de la incapacidad al tiempo de obligarse y de que la obligación principal sea válida a lo menos naturalmente”.

El comentario que se debe de hacer al precepto en mención es que hay una contradicción en cuanto a lo que se establece por el artículo 1818, al hablar exclusivamente de obligación puramente de carácter civil, mientras que el artículo 1819 establece la existencia de obligaciones naturales, además de que ya también sobre estas puede darse la fianza, siempre y cuando se reúnan los requisitos previstos en el precepto en mención.

De lo que se ha comentado hay que hacer notar que aún cuando lo que dispone el artículo 1818, que para que la fianza surtiera sus efectos plenos recayera sobre una obligación civilmente válida, también, reconoce la existencia de obligaciones naturales, y además de que la fianza puede recaer en un contrato que pueda ser nulo, siempre y cuando el fiador tenga el conocimiento de la incapacidad de su fiado.

En base a tal razón tanto lo que establece el artículo 1818 del Código Civil de 1870 es confuso, razonamiento que el maestro Rojina Villegas, nos indica y el cual determina que la comisión que redactó el Código Civil se inspiró en el artículo 2012 del Código Civil Francés que establece: “ la caución no puede existir sino respecto de una obligación válida, sin embargo, se puede garantizar una obligación que pueda ser anulada por una excepción puramente personal del obligado”.¹⁵

También hay que hacer mención que el Código Civil de 1870 hace una clasificación de la Fianza, estableciéndose que ésta puede ser Legal, Judicial y Convencional.

¹⁵ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Op Cit., página 251.

También la establece como gratuita y onerosa con retribución para el fiador.

Que el fiador no puede obligarse más allá de los límites de la deuda principal, puede no obstante afianzar el débito solo ó en parte.

En cuanto a las formalidades no se exige alguna para el perfeccionamiento del contrato, por lo que sólo basta que el consentimiento sea de manera expresa.

También se consagran los beneficios de orden, de excusión y de división, los cuales podrán prosperar solamente si el fiador no renunció expresamente a ellos.

También se estableció que el fiador pudiese ser obligado solidario con su fiado, gozando el fiador del derecho de ejercitar acción en contra de su fiado, para el caso de que el fiador hubiese cumplido con la obligación que tenía a cargo el deudor.

También se establece que si el fiador cumplía con la obligación que había afianzado, tenía además la obligación de notificar al fiado, con la finalidad de que éste no le opusiere las excepciones personales que tuviere contra el acreedor original.

Por último hay que hacer notar que la extinción de la fianza se daba por alguna de las siguientes causas:

- a) Por la extinción directa de la obligación y
- b) por vía de consecuencia ó indirecta.

C) EN EL CODIGO CIVIL DE 1884

Pasados unos años de la entrada en vigor del Código Civil de 1870 se consideró necesaria la revisión del mismo, por lo que en 1882 a petición del presidente de la República el General Don Manuel González, se crea la comisión revisora del Código Civil de 1870, misma que se encuentra a cargo de los Licenciados Eduardo Ruiz, quien era Procurador General de la Nación, Pedro Collantes y Buenrostro y Miguel S. Macedo, siendo presentada la primera revisión en abril del mismo año al Ministro de Justicia, y la cual es sometida a una segunda revisión presidida personalmente por el ministro de justicia.

En dicha revisión se adopta por iniciativa del propio Ministro de Justicia y previo acuerdo con el Presidente de la República, el principio de la libre testamentificación. Terminada la segunda revisión se envía como iniciativa propuesta por el ejecutivo el nuevo proyecto del Código Civil, esto en el mes de mayo de 1883.

En la cámara de Diputados se crea una comisión para el estudio del proyecto compuesto por los señores Diputados Justino Fernández, José Linares e Ignacio Pombo, mientras que la comisión estaba presidida por el propio Ministro de Justicia.

El dictamen elaborado por la Comisión Revisora del proyecto de la Cámara de Diputados reconoce los antecedentes plasmados en el Código Civil de 1870 expresando: "que éste ordenamiento había sido redactado en su origen por el inteligente Jurisconsulto doctor Don Justo Sierra, reformado después lentamente y aprovechando el material preciosísimo de la Legislación Española, los avanzados

principios de la Legislación Francesa y las correcciones que a ésta última Legislación hicieron los Códigos de Portugal e Italia”.¹⁶

También manifestaron que no era deseo cambiar todo el contenido del Código Civil de 1870, sino que las reformas se reducían exclusivamente a lo que fuese indispensable para satisfacer las necesidades de la sociedad.

De las reformas más sobresalientes en cuanto al contenido del Código Civil de 1884 en relación con el de 1870, resultan ser las siguientes:

a) Se suprimen del Código Civil de 1870 todas las disposiciones que contienen reglas de procedimiento para ser efectivas las prevenciones de dicho Código, trasladando dichas disposiciones al Código de Procedimientos Civiles.

b) Se amplían las causas para la separación de los consortes.

c) Se suprime la interdicción por causas de prodigalidad.

d) Se suprime la restitución in integrum.

e) Se amplía la hipoteca sobre fincas rústicas para comprender en ésta también a los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados total ó parcialmente a la ganadería.

f) Se establece que los gravámenes hipotecarios permanecerán vivos todo el tiempo que el crédito garantizado fuera exigible, conservando durante ese tiempo la prelación derivada de el registro.

¹⁶ SANCHEZ MEDAL RAMON, Op Cit . página 31.

- g) Se reglamenta el mandato Judicial.
- h) Se reglamenta el contrato de servicios profesionales.
- i) Se reglamentan las Ventas Judiciales.
- j) Introduce la libertad de testar.

En cuanto a la materia del contrato de fianza lo más sobresaliente del Código Civil de 1884 resulta ser:

La modificación del artículo 1818 que establecía: “es nula la fianza que recaea sobre una obligación que no es civilmente válida”.

De la cual se suprime el término obligación civilmente valida ya que la comisión revisora consideró necesaria ésta modificación, en atención de que nuestro derecho no hace una distinción de manera clara en que consiste una obligación civil y una obligación natural, ni las diferencias entre estos tipos de obligaciones, asimismo, la comisión se basó fundamentalmente para la modificación del texto del artículo 1818 del Código Civil de 1870 en la siguiente tesis:

“No reconociéndose en nuestra legislación de una manera expresa la división de las obligaciones en civiles y naturales y por lo mismo no refiriéndose ni a unas, ni a otras se reformó el artículo, refiriéndose tan solo a obligaciones válidas, sin agregar que la validez sea civil ó natural, pues para la ley no puede haber obligaciones válidas de diversas clases sino válidas ó no válidas, para que éste artículo, el 1819 y 1820 hubieren subsistido habría sido necesario definir la validez

civil y la natural, distinción que no pareció conveniente aceptar por vaga y expuesta a dudas".¹⁷

D) DEL CODIGO CIVIL DE 1928

La evolución del pensamiento filosófico mundial ha ido experimentando en las últimas épocas, y se ha ido plasmando en varias de las legislaciones de todo el mundo, siendo un ejemplo la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, que adopta muchas de las tendencias que en ese momento surgen.

En cuanto al Código Civil se refiere se establece una Comisión integrada por los Licenciados Francisco H. Ruiz, Ignacio García Tellez y Rafael García, quienes elaboran un proyecto mismo que es publicado el 26 de mayo de 1928, y que después de haber sido objeto de una *vacatio legis*, inicia su vigencia el 1º de octubre de 1932.

Este Código Civil, reemplaza al Código Civil de 1884, así como la ley de relaciones familiares.

De las innovaciones que presenta el Código Civil de 1928, es la que dispone el artículo primero y que establece: "es aplicable en materia común en el Distrito Federal y en toda la República en Materia Federal. En cuanto al contenido original del texto del artículo primero es como sigue:

"Artículo primero.- las disposiciones de éste Código obligan a los habitantes del Distrito y territorios Federales. También obligan a todos lo habitantes de la

¹⁷ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Op. Cit., página 251.

República cuando se aplican como supletorias de leyes federales en los casos en que la federación forme parte y cuando expresamente lo mande la Ley”.

En cuanto a las innovaciones se refieren a la materia de fianzas no se encuentran algunas que difieran notablemente a lo que disponía el Código Civil de 1884.

Sin embargo define a la fianza en el artículo 2794 y establece: “es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace”.

Definición de la que se desprende la accesoriidad de la fianza a un contrato principal, así como los efectos de indemnización por parte del fiador en caso de incumplimiento por parte del fiado.

Se vuelve a tomar la clasificación de las fianzas en legales, judiciales y convencionales.

Se acepta la posibilidad de afianzar obligaciones futuras, en los casos en que la obligación del fiador no es exigible hasta en tanto que no lo sea la propia obligación del fiado.

Se consagran también los beneficios, tanto de orden, de excusión y división y los mismos prevalecerán siempre y cuando el fiador no haya renunciado expresamente a estos.

CAPITULO II
CONCEPTO DE FIANZA

A) ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA FIANZA

Después de que se han analizado los antecedentes históricos de la figura del contrato de fianza, ahora en el presente capítulo se estudia lo que se debe entender por ésta, para poder enfocarnos a una mejor comprensión de lo que ésta delicada figura significa, en nuestra legislación civil.

El llamado contrato de fianza, se encuentra dentro de una clasificación que de manera doctrinal y en la práctica es de los de garantía, por lo que hay que precisar que es lo que se entiende por garantía y del cual se establece que:

GARANTIA.- Acto de afianzar lo estipulado en los tratados de paz o comercio; la cosa con la que se asegura el cumplimiento de lo pactado; obligación del garante, y en general toda especie de fianza.

Toda vez que de ésta definición habla de un garante, hay que definir lo que se entiende por éste, y el cual resulta ser:

GARANTE.- Persona que garantiza con su firma, la concesión de un crédito o de un préstamo a favor de un tercero, denominación equivalente a la de fiador o avalista.¹⁸

De estas definiciones que no dan un concepto amplio de lo que es la figura de garantía, sino que solamente se menciona en un sentido vulgar que es para

¹⁸ DICCIONARIO ENCICLOPEDICO, Economía Planeta, página 232

asegurar el cumplimiento de algo que ha sido pactado con anterioridad, en general ambas definiciones tanto de garantía como de garante se refieren al afianzamiento de una obligación futura.

De lo que se ha expuesto, hay que hacer mención que ambas definiciones no dan conceptos amplios y precisos de lo que es garantía y garante, por lo que se debe de recurrir a otras definiciones de ambas figuras, así el diccionario de la lengua española nos dice:

GARANTIA.- (De garante) efecto de afianzar lo estipulado, fianza, prenda cosa que se asegura y protege contra un riesgo o necesidad; compromiso temporal del fabricante o vendedor, por el que se obliga a reparar gratuitamente la cosa vendida en caso de avería; documento que garantiza éste compromiso.

GARANTE.- Que da garantía.¹⁹

De los conceptos que se manejan tanto de garantía y de garante nos da definición un sentido más amplio de lo que significan ambas figuras, siendo el garante la persona que se obliga para con otro a asegurar el debido cumplimiento de una obligación; mientras que de garantía en un sentido amplio se entiende como el acto de afianzar, asegurar el cumplimiento de una obligación; en un sentido mucho más estricto se entiende que la garantía es el documento que proporciona un productor que realiza la venta de un bien o la prestación de un servicio, ya sea para el caso de que el bien sufra algún daño, esto para el primer caso; mientras que para el segundo no sea de la calidad requerida y haya fallado en algún momento, por negligencia e impericia imputable al propio prestador del servicio.

¹⁹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, página 1022.

De estas definiciones y comentarios hechos tanto a la garantía como al garante, pueden darse las siguientes definiciones en forma personal:

GARANTE.- Persona que se obliga para con otra, sin ser éste, parte en una determinada obligación, a garantizar el debido cumplimiento de la misma, en caso de que esta no sea cumplida por la persona que tenga que realizar dicho cumplimiento.

GARANTIA.- Forma de asegurar el cumplimiento de determinada obligación, a efecto de dar seguridad al acreedor que tenga que recibir el cumplimiento de esa obligación.

También hay que anotar que existe una clasificación hecha de manera doctrinal de las garantías, de las cuales se habla de una garantía real y una garantía personal, resultando ser:

i).- GARANTIA REAL.- Que consiste principalmente en que para asegurar el debido cumplimiento de una obligación, se responde, que en caso del incumplimiento a dicha obligación, se de un bien ya sea mueble ó inmueble, para asegurar el cumplimiento de la obligación que tenga que darse. Como ejemplo se menciona el contrato de prenda y de hipoteca;

ii).- GARANTIA PERSONAL.- Es principalmente el contrato por medio del cual una persona física o moral asegura el cumplimiento de una obligación principal, contraída por otra, en la cual la persona que asegura el cumplimiento cumple en forma personal. En nuestra legislación se contemplan la figura de la fianza y el aval.

De ambos tipos de garantía existen diferencias entre ambas, ya que en la garantía real, se responde en caso de incumplimiento con una cosa cierta y determinada que puede ser mueble ó inmueble, para el debido cumplimiento de una obligación; mientras que en la garantía personal, la persona que la otorga, en determinado momento se convierte también en deudor conjuntamente con el principal, es decir responde en forma personal, para el caso de que la obligación o lo pactado no se haya cumplido por el obligado principal.

En ambos casos, para que se haga efectiva la garantía tanto real como personal, debe darse un supuesto que es necesario, y que consiste en que la obligación asegurada, no haya sido cumplida por la persona que tenía la obligación de realizar la prestación a la que se comprometió.

Ahora bien observando que la fianza se encuentra dentro de las llamadas garantías personales, por ser otra persona ajena a la relación acreedor deudor, la que asegura el cumplimiento de lo que se encuentra previamente establecido, por las personas que en forma principal celebran algún contrato.

Por lo que se debe de precisar de donde proviene la palabra fianza, como ya se había dicho el ser fiador en épocas pasadas se considero como cuestión de orgullo el afianzar las obligaciones contraídas por un amigo ó cualquier otra persona y por lo mismo la palabra fianza proviene del latín *fiar*, ésta palabra a su vez proviene de los vocablos latinos *fidare*, y por ésta se entiende como el confiar; por lo que se establece que tanto la palabra fianza como el *fiar* significa el dar seguridad para el acreedor, y por otro lado la confianza que el fiador tiene de que su fiado cumpla con la obligación a que se somete, de lo que se establece de manera general el contrato de fianza, el cual resulta ser: obligación que uno adquiere de hacer algo a lo que otro se ha obligado en caso de que éste no lo haga, prenda que

da el contratante en seguridad del buen cumplimiento de su obligación.²⁰, ó bien: obligación accesoria que se contrae de que otro pague una deuda ó cumplirá con las condiciones de un contrato.²¹

De ambos conceptos se establece como principal característica de la fianza la accesoriedad, también el que para que se llegue a hacer efectiva ésta figura debe ser necesario, que la persona que está obligada a cumplir la obligación en primera instancia no lo haga, es entonces cuando el fiador debe responder con la persona a la que le es debida la obligación.

Mientras que para la palabra fiar se denota lo siguiente: asegurar que uno cumplirá lo que otro promete, ó pague lo que debe, obligándose, en caso de que no lo haga, a satisfacer por él.²²

De esta palabra fiar se establece en primer ámbito como el de confianza, es decir de que otra persona ajena al cumplimiento de otra obligación, esta seguro de que el obligado principal va a pagar, ya que en caso de que esta circunstancia no llegue a darse, el fiador responderá de los daños que su fiado hubiere ocasionado por el incumplimiento de la obligación que tenía a su cargo.

Así pues de estas definiciones y de lo expuesto hay que analizar las figuras tanto del fiador y de fiado, siendo el primero de ellos el fiador, el cual es una persona que responde de una obligación de pago, comprometiéndose a cumplirla si no lo hace el que la contrajo.²³ Mientras que el fiado es la persona que está

²⁰ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, página 962

²¹ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO, Economía Planeta, página 57.

²² DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, página 962.

²³ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, página 962.

segura de cumplir una obligación y como consecuencia es digna de que se le tenga confianza.

De ambas definiciones se puede decir que el fiador, que es la persona que otorga una fe para con el acreedor, de que el obligado original va a responder con el cumplimiento de lo que debe de dar, hacer ó no hacer, y para el caso de que éste no cumpla será el propio fiador quien tenga que efectuar la prestación que es debida para con el acreedor. Mientras que el fiado es la persona que es digna de esa confianza y por lo tanto el obligado principal, ya que es el quien goza del beneficio de esa seguridad que da la fianza, por ende también es quien está obligado a cumplir, con la finalidad de que el acreedor no recurra a solicitar el pago del fiador.

De lo que se ha analizado hasta el momento se deduce que la fianza se da con el principal fin de dar seguridad al acreedor de que éste obtendrá la prestación que le es debida por parte de su deudor, así también hay que hacer la aclaración de que si bien es cierto que la figura de la fianza es con el objeto de dar seguridad al acreedor, esto no quiere decir que el acreedor para obtener el pago de la prestación que le es debida, deba de perseguir primero al fiador, ó a este conjuntamente con el deudor principal, ya que de todas la definiciones estudiadas, se deduce únicamente el efecto de garantizar obligaciones futuras, más sin en cambio la fianza deberá de hacerse efectiva al momento de que el deudor no cumpla, después de haber sido perseguido para el pago, de la prestación que deba de otorgar a su acreedor.

B) FUNCION ECONOMICA DE LA FIANZA.

El acreedor tiene derecho a que se le hagan diversos tipos de prestaciones, de las cuales podemos hablar de una en forma inmediata, misma que debe de ser el pago liso y llano de la prestación otorgada a su deudor, y otra que puede ser mediata misma que es una compensación para el caso de incumplimiento del deudor por no realizar el pago a que estaba obligado de otorgar. Pero el acreedor también puede estar expuesto a que su deudor no cumpla por lo que el mismo tiene ciertos derechos para evitar que el deudor agote todos sus bienes y éste ya no tenga con que cubrir la prestación que le fue otorgada por parte del acreedor, estas acciones son consagradas en nuestra legislación y de las cuales se mencionan las siguientes: el derecho de retención de la cosa, como sucede en algunos contratos como la compraventa, el hospedaje, el transporte, el depósito, etc, y algunas otras acciones para evitar que el deudor dilapide sus bienes, tales como el ejercicio de la acción pauliana, acción oblicua, acción contra la simulación, así como otras que tienen el carácter de prevención como lo son el embargo precautorio, la inscripción de la demanda en el Registro Público de la Propiedad, sin embargo todas estas acciones no son suficientes para asegurar al acreedor de que éste será pagado de la prestación que haya otorgado, ya que en algunos casos el propio acreedor no logra reunir todos los medios necesarios para acreditar el ejercicio de estas acciones, por lo que hay una inseguridad en el acreedor para hacerse pago, del bien, crédito ó servicio que haya otorgado.

Ahora bien si el acreedor tiene una inseguridad de que el propio deudor no realizara el pago de las prestaciones que a este último le fueron favorecidas, lo real seria que entonces el acreedor no realizara una prestación patrimonial para con el deudor, dado que el mismo deudor no le fuera a realizar el pago de esa prestación, situación que haría la ineficacia de algunos de los preceptos jurídicos consagrados

en nuestra legislación, por lo que se tendría que dar la desaparición de varias disposiciones legales, por ambas situaciones nacen los llamados contratos de garantía que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación, y como principal fin que el acreedor confie que el deudor le realizara el pago de las prestaciones que éste previamente había otorgado.

De los llamado contratos de garantía ya se menciono en que consisten estos, y que hay una clasificación que los divide en reales y personales, y de las cuales en breve ya fueron expuestas en el apartado anterior al hablar de la garantía.

Ahora bien con estos tipos de contrato el acreedor ya no se encuentra en un estado de inseguridad, por el pensar que el deudor no cumplirá con lo que se obligó, ya que si el deudor original no cumple, el acreedor tiene derecho a perseguir a la persona que se obligó a cumplir con la prestación para el caso de incumplimiento del deudor original, y que este le realice el pago y en todo caso el pago de daños y perjuicios que se le ocasionaron con motivo del incumplimiento originado por el deudor principal, esto se da en las llamada garantías personales; por otro lado a perseguir el bien con el que se le haya garantizado el debido cumplimiento de la obligación, esto dentro de las garantías reales, como lo es la prenda y la hipoteca.

De esto se desprende que el fin principal de los contratos de garantía es el no dejar en un estado de incertidumbre al acreedor, por motivo del no pago ó incumplimiento de la obligación por parte de la persona quien tenga que otorgar esa prestación, es decir a que el acreedor tenga la confianza y seguridad de que su deudor le va a cumplir la prestación a que se obligó otorgar, y que para el caso del incumplimiento que este haga, un tercero le realizara el pago de la prestación que le es debida.

Por otro lado si bien es cierto las garantías consagradas en nuestro código civil, en especial el contrato de fianza, tiene por objeto asegurar a una persona denominada acreedor, de que este no sufrirá detrimento en su patrimonio, por el haber otorgado un crédito ó un servicio a una persona, el cual a su vez pueda no realizar el pago del mismo; también existe otra función de carácter muy especial para los contratos de garantía que se encuentran previstos en nuestra ley civil, y del cual puedo decir que ésta finalidad se debe a que existe la necesidad de no mezclar otro tipo de figuras que no sean de carácter puramente civil, como lo pueden ser, por ejemplo en el derecho mercantil.

Por lo que la función primordial del contrato de fianza civil es precisamente en primer término, el asegurar al acreedor que éste va a recibir el pago de la prestación, bien o servicio que haya otorgado en favor de su deudor, sea cumplida esta ó no, por el propio deudor.

En segundo lugar, el por que existe cierta tendencia a realizar una serie de mezclas entre varios tipos de contratos, que pueden ser de naturaleza puramente civil con otros de naturaleza mercantil; y por ultimo a que en un momento dado el deudor debe de sentir la obligación de realizar el cumplimiento de la misma que contrajo, y no causar molestia alguna a la persona que se obligó en segundo término a cumplir con su obligación; es decir como se estableció en el derecho romano, de que el deudor sintiera la responsabilidad de que el crédito que el había contraído y se había obligado a cumplir, no fuese exigible para con la persona que le había otorgado la confianza para realizar ese pago.

Situación que se considera de mucha más relevancia para la finalidad de la fianza, que son la confianza que le dan al deudor tanto el acreedor como un tercero, de que la obligación se tiene que cumplir, situación que debe de prevalecer, ya que

actualmente la figura de la fianza civil esta en una total decadencia e incluso es una de las figuras que como garantía de obligaciones están en total desuso.

También hay que considerar que otra de las principales razones del porque la fianza esta cayendo en un desuso general, es la renunciación que hace efectuar el acreedor para con el fiador al llamado beneficio de orden y de excusión, tema que será analizado en el presente trabajo.

C) CONCEPTO JURIDICO DE LA FIANZA.

Ya que se ha analizado cuales son los fines primordiales de la fianza civil, de los cuales se desprende que esta se otorga como una garantía personal la cual va asegurar el debido cumplimiento de una obligación, de carácter puramente civil al beneficiario, que tenga que recibir la prestación que derive del cumplimiento de esa obligación, también se da con el fin de que se tenga confianza en que el deudor cumplirá con la prestación que tenga que otorgar a su acreedor.

Por lo que ahora toca hacer el análisis y comparación de los conceptos de fianza en términos jurídicos mismos que han sido dados, por expertos y maestros en esta área del derecho:

Para el maestro Rojina Villegas nos dice que “es 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, en igual o distinta especie, si este no lo hace”.²⁴

²⁴ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Tomo VI, Volumen II, CONTRATOS, página 489.

Para Clemente de Diego citado por el maestro Rafael de Pina, nos menciona que: " el contrato de fianza es aquel por el cual una tercera persona, distinta del acreedor y deudor, se obliga al cumplimiento de una obligación principal, subsidiariamente, es decir cuando el deudor ó el fiador anterior no la cumple."²⁵

Siguiendo a este mismo autor, que también cita a HEDEMANN, "que establece que el concepto jurídico de la fianza coincide exactamente con el vulgar, con lo que todo el mundo entiende por fianza; afianzar, otorgar fianza, equivale a responder por otro."²⁶

Para el maestro Ramón Sánchez Medal, define el contrato de fianza como el contrato por el que una persona, llamada fiadora, distinta del deudor y el acreedor, en una determinada obligación, se obliga con éste ultimo a pagar dicha obligación, en caso del que el primero no lo haga.²⁷

Para el maestro Rafael de Pina, la palabra fianza desde un sentido amplio significa cualquier garantía prestada para el cumplimiento de una obligación; mientras que en un sentido rigurosamente técnico jurídico, significa la garantía personal mediante la cual un sujeto determinado asume el compromiso de cumplir una obligación ajena, para el caso de incumplimiento del obligado principal.²⁸

Mientras que para el maestro Miguel Angel Zamora y Valencia, define el contrato de fianza y dice que es aquel por virtud del cual una de las partes llamadas fiador se obliga ante la otra llamada acreedor, al cumplimiento de una prestación

²⁵ DE PINA VARA RAFAEL, ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO, Tomo IV, CONTRATOS EN PARTICULAR, página 249.

²⁶ DE PINA VARA RAFAEL, Op. Cit , página 249.

²⁷ SANCHEZ MEDAL RAMON, Op. Cit , página 447

²⁸ DE PINA VARA RAFAEL, Op. Cit., página 248.

determinada, para el caso de que un tercero, deudor de éste último no cumpla con su obligación.²⁹

Así pues siguiendo las definiciones dadas con anterioridad, se llega a varias conclusiones de las cuales destacan:

a) Que el contrato de fianza es accesorio, ya que la misma no puede darse por sí sola, y para que nazca a la vida Jurídica, necesariamente debe de existir una obligación que se tenga que cumplir, y además que sea independiente;

b) Que es una de las llamadas garantías personales, es decir que a diferencia de las garantías reales, en las que el cumplimiento de una obligación se asegura con un bien, en las personales el cumplimiento está asegurado con el simple hecho de que una persona responda por otra para el cumplimiento de una obligación;

c) Que en la fianza existe relación por parte del acreedor con el fiador hasta que se de el total cumplimiento de la obligación que tenga que otorgarse, relación que genera derechos para exigir el pago por parte del acreedor, al fiador, al momento de que se de el incumplimiento del deudor;

d) Que para que pueda ser exigible el cumplimiento de la obligación por parte del acreedor para con el fiador, es necesario que el deudor original no haya dado cumplimiento a esa obligación, después haber sido perseguido este último.

Para algunos otros autores nos mencionan que la figura de la fianza puede ser subsidiaria esto es: que el garantizador responde frente al acreedor únicamente en la

²⁹ ZAMORA Y VALENCIA MIGUEL ANGEL, DE LOS CONTRATOS CIVILES, página 267.

medida en que no haya podido satisfacer su crédito con los bienes del deudor principal.³⁰

Ahora bien el concepto que menciona el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 2794, a la letra dice: “ la fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace”.³¹

De dicha definición legal se establece que la fianza es un contrato, que es accesorio y que para su nacimiento debe de existir una obligación que se tenga que cumplir, ya que sin esta no puede ser la figura de la fianza; también existe la promesa por parte del fiador para con el acreedor, a que el primero pague lo que le es debido al acreedor; es decir únicamente existe relación entre el fiador y el acreedor, por último que para que exista obligación de pago por parte del tercero, ajeno a la obligación principal garantizada con la fianza, tiene que darse como requisito el que el deudor original no haya dado cumplimiento a esa obligación después de haber sido perseguido para su pago.

Atendiendo a todos estos argumentos se puede dar una definición en forma personal de lo que es la fianza y del cual se establece como la garantía que en forma personal realiza un determinado sujeto, comprometiéndose a cumplir determinada obligación por un tercero, para el caso de que el obligado principal no cumpla, aún después de haber sido perseguido para su pago.

³⁰ DE LA GARZA SERGIO FRANCISCO, DERECHO FINANCIERO MEXICANO, página 585.

³¹ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. página 282.

D) NATURALEZA JURIDICA DE LA FIANZA.

Atendiendo a la definición que nos da el Código Civil para el Distrito Federal, en el artículo 2794 respecto a la fianza y de la cual establece que es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

De esta definición se desprende la naturaleza jurídica de la fianza, siendo de carácter accesorio, ya que para su nacimiento necesariamente debe de existir una obligación, estableciéndose como característica esencial de éste contrato, así como varias diferencias con los contratos principales de los cuales destacan:

a) Los principales son aquellos que existen por si mismos;

b) Los accesorios son los que dependen de un contrato principal, ya que estos siguen la suerte de los principales, porque la nulidad ó la inexistencia de los primeros origina a su vez, la nulidad ó la inexistencia de los contratos accesorios.³²

Aunado a esto se establecen en la misma ley varios principios que dan el carácter de accesorio a la fianza, las cuales son:

i) La inexistencia de la obligación principal, originara la inexistencia de la misma ya que para que la fianza nazca a la vida jurídica, necesariamente debe de haber una obligación existente;

ii) La nulidad absoluta de la obligación principal, motivara la de la fianza, atendiendo al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal;

³² ROJINA VILLEGAS RAFAEL, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL MEXICANO, Tomo IV, CONTRATOS, página 16 y 17.

iii) En cuanto a la nulidad relativa de la obligación principal, y atendiendo a lo que previene el artículo 2797 del Código Civil, que dice: “la fianza no puede existir sin una obligación válida, puede no obstante, recaer sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud de una excepción puramente personal del obligado”.³³

De lo que que cabe decir de la nulidad relativa de la obligación principal debe de ser alegada por el propio deudor, y en el momento en que se declare la nulidad de la obligación principal, entonces se originara la del fiador, y por ende debe de beneficiar al mismo dicha excepción al momento de que se declare procedente, más sin en cambio si en un momento la nulidad relativa de la obligación principal queda subsanada, entonces la fianza seguirá respondiendo de esa obligación, dado el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal;

iv) Otra característica que le da la accesoriedad de la fianza se da al momento de la transmisión del crédito principal, que tiene como consecuencia la transferencia de los derechos inherentes a la misma obligación, lo anterior tomando en consideración lo que nos previene el artículo 2032 del Código Civil para el Distrito Federal: “ la cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como fianza, hipoteca, prenda o privilegio, salvo aquellos que son inseparables de la persona del cedente.

Los intereses vencidos se presume que fueron cedidos con el crédito principal.”³⁴

³³ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, página 483.

³⁴ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, página 362

v) En los casos de subrogación legal o convencional, consecuentemente se transfieren al acreedor subrogado los citados derechos accesorios, entendiéndose por subrogación: en un sentido amplio el de sustituir, así pues en materia de obligaciones es establecido como una de las formas de transmitir los derechos de esas obligaciones, por lo que se habla de subrogación real y personal, se entiende como aquella cuando el acreedor es sustituido por un tercero interesado, que paga la deuda o presta dinero para tal fin;

vi) En cuanto al alcance que pueda dar la obligación accesoria se establece en el artículo 2799, el fiado puede obligarse a menos, y no a más que el deudor principal, si se hubiere obligado a más se reducirá su obligación a los límites de la del deudor. En caso de duda sobre si se obligó por menos o por otro tanto de la obligación principal, se presume que se obligó por otro tanto.³⁵

En este artículo se previene el contenido y alcance que puede tener una fianza ante un contrato principal y del cual se infiere que la fianza nunca debe de ser mayor a la obligación principal que garantiza, y si se llega a violar dicha disposición la fianza se reducirá al monto de la obligación principal y garantizada;

vii) En cuanto a la novación de la deuda original por una nueva, la fianza debe de quedar extinguida, ya que el principio de la novación se da en materia de extinción de obligaciones y por ende si la obligación primitiva es la que estaba garantizada es lógico que la fianza no subsista para la nueva obligación, atendiendo al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, puede no obstante reservarse la fianza, si existe consentimiento por parte del fiador, atento a lo que dispone el artículo 2221 del Código Civil que preceptúa lo siguiente: “ el acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida si

³⁵ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, página 483

los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubieren tenido parte en la novación, tampoco puede reservarse la fianza sin consentimiento del deudor;

viii) En cuanto a la prescripción de la obligación principal se refiere, la interrupción de la misma motivara la interrupción de la prescripción para la fianza, ello como lo establece el artículo 1172 del Código Civil: "la interrupción de la prescripción contra el deudor principal produce los mismos efectos contra su fiador;

ix) En cuanto a los llamados beneficios de orden y de excusión, es otra característica que hace notar la accesoriedad de la fianza, debido a que el acreedor debe demandar primeramente al deudor y ejecutar en los bienes de éste, y solo para el caso de que haya una parte no pagada podrá enderezar acción en contra del propio fiador, lo que aparte de hacer notar la accesoriedad de la fianza también le da una característica de ser subsidiaria;

x) Finalmente la extinción de la obligación principal produce la extinción de la fianza.

Así pues la fianza, a parte de ser un contrato de naturaleza accesoría, también es un contrato de los llamados unilaterales, el cual es un acuerdo de voluntades que solo genera obligaciones para una de las partes, mientras que para la otra solamente recibe los derechos inherentes a esas obligaciones. Difiere de los contratos bilaterales, ya que estos generan obligaciones para las partes que suscriben el contrato. Esta naturaleza se da en atención a que en el contrato de fianza, el fiador es la única persona que se obliga a cumplir con la obligación que tenga que realizar el deudor de la misma, sin que haya una prestación para el mismo fiador, ya que si

la hubiere, tal como se maneja en las fianzas en materia mercantil entonces se hablaría de un contrato bilateral.

También la fianza además de ser un contrato accesorio y unilateral resulta ser gratuita, y por ésta se debe de entender que es aquella en que los provechos son para una de las partes, mientras que para la otra resultan los gravámenes, en sí la fianza es gratuita dado que el beneficio o los provechos son solamente para el acreedor y deudor en la obligación principal, mientras que los gravámenes corren a cargo del fiador, sin que este último reciba derecho alguno.

La fianza también resulta ser aleatoria en virtud de que atendiendo a lo que previene el artículo 1838 del Código Civil, que precisa que: "es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino que hasta que ese acontecimiento se realice"³⁶.

Así pues la fianza resulta aleatoria, ya que el hecho que puede generar la obligación de pago por parte del fiador, depende del cumplimiento que dé o no de la obligación el deudor, siendo este hecho incierto, y por ende debe de estimarse que la fianza además de ser de naturaleza accesorio, unilateral, gratuita, también es aleatoria.

También la fianza civil es un contrato consensual, en virtud de que el Código Civil no exige formalidad alguna para la constitución de la misma, este criterio se adopta en el Código Civil vigente, ya que en el Código de 1884 la situación que prevé es distinta ya que exige que la fianza no se debe presumir, sino que debe constar expresamente y limitarse a los términos precisos en que este constituida, sin

³⁶ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, página 331.

que en caso alguno pueda extenderse a otras obligaciones del deudor aunque hayan sido o fueren contraídos por el mismo acreedor.³⁷

También la fianza es un contrato de los llamados nominados y típicos, en atención a que el Código Civil vigente prevee una regulación especial para este tipo de contratos.

La fianza resulta ser también de naturaleza indemnizatoria, en atención a que la obligación del fiador para realizar el pago nace del incumplimiento por parte de su fiado y entonces el fiador está obligado a indemnizar al acreedor en la medida en que el deudor original no cumplió, ya sea en forma total o parcial, asimismo, la fianza tiene esta naturaleza debido a que el fiador no queda obligado a garantizar una cantidad mayor a la que tenga consignada la obligación principal. De estas características resulta que la fianza es un contrato de naturaleza accesorio, unilateral, gratuita, aleatoria, típica y de naturaleza esencialmente indemnizatoria.

ELEMENTOS DE EXISTENCIA

Antes de entrar al estudio de los elementos de existencia del contrato hay que preparar y el saber que es lo que se entiende por elementos, y que por existencia, así pues en el diccionario de la lengua española elemento resulta ser del latín *elementum*, que significa principio físico o químico que entra en la composición de los cuerpos³⁸. Definición de la que se infiere el elemento es el principio que sirve a la composición de un cuerpo.

³⁷ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Op. Cit., página 263.

³⁸ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Op. Cit., página 798.

Así pues la existencia deriva del latín *tardío existentia*, que es el acto de existir, mientras que por existir que deriva del latín *existere*, que es el tener una cosa, ser real y verdadera, tener vida.³⁹

Así pues resulta que en el vocablo más común elemento de existencia, es el principio que ayuda a la formación de un cuerpo, para que este tenga vida.

De lo que resulta el concepto de elementos de existencia para los contratos y del cual se establece como los principios que conforman un contrato, sin los cuales, este no puede nacer a la vida jurídica, es decir que si al contrato le falta alguno de esos principios el contrato será inexistente, es decir el contrato no tendrá vida jurídica y por ende no puede crear o transmitir derechos y obligaciones para quienes lo suscriban.

En nuestro Código Civil vigente en el artículo 1794 nos dice que para la existencia del contrato se requiere:

I.- Consentimiento

II.- Objeto que pueda ser materia del contrato.

A) CONSENTIMIENTO.- En nuestra ley civil aunque se menciona que para la existencia del contrato se requiere tan solo dos elementos, como lo son el objeto y el consentimiento, existen otros como lo es la solemnidad, que se da en varios contratos, en los cuales se eleva a elemento de existencia, de los elementos se debe decir que el consentimiento es el acuerdo de voluntades entre los contratantes o sea

³⁹ IDEM, página 933.

entre la oferta y su aceptación, que es el principal requisito de los contratos; así pues resulta que el consentimiento es la simple aceptación en un contrato. Para el maestro Gutiérrez y González, nos define al consentimiento como el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior.⁴⁰ También hay que hacer notar que el consentimiento puede ser expreso o tácito, es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos; es tácito cuando resulta de hechos o actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por la ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente. En la fianza el consentimiento es el acuerdo de voluntades que se forma entre acreedor y fiador, manifestándose en el sentido de que el último se obliga a pagar por el deudor si este no lo hace.⁴¹

En atención a que el consentimiento debe de ser únicamente entre acreedor y fiador, no existe la necesidad de que ese consentimiento tenga que ser dado por el deudor, ni aun cuando éste último esté obligado a dar fiador, ya que la relación y obligación de pago se da únicamente entre acreedor y fiador, si es que el deudor no cumple.

También hay que hacer notar que el consentimiento en el contrato de fianza en materia civil debe de ser expreso y por lo tanto no tácito, es decir, por hechos o manifestaciones que hagan suponer que ese consentimiento se dio, ya que el fiado se obliga a realizar una prestación, para el caso de que su fiado no cumpla.

B) OBJETO.- Es el segundo elemento de existencia de los contratos y se indentifica como el objeto propio del mismo, o el motivo, fin de éste. El Código

⁴⁰ GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO, DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, página 207.

⁴¹ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Op. Cit , página 285.

Civil nos hace mención del objeto en los contratos en el artículo 1824, que establece lo siguiente: son objeto de los contratos:

- I.- La cosa que el obligado debe dar; y
- II.- El hecho que el obligado debe hacer ó no hacer.

Asimismo, en el artículo 1825, se establece que el objeto debe ser:

- 1.- existir en la naturaleza;
- 2.- Ser determinado o determinable en cuanto a su especie;
- 3.- Estar dentro del Comercio.

También que el objeto se lícito y posible, tal y como lo dispone el artículo 1827 del Código Civil, en el cual se dice que el objeto es posible cuando es compatible con la naturaleza o con una norma jurídica que deba regirlo necesariamente; es lícito el objeto cuando no va en contra de las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

De lo que se desprende que el objeto en la fianza, debe de ser, la obligación subsidiaria del fiador de pagar por el deudor si éste no lo hace, y a ello se le denomina objeto directo de la fianza, esto en un sentido amplio; a contrario sensu, el objeto indirecto de la fianza es la prestación que debe pagar el fiador, misma que puede consistir en una cosa, o un hecho, iguales o distintos de los debidos por el obligado principal, pero sin poder exceder en su valor en éste último caso. La prestación que debe de otorgar el fiador esta condicionada, ya que es necesario para que exista la obligación de pago por parte del fiador, es que el fiado no haya cumplido con la prestación que estaba obligado a otorgar.

C) SOLEMNIDAD.- Es un elemento que no todos los contratos revisten y por ende puede darse en algunos casos y elevarse a elemento de existencia, mientras que en otros no es necesario que se dé; por solemnidad debe de entenderse como la serie de actos necesarios que deba revestir el contrato.

En el contrato de fianza no existe éste elemento, por lo que éste no es necesario que se de. Más sin embargo, dada la propia naturaleza de la fianza y atendiendo a que ésta es accesoria necesita de un elemento como lo es la existencia de una obligación principal, y por ende si la obligación principal no reúne todos y cada uno de los elementos de existencia, ésta no puede nacer a la vida jurídica y entonces la figura del contrato de fianza será inexistente, dada la propia naturaleza de la misma.

REQUISITOS DE VALIDEZ.

Son los elementos sin los cuales un contrato no puede tener validez plena, por lo que único que se puede decretar es la nulidad y no la inexistencia, pudiendo ser esta nulidad absoluta o relativa. En cuanto a los requisitos de validez el artículo 1795 del Código Civil, a contrario sensu del mismo, se pueden obtener los requisitos de validez, mismos que resultan ser:

La capacidad legal de las partes.

La inexistencia de vicios en el consentimiento.

Que el objeto sea lícito y jurídicamente posible.

Que el consentimiento se manifieste en la forma que lo establece la ley.

Entrando al estudio de los requisitos de validez se tiene en primer termino la capacidad, misma que se define como la aptitud de las personas para ser titulares de

derechos y obligaciones y para hacerlos valer por si mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de personas morales.⁴²

La capacidad puede ser de goce y de ejercicio, siendo la primera la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones; mientras que la de ejercicio es la aptitud de las personas para hacer valer esos derechos y obligaciones.

En base a esto, la capacidad para contratar en la figura de la fianza se da cuando se exige al fiador la capacidad general para obligarse, es decir que sea apto de ser sujeto de derechos y obligaciones, misma que esta reconocida tanto para el hombre y como a la mujer en nuestra legislación.

En cuanto a la ausencia de vicios en el consentimiento son los que pueden hacer que la fianza no tenga una validez plena, los cuales resultan ser:

ERROR.- Que consiste en la falsa creencia de la verdad por parte de una de las personas contratantes.

LESIÓN.- Se establece en términos generales, como la desproporción entre lo que se da y lo que se recibe, el Código Civil en el artículo 17 dice que se da cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondiente daños y perjuicios.

⁴² ZAMORA Y VALENCIA MIGUEL ANGEL, Op Cit., página 29.

DOLO.- Consiste en las maquinaciones o artificios de los que se vale una persona para hacer creer a otra una situación distinta de la real, haciendo que permanezca en ella para celebrar un contrato.

MALA FE.- Se tiene como tal cuando una persona, contratando con otra, se aprovecha del error en que se encuentra y celebra un contrato.

VIOLENCIA.- Son los actos encaminados por una persona en forma de coacción e intimidación y la obliga a celebrar un contrato.

En el caso de que se de alguno de los vicios de consentimiento en el contrato de fianza, el fiador tendrá derecho a pedir la nulidad del contrato de fianza, siempre y cuando el sufra esos vicios, ya que si el que los sufre es el obligado principal y éste hace valer esa nulidad, y la misma es declarada procedente entonces la fianza ya no tiene razón de ser, en atención al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

En cuanto a que el objeto sea lícito y jurídicamente posible quiere decir que el objeto debe de revestir las características ya mencionadas, y por tanto si el objeto no es lícito y jurídicamente posible de la obligación principal, entonces procede la nulidad de la obligación, y como consecuencia la de la fianza.

Por lo que se refiere a la forma en que se tenga que dar el consentimiento, este debe de ser de una manera clara y sin que quede lugar a duda alguna de los términos en que cada parte quiso obligarse, sin que para la validez de la fianza tenga que darse formalidad alguna; sin embargo es menester precisar que la fianza debe de ser por escrito, en atención a la obligación que se genera por parte del fiador en caso de incumplimiento del fiado.

E) CLASIFICACION DE LA FIANZA.

Las fianzas pueden ser civiles o mercantiles, son civiles aquellas que garantizan el cumplimiento de obligaciones que derivan de contratos celebrados entre particulares, es decir que la fianza será civil cuando ésta haya sido dada en cumplimiento de una obligación que no haya sido derivada de una obligación celebrada entre comerciantes y como consecuencia derivada de actos de comercio. Son mercantiles aquellos cuyo cumplimiento de la obligación que se garantice sea de naturaleza exclusivamente comercial, es decir que las personas que firmen este contrato sea para el debido cumplimiento de obligaciones que deriven de actos de comercio; mismas que pueden ser suscritas tanto por personas físicas o morales que realicen ese tipo de actos.

El criterio de clasificación para la fianza en materia civil o mercantil, radica en la característica que revista la obligación garantizada, ya que si esa nace de una relación entre particulares que no hayan efectuado actos de comercio será civil; a contrario sensu si la obligación que se garantiza nace de algún acto de comercio entonces la fianza será mercantil. Este criterio nos hace recalcar la naturaleza accesoria de la fianza, dado que se siga aplicando el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

De igual manera la fianza puede ser civil o mercantil, ya que en el primer caso la fianza se otorga entre particulares sin el ánimo preferente de lucrar, mientras que en el segundo, la mercantil deriva del ánimo de traficar, esto es con el fin de obtener un beneficio al fiador, a lo que se le denomina prima; también existe otro criterio de clasificación que se adopta para éste tipo de contrato, y del cual maestro Roberto L. Mantilla Molina nos dice que : “Hay actos jurídicos que no pueden

existir si no es en virtud de otros a los cuales preceden⁴³, y en este orden de ideas, si el acto a garantizar mediante fianza, es celebrado únicamente entre particulares, éste sera de naturaleza civil; y para el caso de que la obligación a afianzar sea celebrada entre comerciantes, la fianza será de naturaleza mercantil.

También el artículo 2795 del Código Civil establece que las fianzas pueden ser legales, judiciales, convencionales a título gratuito y oneroso. Las legales son aquellas que deben otorgarse por disposición expresa de la ley, pudiendo hacer una subdivisión en este tipo de fianzas, las cuales en un sentido amplio son aquellas que la ley exige a efecto de que el juez ordene su otorgamiento; en un sentido más estricto son las que provienen de la ley, pero que no necesariamente deben otorgarse ante el órgano jurisdiccional.⁴⁴

F) ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LA FIANZA Y FIGURAS AFINES.

El objeto del presente apartado es el establecer principalmente las diferencias existentes entre algunos otros tipos de figuras jurídicas, que dada la naturaleza de las mismas tienden a revestir características semejantes, a las que tiene el contrato de fianza en materia civil, así como sus diferencias.

A).- NOVACION.- La novación como figura jurídica, es una de las formas que nuestra legislación contiene como extinguidora de obligaciones; dentro del código civil en el artículo 2213 se da una definición de lo que es la Novación y establece : “ hay novación de contrato cuando las partes en el interesados lo alteran substancialmente, sustituyendo una obligación nueva a la antigua”.⁴⁵

⁴³ MANTILLA MOLINA ROBERTO L. Derecho Mercantil, Página 77

⁴⁴ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Op. Cit., página 264

⁴⁵ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, página 388

De esta definición se desprende que para la existencia de la novación deben darse los siguientes requisitos:

a) La existencia de una obligación preexistente, elemento que resulta ser necesario para que se de la figura de la novación, ya que en caso de que no haya una obligación anterior a la novación, entonces ésta última no tendría razón de ser y como consecuencia se acarrearía la inexistencia de la misma;

b) La creación de una nueva obligación, que debe ser la que sustituya a la antigua, por lo que la nueva obligación debe reunir todos los elementos de existencia, el no tener vicios en el consentimiento, que el objeto sea lícito y jurídicamente posible, además de que reúna la forma que la ley prevenga, por lo que si la obligación nueva no reúne estos requisitos entonces no habrá novación, y por ende seguirá subsistiendo la obligación antigua y produciendo sus efectos jurídicos; esto se da en atención a lo que dispone el artículo 2219 del código civil para el Distrito Federal;

c) debe de existir una diferencia esencial entre la obligación nueva y la antigua, ya que ciertas circunstancias que se lleguen a dar dentro del clausulado accidental en lo que pretendan llamar las partes como novación, como puede ser en la reducción del precio, en la ampliación del plazo, no varía el fondo de la obligación principal y como consecuencia, no habría novación, por lo que la diferencia que exista entre la nueva obligación de la antigua debe de ser esencial para la misma, misma que puede ser en el cambio de alguno de los sujetos, entonces se habla de una novación de carácter subjetivo; puede ser también el cambio del objeto, a lo que se denomina novación objetiva; también, puede ser el cambio de una relación jurídica por otra, no siendo necesario que sea la misma relación

contractual para que se de la novación; y principalmente que exista la intención de novar, es decir el animus novandi, ya que para que esta figura tenga efectos jurídicos plenos es necesario que se de el consentimiento de las partes que lo celebran.

En cuanto a las diferencias y semejanzas que reviste la novación y la fianza se pueden señalar las siguientes:

a) Con el carácter de semejanza, tanto para la novación como para la fianza, es que en ambas figuras debe de existir una obligación preexistente, ya que en el caso de la novación esta será la figura a novar, mientras que en caso de la fianza será la obligación a garantizar; pero también hay una diferencia, que la novación extingue la obligación que le dio origen; mientras que en caso de la fianza, el incumplimiento de la obligación trae como consecuencia el que se haga efectiva la fianza;

b) La diferencia más significativa entre el contrato de fianza y la novación, radica, en que cuando en la novación se da el cambio de deudor, el deudor primitivo queda liberado de su obligación, atendiendo a lo que dispone el artículo 2220 de Código Civil, mientras que en la fianza si el deudor principal no cumple con su obligación, coexiste la del fiador, y la del deudor aún no queda extinguida hasta que el mismo cumpla su obligación, al acreedor.

Además de que la obligación del fiador no es nueva, es la misma que tiene que cumplir su fiado.

B) OBLIGACIÓN SOLIDARIA.- Es una de las formas de complejidad en las obligaciones, siendo modalidad de las mismas, caracterizada por la existencia de

de sujetos múltiples que pueden exigir y/o deben de cumplir la prestación en su integridad por así haberlo convenido. De lo que se desprende que la solidaridad puede ser activa o pasiva, la primera se da cuando existen pluralidad de acreedores, y cada uno de ellos puede exigir el debido cumplimiento de la obligación; es pasiva cuando existe una pluralidad de deudores, a los que se les denomina codeudores, y de los cuales cada uno está obligado en forma personal y directa a efectuar el cumplimiento de la obligación en su totalidad.

Es en la solidaridad de tipo pasiva en donde se da cierta confusión entre lo que es esta figura y el contrato de fianza, debiéndose de analizar lo siguiente: que en la obligación solidaria pasiva, el codeudor tiene a su cargo el débito, o sea el deber de cumplir la prestación de la obligación única a cargo de la pluralidad de deudores, e igualmente la responsabilidad, esto es, la carga de indemnizar por el incumplimiento de la prestación, y en cambio en la fianza sólo existe a cargo del fiador la responsabilidad y no el débito, y por esa razón la fianza es un contrato de naturaleza indemnizatoria.⁴⁶

De lo que se desprende que a diferencia de la obligación solidaria pasiva el fiador debe de responder por el incumplimiento de su fiado, esto no quiere decir que el sea el que deba de cumplir en primera instancia la prestación que tuvo que haber otorgado su fiado, si no simplemente el que se garantice que esa obligación se va a cumplir.

C) CONVENIO DE PORTE FORT.- Por el convenio de Porte fort, se debe de entender como el compromiso que asume una de las parte en el contrato, de obtener el consentimiento de un tercero para la concertación de un acto jurídico, o

⁴⁶ SANCHEZ MEDAL RAMON, Op. Cit. Página 448.

el cumplimiento de una prestación, imponiéndose una pena si fracasa.⁴⁷ De esta definición se desprende que existe una obligación de hacer, que asume una de las partes, a que convenza u obtenga el consentimiento de un tercero de que realice cierta conducta, bajo una pena para el caso de no hacerlo.

Dada la naturaleza del convenio de porte fort, en el cual una persona se obliga a pagar a otra, una determinada suma, para el caso de que un tercero no se obligue.

La diferencia con el contrato de fianza radica en el sentido de que en el convenio de porte fort, al momento de que el tercero se obliga, se extingue la obligación de pago por parte de la persona obligada a obtener el consentimiento; mientras que en la fianza aún cuando el fiador quede obligado con el acreedor, el fiado no se encuentra liberado del pago que tenga que hacer al acreedor, hasta en tanto no se cumpla a este último.

D) MANDATO DE CREDITO.- Institución que no se encuentra prevista en nuestra legislación bajo este nombre, sin embargo esta consiste en que una persona se obliga con otra a conceder en nombre propio, un determinado crédito a un tercero, siendo responsable la segunda en caso de que dicho tercero no pague el crédito a la primera persona. De este cabe destacar que si bien es cierto que nuestra legislación no consagra el mandato de crédito, también lo es que reviste la forma de las cartas de crédito, usadas principalmente en la costumbre bancaria, y estas consisten en que en una determinada carta que va dirigida a un sujeto al que se le pide entregue determinada cosa a su portador, por ende se puede decir que las cartas de crédito pueden revestir formas de cartas de recomendación, en las que se involucran los siguientes principios:

⁴⁷ BEJARANO SANCHEZ MANUEL, Op Cit. Página 172.

- Se introduce al portador de la carta con el destinatario, identificándolo como el acreedor del derecho, que la propia carta le confiere.

- Contiene la solicitud que hace el remitente al destinatario, de entregar al portador, un derecho ó una cantidad de dinero en efectivo.⁴⁸

El modo de operar de las cartas de crédito es muy simple y por ello puede existir una confusión en que la misma se parezca al contrato de fianza, siendo el modo de operar el siguiente:

a) Se redacta dirigida a un destinatario susceptible de proporción en beneficio al portador;

b) Se le entrega a quien será su portador y recibirá los beneficios que se deriven de ella;

c) El destinatario podrá o no acatar la solicitud hecha por el remitente, en caso afirmativo la otorgara al portador el derecho o el dinero que expresamente aparezca delimitado en el texto.

De lo más interesante en este tipo de convenio, es que no se debe de confundir con la figura de la fianza, dado que el que concede el crédito lo hace de manera personal, en nombre y por cuenta propia; mientras que en la fianza el fiador aún cuando es una garantía personal responde en nombre de otro y no del propio, dado que la obligación del fiador nace del incumplimiento del deudor original; también otra diferencia que se encuentra en el contrato de fianza y en la carta de crédito es que en la carta de crédito el destinatario puede o no cumplir con el pago, por la existencia de provisiones por parte del remitente o no, mientras que en la

⁴⁸ DAVALOS MEJIA CARLOS, TITULO Y CONTRATOS DE CREDITO, QUIEBRAS., página 308.

fianza la obligación del fiador subsiste hasta en tanto no se le haga pago al acreedor.

E) CARTAS DE RECOMENDACIÓN.- Las cartas de recomendación en que se asegure la probidad y solvencia de alguien, no constituyen fianza, expresa el artículo 2808 del Código Civil para el Distrito Federal. De lo que se desprende que la cartas de recomendación dadas por alguna persona en las que simple y llanamente se asegure la solvencia y probidad de otra persona no constituyen fianza, dado que la naturaleza de la fianza es para el efecto de garantizar una obligación, mientras que en las cartas de recomendación simplemente se asegura que determinada persona es solvente.

Pero existe la excepción, es decir lo que previene el artículo 2809 del Código Civil, si las cartas de recomendación fuesen dadas de mala fe, afirmando falsamente la solvencia del recomendado, el que las suscriba será responsable del daño que sobreviniese a las personas a quienes se dirigen por la insolvencia del recomendado. De esto se debe de entender que si determinada persona asegura la probidad y solvencia de otra, a sabiendas que está última no es solvente para el pago de sus obligaciones, entonces será el propio dador de la carta el que tenga que responder por el incumplimiento del recomendado, por lo que esta figura se sigue afirmando que no constituye fianza, es decir, por que la persona que extiende la carta aún cuando sea de mala fe diga que el recomendado es solvente, no esta diciendo que el se obliga a cumplir con la obligación en caso de que su recomendado sea insolvente, ya que el contrato de fianza principalmente, se da entre el fiador y el acreedor en el caso de que el primero responderá por una obligación para el caso de que el deudor no cumpla.

Sin embargo, el artículo 2810 del Código Civil establece que : no tendrá lugar la responsabilidad del artículo anterior, si el que dio la carta probase que no fue su recomendación la que condujo a tratar con su recomendado. De lo que hay que hacer notar que tanto la fianza como las cartas de recomendación son para dar de cierta manera al acreedor, seguridad de que su deudor le va a pagar, por este motivo tal vez pueda surgir la duda de que las cartas de recomendación pueden ser semejantes a la figura de la fianza en materia civil, más no obstante ya se observo que para la fianza se debe de dar el consentimiento del fiador para cumplir en caso de que su asegurado no lo haga; mientras que en la figura de las cartas de recomendación si el que las extiende acredita que no fueron sus cartas las que fueron determinantes para contratar con el deudor, y este no paga entonces no nace obligación de pago por parte del dador de la carta, y por ende no puede considerarse a la carta de recomendación como fianza.

F) AVAL CAMBIARIO.- Constituye una de las figuras que se dan dentro de los títulos de crédito y se define como la garantía personal de naturaleza cambiaria que un signatario o un tercero en un titulo de crédito presta directa y exclusivamente garantizando que parte o la totalidad del titulo será pagado, para lo cual, inclusive, somete como garante todo su patrimonio. De los requisitos que debe de contener el aval, son: la inserción del aval y su formula en el texto del mismo documento; la firma del avalista como manifestación de su voluntad unilateral de querer obligarse de ésta manera; la mención de la cantidad por la que se extiende la garantía.

El aval queda obligado solidariamente con aquel cuya firma ha garantizado, y su obligación es valida, aun cuando la obligación garantizada sea nula por cualquier causa. De lo que se entiende que el aval como garantía no se encuentra sometido al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, al decir que la obligación del aval subsiste aun cuando la obligación garantizada sea nula.

Se señalan como diferencias entre la fianza y el aval las siguientes:

1.- En cuanto a la formalidad el aval debe de constar en el propio documento o en hoja adherida a él; mientras que para la fianza esta puede constar por separado del contrato u obligación que garantice.

2 - La fianza no se presume; el aval sí, esto es, si solamente el avalista firmo, sin decir por "aval", se presume que es avalista.

3.- La fianza solo puede exigirse en forma subsidiaria, esto es cuando se haya demostrado que el fiado no ha pagado, y además que se haya hecho excusión de los bienes del fiado. En cambio en el aval, el avalista es obligado solidario y puede exigírsele el cumplimiento de la obligación en primer lugar, sin necesidad de recurrir al avalado previamente.

4.- En la fianza se aplica el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; en el aval no ya que si la obligación cambiaria garantizada es nula, subsiste la obligación del aval para cumplir.

De lo que se puede decir que en el aval, el avalista no goza del beneficio de orden y de excusión, dadas las características de los títulos de crédito, mientras que en la fianza el orden y la excusión pueden oponerse por parte del fiador al acreedor, ya que la naturaleza de la fianza es en primer termino accesoría, indemnizatoria y subsidiaria, es decir, que para que se haga exigible la obligación al fiador necesariamente tiene que darse el supuesto de que la obligación principal no haya sido cumplida por parte del deudor; y por ende dada esta misma naturaleza no se debe de hacer renunciar al fiador al beneficio de orden y de excusión, ya que si bien

es cierto que el fiador tendrá la obligación de cumplir con la prestación que su fiado tenía que otorgar y no lo hizo, también es muy cierto que la principal finalidad del contrato de fianza radica en dar seguridad al acreedor para celebrar contratos con una persona de la cual no tenga la confianza plena de que va a pagar; característica que esta figura revistió en el derecho Romano.

CAPITULO IIIEFFECTOS QUE PRODUCE LA FIANZA**A) EFECTOS DE LA FIANZA.**

El contrato de fianza puede generar diversos tipos de efectos jurídicos, y a los que la doctrina ha denominado directos, e indirectos, los primeros consisten en las obligaciones que nacen al momento de celebrarse el contrato de fianza; es decir que los efectos directos son aquéllos que tienen vida jurídica plena al momento de que se perfecciona la relación contractual; por otro lado tenemos los denominados indirectos, o aquéllos que nacen de hechos posteriores a la celebración del contrato de fianza.

Los efectos directos que nacen del contrato de fianza, que como ya quedo dicho son los que nacen conjuntamente con el contrato de garantía que nos ocupa, y que solamente es uno mismo, y que consiste en la obligación de pago por parte del fiador para con el acreedor, si el deudor no cumple con su obligación, de lo que hay que hacer notar que el efecto directo o inmediato es unicamente la relación fiador- acreedor y que consiste en el cumplimiento de una obligación que debe de realizar el fiador al acreedor de otro, por no haberla realizado éste último.

En este tipo de relación directa unicamente existen dos sujetos que son tanto el acreedor y el fiador, el primero que tiene derecho a recibir una prestación determinada por parte de un sujeto, mientras que el fiador es la persona que tiene la obligación de realizar determinada prestación y que puede consistir en un dar, hacer o no hacer, y que es la conducta que tenía que realizar el deudor principal, y el que por no haberla hecho repercute para que esta sea satisfecha por parte del fiador.

Los efectos indirectos que origina la fianza, son aquéllos que nacen de hechos posteriores después de haber perfeccionado el contrato, dentro de este tipo de efectos se enuncian los siguientes:

El pago que realiza el fiador de la obligación principal, por sobrevenir el deudor principal en insolvencia; el pago hecho por alguno de los co-fiadores de la obligación principal, por caer en estado de insolvencia alguno de los demás partícipes en la fianza (fiadores).

Dentro de este tipo de efectos nacen relaciones entre fiador-deudor, fiador-co-fiadores, mismas relaciones que serán analizadas más adelante, más sin embargo cabe mencionar que este tipo de relaciones nacen de hechos posteriores, que no se dan al momento de perfeccionarse el contrato de fianza, y que tienen gran similitud con los llamados contratos sinalagmáticos o imperfectos, los cuales han sido definidos como aquéllos en que las obligaciones a cargo de las partes, nacen de hechos posteriores a la celebración del contrato.

B) EFECTOS DESPUÉS DE CELEBRADO EL CONTRATO.

En cualquier relación de tipo contractual, ambas partes tienen derecho a recibir determinada clase de prestación y para algunos puede ser, de dar, de hacer e incluso algunas conductas pueden ser de abstención.

Para el caso del contrato de fianza, genera un tipo de efectos que en forma de obligación suelen ser de dar y de hacer, nunca de no hacer, ya que dada la naturaleza de la fianza que es de garantía y por ende debe existir una prestación que otorgar, por parte de la persona que se obligó a asegurar la obligación principal, en caso de que el obligado principal no lo haga. En otras palabras la obligación de

pago consignada en el contrato de fianza debe de ser única, y por regla general es la prestación que debe de dar el fiador al acreedor de otro, para el caso de que este último no cumpla con lo que se obligó.

Así pues el único efecto que produce la fianza es el aseguramiento de determinada prestación y como consecuencia el pago de la misma o su compensación, en caso de que la obligación principal no haya sido efectuada, ó si lo fue lo haya sido en forma parcial; por lo que el efecto que produce la fianza es único, y el cual se puede resumir en la indemnización por parte del fiador para con el acreedor, para el caso de que el acreedor sufra algún detrimento por causa imputable al deudor, es decir por falta de cumplimiento del fiado.

Pero también existen otro tipo de efectos y suelen ser aquéllos que sobrevienen despues de haberse celebrado el contrato, como lo es la obligación por parte del deudor de realizar el pago al fiador, cuando este lo a hecho en su nombre, ya que como se ha mencionado la fianza genera unicamente un tipo de obligaciones, que son de dar y hacer, y por ende de efectos como lo son el pago al acreedor y la retribución al fiador o en su caso la acción de repetición por parte del fiador en contra del deudor principal, para el caso de que el fiador haya cumplido por este último.

C) EFECTOS JURIDICOS Y RELACION FIADOR-FIADO.

No cabe duda que una de las relaciones más importantes que se generan dentro del contrato de fianza, es la que deriva o existe entre el fiador y el deudor, esta relación es muy importante ya que no hay que olvidar que es el deudor la persona que principalmente recibe los beneficios de una fianza, ya que previamente este obtiene para sí un lucro o alguna prestación, y que debido a la conducta del

fiador, este goza de confianza y por ende de obtener un beneficio, que particularmente es de carácter patrimonial; como consecuencia de lo que se ha dicho es que el deudor sea digno de confianza de otro sujeto, quien además es ajeno a la relación jurídica principal, entre el deudor y acreedor, sujeto que garantiza que el deudor o fiado es digno de confianza, y como consecuencia va a cumplir con lo que tiene obligación de realizar o entregar, y para el caso de que este no lo haga, entonces lo hará el sujeto que aseguró, que el deudor original iba a cumplir con determinada obligación, realizando esa conducta el fiador en nombre de su fiado.

Debido a este razonamiento, y en atención a que el deudor es el principal beneficiario del contrato de fianza, otorgada por el fiador, entonces es una relación muy interesante, ya que sin la prestación que hace el fiador, el deudor no hubiere conseguido la prestación que para él es favorable, motivo por el cual está obligado a cumplir, con el fin de evitar se moleste a la persona que le otorgó determinada confianza, misma que no debe de ser defraudada, ya que si fuera así y debido a la situación económica que prevalece en el país, entonces esta figura tan delicada como lo es el contrato de fianza, tendería a la desaparición, por lo que el fiado debe de cumplir con su conducta, a fin de no causar futuras molestias al fiador.

En el presente apartado se estudia primeramente la relación fiador-deudor, no siguiendo el orden que previene el Código Civil para el Distrito Federal, ya que este menciona en primer término la relación existente y derivada entre el fiador y el acreedor, dejando en segundo término la relación que nace entre el fiador y el deudor, por lo que como ya se ha dicho el deudor principal de determinada obligación, obtiene para sí un beneficio y por esta razón aún cuando ya se sabe, el está obligado a cumplir, incluso, a que sea perseguido en sus bienes para realizar el pago, con la única finalidad de no defraudar la confianza que le ha depositado un tercero.

Lo teórico y lo que en la práctica debe darse dentro de esta clase de figuras es que el deudor sea el que cumpla con su obligación lisa y llanamente, y no defraudar el signo de confianza que le ha dado otra persona, que es ajena a la relación que este tenga con su acreedor para que cumpla con su obligación, y aún si este no la cumple lo hará aquél (fiador) en su lugar. Ahora que es lo que pasa si el deudor no cumple con su obligación, entonces ésta, recae en la persona del fiador, el cual deberá de cumplirle al acreedor con la prestación que le es debida, por lo que si el fiador cumple con esa obligación, situación que la legislación civil prevee, con el objeto de no dejar toda esta responsabilidad en los bienes del fiador, así como el que sufra por causa de otra persona, que no cumplió determinada obligación y máxime que el propio fiador no recibió beneficio alguno por el haber otorgado su confianza, de que este último (deudor) cumpliría con su obligación; el Código Civil para el Distrito Federal contempla dos acciones una en forma personal o de reembolso, y otra por subrogación ambas en contra del deudor principal, en razón de que al otorgar la fianza, el fiador no obro con el “animus donandi” o con el deseo de hacer una literalidad a dicho deudor.⁴⁹

De igual manera para el maestro Rafael de Pina, son varios los efectos de la relación Fiador-Fiado, mismos que enuncia en su obra; 1.- Indemnización; 2.- Subrogación; 3.- Transacción; 4.- Pago no comunicado; 5.- Repetición de pago; 6.- pago en virtud de fallo judicial; 7.- Condición o plazo; 8.- Aseguramiento del pago y relevación de la fianza⁵⁰

También consagra otro derecho para el fiador y que consiste en que se le releve de la fianza.

⁴⁹ SANCHEZ MEDAL RAMON, Op. Cit. Página 460.

⁵⁰ DE PINA VARA RAFAEL, Op. Cit. Páginas 259 y 260.

A efecto de que el fiador sea reembolsado del pago que ha realizado, se preveen en el Código Civil para el Distrito Federal varias situaciones como lo es la normal, que consiste en que el deudor al otorgar fiador y este haya consentido tal acto, entonces el deudor original esta obligado a restituir al fiador el pago de lo que este haya realizado por el, incluyendo capital, intereses, gastos y daños y perjuicios, tal y como lo dispone el artículo 2829 del Código Civil para el Distrito Federal, que enuncia lo siguiente:

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 al pago al deudor, aún cuando este no estuviere obligado por razón del contrato a pagarlos al acreedor;
- III. De los gastos que haya hecho desde que dió noticia al deudor de haber sido requerido de pago;
- IV. De los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor.⁵¹

Asi como si también la fianza se ha constituido en contra de la voluntad del deudor, en cuyo caso el deudor tendrá derecho a ser reembolsado, únicamente en cuanto al monto de lo que hubiere beneficiado el pago al deudor, esto tomando en cuenta lo que dispone el artículo 2828, del Código Civil para el Distrito Federal que enuncia lo siguiente:

“El fiador que paga debe de ser indemnizado por el deudor, aunque éste no haya prestado su consentimiento para la constitución de la fianza. Si ésta se hubiere

⁵¹ CODIGO CIVIL, PARA EL DISTRITO FEDERAL, Página 487.

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.⁵²

En cuanto al derecho de reembolso se consagran dos procedimientos, el que se sigue por subrogación y el del juicio ejecutivo, que puede seguir el fiador en contra de su fiado. En cuanto se refiere a la subrogación esta se debe de ceñir a lo que dispone el artículo 2830 del Código Civil para el Distrito Federal que enuncia lo siguiente:

“El fiador que paga, se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor”.⁵³

En cuanto a la subrogación⁵⁴ esta opera por ministerio de ley, cuando el que paga una obligación aún no siendo el deudor en la misma, tiene sin embargo interés jurídico en que esta se vea cumplida, ya que de lo contrario el fiador se vería expuesto a un juicio y a sufrir las consecuencias perjudiciales tanto en su reputación y bienes.

También, existe obligación para el fiador de avisar al deudor que va a realizar el pago, con el único fin de que este se oponga o manifieste su conformidad con el acto que va a realizar el fiador, ya que en caso de que el fiador no haga del conocimiento al deudor del pago que va a efectuar entonces corre el riesgo de que este en un futuro cuando le requiera el pago oponga todas las excepciones inherentes a la obligación inclusive las personales que tuviere en contra del propio acreedor. No obstante ello, el fiador queda subrogado en todos los derechos del

⁵² IDEM.

⁵³ IDEM, Página 488.

⁵⁴ Entendiéndose por subrogación, como sustituir, doctrinariamente se habla de dos tipos de subrogación, la llamada personal y la real, la primera es la sustitución que se hace en las personas y la segunda en las cosas.

acreedor en contra del deudor, ya que precisamente uno de los efectos de la subrogación consiste en que el fiador sufra todas las excepciones que le oponga el deudor, mismas que le pudo haber opuesto al acreedor original, en la obligación principal.⁵⁵

Sin embargo si el fiador al hacer del conocimiento del deudor, del pago que se va a efectuar, y el deudor no se opone al mismo, e incluso no comunica excepción alguna que sea inherente a la obligación principal, o alguna excepción personal en contra del acreedor original, entonces el deudor no tiene ya derecho alguno de oponer excepción alguna al fiador, subrogado ya en los derechos del acreedor, pues precisamente el fin del comunicado era que el deudor se opusiera al mismo y al no hacerlo, se entiende un consentimiento, y en ese orden de ideas el deudor, ésta obligado a realizar únicamente el pago liso y llano de la obligación, lo anterior a contrario sensu, de lo que dispone el artículo 2832 del Código Civil para el Distrito Federal, que preceptúa lo siguiente:

“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”.⁵⁶

En cuanto al juicio ejecutivo es otro procedimiento para conseguir el reembolso de lo pagado por el fiador al acreedor en nombre de el fiado, y consiste en proceder ejecutivamente contra el deudor principal, y se da cuando el pago lo realizó el fiador mediante sentencia, ya que la misma se considera título ejecutivo, según lo dispone el artículo 444 del Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal que enuncia lo siguiente:

⁵⁵ Cfr. ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Op. Cit. Página 332 Y su compendio Página 346

⁵⁶ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Página 488.

“Las sentencias que causen ejecutoria y los convenios judiciales, los convenios celebrados ante la Procuraduría Federal del Consumidor, los laudos que emita la propia Procuraduría y los laudos o juicios de contadores, motivaran ejecución, si el interesado no intentare la vía de apremio”.⁵⁷

En este procedimiento el deudor podrá oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal y los que le sean personales, siempre y cuando este no haya sido llamado a juicio por el fiador, ó si éste no dió el aviso previo de pago al deudor, ó bien cuando por descuido no opusó esas excepciones, según lo dispone el artículo 2834 del Código Civil para el Distrito Federal, que enuncia lo siguiente:

“Cuando el fiador ha pagado en virtud de fallo judicial, y por motivo fundado no pudo hacer saber el pago al deudor, este quedara obligado a indemnizar a aquél, y no podrá oponerle más excepciones que las que le sean inherentes a la obligación principal y que no hubieren sido opuestas por el fiador, teniendo conocimiento de ellas”⁵⁸

“Si el fiador hubiese transigido con el acreedor, no podrá exigir del deudor sino lo que en realidad haya pagado” artículo 2831 del Código Civil para el Distrito Federal⁵⁹, a éste respecto el maestro Rafael Rojina Villegas nos dice que “ la transacción entre el fiador y el deudor principal aprovecha al fiador, pero no le perjudica, y la celebrada entre el fiador y el acreedor aprovecha, pero no perjudica al fiador y deudor”⁶⁰.

⁵⁷ CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Página 104.

⁵⁸ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Página 488.

⁵⁹ IDEM

⁶⁰ ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Op. Cit. Página 325.

Si el fiador paga en juicio, aun antes de que se dicte sentencia condenatoria al pago, este no podrá hacer efectivo o seguir el juicio ejecutivo en contra de su fiado, en atención a que el deudor tiene derecho a oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal e incluso las personales en contra del acreedor.

Mas sin embargo si la deuda fuera a plazo o condición y el fiador la pagare antes de que aquél o ésta se cumplan, no podrá cobrar la del deudor, sino cuando fuera legalmente exigible. Artículo 2835 del Código Civil, para el Distrito Federal. Esto se da atendiendo a la naturaleza de la fianza, ya que como se ha dicho es de caracter accesorio y para que nazca a la vida jurídica y tenga efectos jurídicos plenos, necesita de una obligación que le de vida y si esta no se da, entonces, se da la razón de no existir el contrato de fianza.

Otro de los derechos que consagra el Código Civil para el Distrito Federal, es el que consiste en que el deudor releve de la fianza al fiador o le asegure el pago el cual se da en los supuestos que previene el artículo 2836 del Código Civil para el Distrito Federal:

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

- I. Si fue demandado judicialmente por el pago;
- II. Si el deudor sufre menoscabo en sus bienes de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente;
- III. Si pretende ausentarse de la República;
- IV. Si se obligo a relevarlo de la fianza en tiempo determinado, y éste ha transcurrido;

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

A éste respecto el maestro Rafael Rojina Villegas, nos dice que este derecho del fiador para que se asegure el pago a se le releve de la fianza en nada puede perjudicar las acciones del acreedor; por lo que, cuando se han renunciado los beneficios de orden y de excusión, generalmente no tienen eficacia alguna en la práctica jurídica.⁶¹

⁶¹ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, Op. Cit. Página 325.

D) EFECTOS JURIDICOS Y RELACION DE FIADOR-ACREEDOR

Otro tipo de relación que genera el contrato de fianza, es una de las llamadas directas por el maestro Ramón Sánchez Meda, y es la que se da entre el fiador y el acreedor de el obligado principal, siendo ésta relación a la que el Código Civil para el Distrito Federal pone una atención muy especial, e incluso le dedica mayor importancia, ya que la ubica dentro de su contenido, en las relaciones que genera el contrato de fianza, en primer término. La relación que nace entre el acreedor y el fiador reviste una gran importancia, ya que el primero es la persona que tiene derecho a recibir una prestación de carácter generalmente patrimonial, la cual es consecuencia de alguna otra contraprestación que el haya realizado en favor de otra persona, dentro de éste figura para con el deudor o fiado; mientras que el fiador es la persona que tiene la confianza en que el deudor, le va a realizar la conducta, o dar la prestación que le es debida al acreedor, y que para el caso de no hacerlo, lo hara el propio fiador en su lugar y en su nombre

Se agrega que como ya se dijo esta relación es de gran importancia, ya que entre los dos existe un lazo, es decir una conexión de carácter jurídico, la cual consiste en la propia conducta del deudor, ya que si el deudor cumple lisa y llanamente con lo que se obligó, entonces, el acreedor no tiene por que exigir cumplimiento alguno del fiador; más sin embargo si el deudor no realiza la conducta a la que estaba obligado, entonces, el acreedor tiene la facultad de exigir el que se le cumpla con la obligación que le es debida, y a la que el fiador garantizó que se cumpliría por el mismo deudor, o en su caso lo haría el en lo personal.

Por lo que se debe de entender que si el deudor cumple con su obligación ésta acarrea la extinción de la obligación que llegó a tener el fiador, pero si el

deudor no cumple con su obligación, esto trae como consecuencia, que el acreedor exija del fiador la prestación que le es debida; tomando en cuenta que el fiador al momento de ser requerido de pago, debe de hacerlo liso y llanamente en sus términos, ya que dada la accesoriadad de la fianza, tendría que ser el deudor principal el que opusiera todo tipo de excepciones y defensas, y en este sentido nuestro Código Civil para el Distrito Federal, contempla la posibilidad de que el fiador oponga todo tipo de excepciones inherentes tanto a la obligación principal, como las que sean al contrato de fianza; por lo que el presente apartado unicamente se referira a las excepciones que puede interponer el fiador al acreedor de su fiado.

Así pues el artículo 2812 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que “El fiador tiene derecho de oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, más no las que sean personales del deudor”.⁶²

De lo que se desprende del análisis del artículo 2812 del Código Civil para el Distrito Federal, es que indica cuales son las excepciones que debe de interponer el fiador al acreedor, omitiendo aquéllas que son inherentes a la fianza, siendo así que ésta clase de defensas, constituiran el medio más importante para que el fiador resulte liberado.⁶³ Por lo que todas las causas que originen en vía directa la extinción de la fianza, serán motivo de excepciones para el fiador en contra del acreedor y estas excepciones lo liberaran directamente del pago; más sin embargo no hay que confundir las excepciones que extinguen directamente la fianza y las que lo hacen por vía de consecuencia, ya que éstas son las que se dan con motivo de la extinción de la obligación principal, mientras, que las que son directas son las que extinguen la fianza y dejan subsistente la obligación principal, por lo que ahora toca analizar esos tipos de excepciones.

⁶² IDEM, Página 485.

⁶³ RAFAEL ROJINA VILEGAS, Op. Cit. Página 307.

Excepciones inherentes a la fianza, dentro de las excepciones que se pueden oponer y que son inherentes a la fianza destacan las siguientes:

- Las que se dan con motivo de la nulidad relativa del contrato e garantía es decir cuando el fiador sufrió alguno de los vicios que dan origen a esta nulidad, como lo son el dolo, error, incapacidad, violencia, así como cuando se prevenga una formalidad que tenga que darse, por ejemplo cuando la fianza tenga que otorgarse por escrito.

- Las que provienen de la nulidad absoluta del contrato de fianza, ya sea por que el objeto o el motivo o fin del contrato sea ilícito también lo sea así y por ende se origine la nulidad absoluta.

- Las que provienen de la confusión, remisión, compensación entre el fiador y el acreedor, ya que en ambas figuras como se vio en el curso de obligaciones, son causas de extinción de obligaciones y por ende al darse en la fianza extinguen la misma; al hablar de la confusión es cuando en la misma persona se reúnan las calidades de fiador y acreedor para esta figura, la fianza queda extinguida pero la obligación principal sigue subsistiendo.

En cuanto a la compensación se refiere a que en ambas personas se reúnan la calidad de deudoras y acreedoras reciprocamente y por su propio derecho, artículo 2185 del Código Civil para el Distrito Federal, por lo que el fiador puede oponer la excepción de compensación del crédito que contra él tenga, con la deuda del deudor principal, a contrario sensu, se entiende de lo antes mencionado y de lo demás que previene el artículo 2198 del Código Civil para el Distrito Federal, que la excepción

de compensación que debe hacer valer el fiador, deberá de hacerse en el momento que le sea demandado el pago.

Por remisión se entiende como la condonación o el perdón de una deuda, que hace una persona en favor de otra, por lo que si ésta se da en materia de fianzas deja subsistente la obligación principal, es decir si el acreedor libera de la fianza al fiador, con esta conducta no se extingue la obligación principal, esto según lo dispone el artículo 2210 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice : “ la condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias, pero la de éstas deja subsistente la primera”.

- Por las que sobrevengan por prórroga, alteración de la deuda, la sujeción de la deuda a nuevos gravámenes y la novación.

Excepciones que se encuentran previstas, la de prórroga o espera en el Código Civil para el Distrito Federal que en el artículo 2846 dispone : “ la prórroga o espera concedida al deudor por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza”, de lo que previene este precepto se entiende de que la fianza garantiza una determinada obligación que se encuentra ya precisada en el tiempo, y aunque la alteración en el tiempo que se de, no es una novación, también lo es que la fianza fue dada unica y exclusivamente para que en determinado tiempo se realizara determinada obligación, por lo que al conceder una prórroga en la misma el acreedor al deudor, este debe ser consentida por el fiador, para que subsista su obligación de garante, ya que la naturaleza de la fianza es subsidiaria para con el acreedor.

En cuanto a la alteración de la deuda se refiere también el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 2847 dispone :” 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, queda sujeta la obligación principal a nuevos gravámenes o condiciones". De este precepto se dan dos hipótesis; la primera que es muy lógica que si existe quita en la obligación principal, entonces, dado que una de las características del contrato de fianza es la accesoriedad, por ende dicha quita le beneficia al fiador; la segunda hipótesis se refiere a la alteración de la obligación principal, así como, la sujeción a nuevos gravámenes o condiciones ya que en este caso realmente opera una novación, tal y como lo dispone el artículo 2220 del Código Civil para el Distrito Federal, que nos menciona: "la novación extingue la obligación principal y las obligaciones accesorias. El acreedor puede, por una reserva expresa, impedir que la extinción de las obligaciones accesorias, que entonces pasan a la nueva", por lo que si la obligación principal se sujeta a algunos gravámenes o condiciones, entonces, se altera sustancialmente la misma y como consecuencia el que se dé una novación, y lo único que traería como consecuencia sería el que la fianza quedara extinguida.

- Por las que sobrevengan por caducidad y ésta se contempla en los artículos 2848 y 2849 del Código Civil para el Distrito Federal, que menciona lo siguiente:

Artículo 2848.- El fiador que se ha obligado por tiempo determinado, queda libre de su obligación, si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo. También quedará libre de su obligación el fiador, cuando el acreedor, sin causa justificada, deje de promover por más de tres meses, en el juicio entablado contra el deudor". De este artículo se desprende que la caducidad se da cuando la fianza se dió por tiempo determinado y se refiere a dos supuestos al primero es que se debe dar antes de que nazca un juicio, es decir que al momento de que sea exigible la obligación no ejercite su derecho al acreedor en la vía judicial dentro del

mes siguiente. Mientras que el segundo supuesto se refiere a que debe de estar dentro de un juicio ya entablado en forma, y la caducidad se da cuando el acreedor ha dejado de promover por más de tres meses.

Artículo 2849 - si la fianza se ha otorgado por tiempo indeterminado, tiene derecho el fiador, cuando la deuda principal se vuelva exigible, de pedir al acreedor que promueva judicialmente, dentro del plazo de un mes, el cumplimiento de la obligación. Si el acreedor no ejercita sus derechos dentro del plazo mencionado, o si en el juicio entablado deja de promover, sin causa justificada por más de tres meses, el fiador quedara libre de su obligación” el presente artículo se refiere cuando la fianza se ha dado por tiempo indeterminado y se previene en los mismos términos que el artículo 2848 del Código Civil para el Distrito Federal.

En cuanto a las excepciones inherentes a la obligación principal, que son las que el fiador puede oponer, sin que estas sean de carácter personal del deudor, según ha quedado indicado en el artículo 2812 del Código Civil para el Distrito Federal, ahora bien las excepciones inherentes a la obligación que más destacan son las siguientes:

- La excepción de compensación, misma que ha sido detallada ya, en el apartado que antecede.
- La excepción de confusión, que la igual que la anterior ha quedado detallada en el apartado anterior.
- La excepción de remisión que ha sido expuesta en el apartado anterior.

- La excepción de novación que al igual que las tres anteriores ha quedado explicada en el apartado anterior.

Lo único que hay que precisar es que este tipo de excepciones las puede hacer valer el fiador en contra del acreedor de su fiado, y como consecuencia al prosperar dichas excepciones y extinguir la obligación principal extingue a su vez la fianza por vía de consecuencia.

- La prescripción ésta excepción puede ser opuesta por el fiador aun cuando el deudor haya renunciado expresamente a ella según lo previene el artículo 2813 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:” La renuncia voluntaria que hiciera el deudor de la prescripción de la deuda, o de toda otra causa de liberación, o de la nulidad o rescisión de la obligación, no impide que el fiador haga valer esas excepciones” De este precepto nos enuncia el maestro Rafael Rojina Villegas que “ lo tomamos del artículo 2322 del Código Civil Argentino, constituye en verdad, por lo que se refiere a la prescripción, un caso especialísimo” pero este caso de excepción es una verdadera innovación ya que si el deudor renuncia expresamente a la prescripción de la obligación principal, esta debería de hacerse extensible a la fianza, sin embargo el ilustre maestro Rojina Villegas nos dice que este precepto tutela de una manera el patrimonio de los fiadores, considerando que la renuncia que haga el deudor solo a él debe perjudicarlo y no al fiador.”

- La rescisión y la nulidad también extinguen la obligación principal y como consecuencia la fianza, y si el deudor ha renunciado a ellas, esto se hace extensible a lo que previene el artículo 2813 del Código Civil para el Distrito Federal que ya ha quedado en el presente trabajo, y como consecuencia el fiador puede oponer dichas excepciones ; pero hay que hacer notar que si la nulidad es relativa y

proviene de dolo, error, lesión o violencia e incapacidad, estas excepciones son personales para el deudor y por ende el fiador no podrá oponerlas, pero si el deudor principal; pero si el deudor renunció a estas excepciones entonces se convalida el contrato y como consecuencia queda subsistente la figura de la fianza.

- En cuanto se refiere a los beneficios de orden, excusión y división, éstos serán analizados más adelante, por ser el tema principal del presente trabajo.

E) EFECTOS JURIDICOS Y RELACION DE FIADOR-COFIADORES

Por cofiador debe de entenderse, en el sentido amplio de la palabra el que es parte en una fianza exclusivamente del fiador, así para el diccionario de la Lengua Española nos indica que “cofiador: de (Co-y fiador) M.Der. Fiador con otro, o compañero en la fianza”⁶⁴

En éste orden de ideas debe entenderse que el co-fiador es la persona que es compañero del fiador en la fianza; asimismo, se debe de considerar que el co-fiador es aquél sujeto que a parte del fiador, garantiza que determinada obligación principal va a ser cumplida por la persona que tiene el deber de hacerlo y que para el caso de no realizarla, entonces, el mismo cumplirá la obligación junto con otro en todos sus términos.

La relación entre fiadores, tiene una importancia de no mucha relevancia, ya que el Código Civil para el Distrito Federal, la trata en tercer lugar, dentro de las relaciones que origina el contrato de fianza, concretándose solamente al llamado beneficio de División, más sin embargo es una relación que debe de ser muy tomada

⁶⁴ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Página 500

en cuenta, ya que todos los fiadores de determinada obligación, han apostado a que la misma tiene que ser cumplida.

Esta relación de fiadores tiene en sí, un nexo de carácter jurídico, el cual consiste en la conducta del propio deudor, ya que es precisamente por esa conducta por la que han apostado, y que para el caso de que ésta no se satisfeca entonces, lo harán los propios fiadores, obligandose por cuenta propia.

En base a éstos razonamientos, los fiadores de determinada obligación tienen consignados dentro de nuestra legislación varios derechos, y beneficios como lo son el de orden, de excusión y división.

Dentro de este apartado existen varios supuestos:

Que todos los fiadores hayan renunciado al beneficio de orden, excusión y división, entonces todos ellos pasan a ser obligados solidarios del deudor y frente al acreedor.

Que los fiadores no hayan renunciado a los beneficios de orden, excusión y división, por lo que los mismos ya no serán solidarios con el deudor, entonces su obligación es mancomunada entre ellos, es decir la deuda es dividida en partes proporcionales, y la forma de pago es a prorrata, es decir por partes iguales.

Así en este orden de razonamientos, el legislador prevee una hipótesis en el artículo 2837 del Código Civil para el Distrito Federal, que nos menciona lo siguiente:

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

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

Para que pueda tener lugar lo dispuesto en este artículo, es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, o hallandose el deudor principal en estado de concurso⁶⁵

De este precepto surgen varios supuestos, el primero consiste en que siendo varios fiadores de un mismo deudor y en virtud de una misma deuda, ya que si son varios fiadores de un mismo deudor, pero de la deuda no es una sólo, entonces se entiende que las garantías otorgadas por los fiadores es responder por una determinada, y al haber varias puede ser que un solo fiador lo sea una obligación en especial.

También el mismo artículo sigue previniendo que si uno de ellos la ha pagado en forma total, entonces, tiene derecho a que le paguen los demás fiadores la parte que les corresponda, esto es lo que se le ha llamado división, pero lo que realmente sucede es que opera una mancomunidad de los demás fiadores, para aquél que ha pagado en su totalidad la obligación.

De igual manera el mismo artículo dispone que si alguno de los fiadores resulta insolvente, su parte será absorbida por los demás fiadores, siguiendo operando una mancomunidad.

⁶⁵ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Página 489

Pero para que se dé el pago de los demás fiadores para con el que ha cumplido con la obligación principal, debe de haber sido éste último, mediante mandamiento judicial o que el deudor se haya en concurso, para el primer supuesto, es claro el artículo pues debe de haber una demanda para que se haya realizado el pago, para el segundo que el deudor se haya constituido en concurso⁶⁶.

Pero los efectos que genera el fiador que ha pagado, no es solamente la mancomunidad de la obligación para con los demás fiadores, sino que además se subroga en todos y cada uno de los derechos que tuviese el acreedor hacia el deudor principal, y por ende todos los fiadores pueden oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal, así como las que sobrevengan por la fianza, esto según lo dispone el artículo 2838 del Código Civil para el Distrito Federal, que previene lo siguiente:

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

En base a lo ya expuesto se confirma que la relación entre fiadores, dentro de nuestra legislación se concreta nada más al llamado beneficio de división, no dedicándole mayor importancia el legislador, por lo que es una relación que debe de ser analizada por el Congreso de la Unión, dado que la fianza en materia civil, es un tema que merece mayor cuidado y así evitar que la misma tienda a la desaparición.

⁶⁶ CFR A DE PINA VARA RAFAEL, Op. Cit Página 260

F).- EFECTOS JURIDICOS DE LA FIANZA EN OTROS TIPOS DE OPERACIONES.

Dentro este apartado se analizaran, cuales son los efectos que produce la fianza, tanto en materia mercantil, como en titulos de crédito.

En el primer apartado la fianza en materia mercantil, tiene un regulación especial en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas⁶⁷.

La fianza en materia mercantil, tiene el carácter de tal según lo dispone la propia ley en el artículo 2º en cual previene : “las fianzas y los contratos, que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de garantía hipotecaria”⁶⁸

los efectos que origina este tipo de fianza son muy identicos a los que se originan dentro de la fianza civil, surgiendo algunas que son notables y que vale la pena recalcar:

Obligación del fiador.- “la obligación básica del fiador la asume frente al acreedor y consiste en el compromiso de pagar la obligación garantizada, una vez que sea exigible y no haya sido satisfecha por el fiado”⁶⁹.

⁶⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de diciembre de 1950, durante el periodo presidencial de Don Miguel Alemán Valdéz.

⁶⁸ LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, Página 134.

⁶⁹ JOAQUIN RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, DERECHO MERCANTIL, Página 247.

El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que tenga contra la obligación principal y las inherentes a la fianza.

En cuanto a los llamados beneficios de orden y de excusión, la fianza mercantil carece de éstos, en atención a su naturaleza.

En cuanto a la relación acreedor-fiador, al acreedor para exigir el pago a la afianzadora, tiene varias opciones, primero de acudir a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, o acudir en la vía ejecutiva mercantil a ejercitar sus derechos ante los tribunales competentes.

Pero también el fiador debe de dar aviso de que va a realizar el pago, al deudor, para evitar que en un futuro este le oponga todas las excepciones inherentes a la obligación principal y no las personales del mismo deudor.

También hay que hacer notar que el fiador goza con ciertos derechos como lo son el cobro de una prima, y para el caso de que los recibos de prima no fueren pagados, con la certificación del contador de la afianzadora constituyen títulos ejecutivos; también gozan de un derecho de reintegro, ya que todo lo que paga el fiador por el deudor debe de serle restituído; derecho de garantía, las afianzadoras tienen el derecho de procurarse de garantías en relación con el reembolso de las cantidades que hayan erogado por los fiados, también gozará de la subrogación y de la legitimación procesal.

En cuanto a la relación de los fiadores, prevalecen los consignados en la legislación civil.

En cuanto a los efectos en títulos de crédito, se concreta a lo que ha establecido nuestro más alto tribunal, que en jurisprudencia emitida, es del epígrafe siguiente:

FIANZAS DE GARANTIA RESPECTO DE OBLIGACIONES QUE CONSTA EN TITULOS DE CREDITO: Es cierto que las compañías de fianzas no pueden otorgar su garantía en forma de aval pero ello no quiere decir que la disposición que lo prohíbe se pueda extender a otras formas de garantías respecto de obligaciones que consten en títulos de crédito, pues ello equivaldría a interpretar extensivamente y sin motivo, dicho precepto legal.⁷⁰

García de León Luis y Coags.- Página 551 - 5ª época. Tomo CXIV.

AVAL. DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE FIANZA CIVIL.- EL

hecho de que en un título de crédito, un tercero se obligue como fiador, no da lugar a un contrato de fianza civil, tanto porque fiador significa "garante o avalista", como porque la garantía se otorgó en una obligación cambiaria, y debe de seguir la naturaleza de ésta, del mismo modo que la fianza como accesoria de una obligación civil seguiría la naturaleza de ésta".⁷¹

Amparo directo 4326/61; Juan Ignacio de Alba, Suc.- 24 de Junio de 1963.- unanimidad de 4 votos.- ponente: Rafael Rojina Villegas.- página 44.- Tomo LXXII.- VI época.

Boletín de información judicial 1963, Página 426.

⁷⁰ RECOPIACION AL SEMANARIO JUDICIAL, JURISPRUDENCIA DEFINIDA EN MATERIA MERCANTIL 1917-1993, Tomo 1, Jurisprudencia número 926, Página 618

⁷¹ IDEM, JURISPRUDENCIA 180, Página 118.

CAPITULO IV
DEL ORDEN Y LA EXCUSION

A).- CONCEPTO DE ORDEN Y EXCUSIÓN.

Después de haber analizado las relaciones y efectos jurídicos que se originan entre el fiador y las demás partes, ahora toca realizar el estudio exégetico de los beneficios de orden y excusión, se dice exégetico por que a manera de exposición así se hará en el presente capítulo, mencionando primeramente los conceptos que se han dado tanto en sentido vulgar y los de la doctrina:

Primero hay que analizar lo que se entiende por beneficio , así el diccionario de la lengua española nos dice que : “ (del latín *beneficium*) m. Bien que se hace o se recibe... 10 der. Derecho que compete a alguien por ley o por privilegio”⁷².

Así pues, se puede desprender que beneficio en el sentido más amplio de la palabra es el provecho que recibe determinada persona, o el provecho que realiza determinada persona en favor de otra; mientras que, en un sentido estrictamente jurídico, beneficio es el derecho que tiene determinada persona y que se encuentra plasmado en la legislación.

Así lo ha definido la doctrina y el maestro Eduardo Pallares nos dice que:“ Beneficio es el derecho privativo que la ley reconoce a determinadas personas”⁷³.

De ésta manera siguiendo al maestro Pallares y al diccionario de la lengua española, se puede decir en un sentido estrictamente jurídico que el beneficio es el

⁷² DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Página 282.

⁷³ EDUARDO PALLARES, DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Página 114.

provecho que recibe determinada persona, el cual se encuentra plenamente reconocido en la legislación común.

Ahora bien toca analizar el concepto de orden y del cual el diccionario de la lengua española nos menciona que :“(del latín ordo-onis) amb. Colocación de las cosas en el lugar que les corresponde”⁷⁴ . así en el sentido amplio de la palabra orden, se debe entender como la armonía o sucesión en que van colocadas las cosas, asignandoles el lugar que les corresponde.

Juridicamente orden significa : “ el mandato del superior que se debe obedecer y ejecutar por los inferiores”⁷⁵ . también por orden se debe entender como la unidad de una pluralidad de normas.

Así pues en ese orden de ideas, se entiende en el sentido muy amplio que el orden es el lugar de colocación de las cosas, en el lugar que les corresponde; en el sentido jurídico, el lugar donde se encuentran las normas plurales en conjunto, y en el caso de la fianza el legislador ha querido indicar que el orden consiste, en el lugar que tienen asignados las partes, y siendo éste de naturaleza accesoria el orden es el siguiente: Obligado principal, fiador y cofiadores y así es como se debe de entender para el contrato de fianza.

En cuanto a la excusión, el concepto que de ésta da el diccionario de la lengua española es el siguiente: “ (del latín excussio-onis) f. Der. derecho o beneficio de los fiadores para no ser compelidos, por regla general al pago, mientras tenga bienes suficientes el obligado principal o preferente”⁷⁶ .

⁷⁴ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Página 1482

⁷⁵ EDUARDO PALLARES, Op. Cit., Página 588

⁷⁶ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Página 932.

De ésta definición no existe mayor problema, ya que existe como beneficio del fiador de no cumplir, mientras su fiado tenga bienes suficientes.

También el maestro Pallares ha definido la excusión como : “ el embargo y remate de los bienes del deudor, que se lleva a cabo para poder proceder en contra del fiador, cuando éste no ha renunciado al beneficio de excusión, también goza del beneficio el fiador del fiador, la excusión es la excepción que lleva su nombre”⁷⁷

B).- BENEFICIO DE ORDEN.

Además de oponer excepciones inherentes a la obligación principal y a la fianza en sí, el fiador goza con tres clases de beneficios, el de orden, el de excusión y el de división, los dos primeros se dan en la relación directa que existe entre el fiador y el acreedor de su fiado; mientras que el de división se da en la relación de los fiadores entre sí, para con el acreedor del fiado de éstos primeros.

En cuanto al modo de operar de éstos beneficios existe una diferencia muy significativa a la que el maestro Rafael Rojina Villegas ha llamado substancial, al decir que los beneficios de orden y de excusión operan por ministerio de ley y como consecuencia debe renunciarse a los mismos para que se pierdan las ventajas inherentes de éstos; mas sin embargo para que opere el beneficio de división debe estipularse en el mismo contrato de fianza, lo que nos quiere decir es que el beneficio de división no opera por ministerio de ley.

⁷⁷ EDUARDO PALLARES, Op. Cit , Págs 360.

Así en ese orden de ideas, dentro de este apartado haré mención de las definiciones que ha dado la doctrina, en cuanto se refiere al llamado beneficio de orden, y del cual la misma ha establecido:

Para el Maestro Zamora y Valencia el beneficio de orden consiste en : “ en el derecho que tiene el fiador para que antes de ser compelido a pagar al acreedor, previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes. En otras palabras, significa el derecho del fiador, a no ser demandado si antes no lo es el deudor, y además que primero se ejecute la sentencia en los bienes de éste”.⁷⁸

Para el maestro Ramón Sánchez Medal, éste consiste: “ en que el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor” artículo 2814, o lo que es lo mismo que antes de demandar al fiador o de continuar la demanda formulada contra de éste, debe el acreedor de haber ya demandado y terminado el juicio respectivo contra el deudor principal, sin haber podido cobrar a éste por falta de bienes y no por otra cosa”.⁷⁹

Mientras que para el Maestro Eduardo Pallares, el beneficio de orden consiste en: “aquél que la ley concede al fiador de no poder ser demandado por el acreedor, sin que antes sea reconvenido el deudor,..., el beneficio de orden consiste en que el fiador no puede ser demandado sin que antes sea reconvenido el fiado”.⁸⁰

De igual manera para el Mestro Rafael Rojina Villegas, este ha sido definido como : “ el beneficio de orden consiste en que el acreedor no puede demandar al fiador, sin haber demandado antes al deudor”⁸¹.

⁷⁸ MIGUEL ANGEL ZAMORA Y VALENCIA, Op. Cit. Página 274

⁷⁹ RAMON SANCHEZ MEDAL, Op. Cit, Página 457.

⁸⁰ EDUARDO PALLARES, Op. Cit, Pégina 116

⁸¹ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, Op. Cit , Página 313.

Así entonces, en ese orden de ideas se puede generalizar un concepto del llamado beneficio de orden, mismo que resulta ser: aquél derecho que tiene el fiador de exigir al acreedor, que primeramente demande al deudor por el pago, antes que a él, no sin antes haber obtenido sentencia condenatoria y no haya sido posible ejecutarla en los bienes del deudor.

Así pues, todas éstas definiciones siguen los lineamientos que adopta el Código Civil para el Distrito Federal que en el Artículo 2814 enuncia lo siguiente : “ 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”.

Para que el beneficio de orden opere y como consecuencia sus provechos sean para el fiador deben de darse los siguientes requisitos:

- a) Que no se haya renunciado;
- b) Que se haga valer.

De éstos dos requisitos que se analizan, del primero se observa que, si el fiador ha renunciado al beneficio de orden, entonces, el acreedor puede demandarle a el fiador conjuntamente con el deudor principal, o primeramente al fiador, ello según lo dispone el artículo 2822 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone lo siguiente: “ Cuando el fiador haya renunciado al beneficio de orden pero no al de excusión, el acreedor puede perseguir en el mismo juicio al deudor principal y al fiador; mas éste conservara el beneficio de excusión, aún cuando se de sentencia en contra de los dos”.

De lo que se desprende es que aún cuando el fiador haya renunciado al beneficio de orden pero no al de excusión, puede al acreedor demandarlo conjuntamente con el deudor principal, y saliendo la sentencia condenatoria para ambos, puede solicitar el fiador se ejecute primeramente en los bienes del fiado y para el caso de que éstos no basten a cubrir lo adeudado por el fiado, entonces, él cubrirá con sus bienes el saldo insoluto que haya dejado de pagar el deudor.

En relación a éste beneficio cabe hacer la advertencia que el requerimiento de pago contra el deudor debe de haber sido notificado al mes siguiente a partir del vencimiento de la obligación principal, o a partir de que ésta sea exigible, pues de lo contrario, la obligación del fiador se extingue, ello según lo dispone el artículo 2848 y 2849 del Código Civil para el Distrito Federal que enuncian lo siguiente:

Art.- 2848.- El fiador que se a 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 en contra del deudor.

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

También dentro de éste beneficio si el fiador ha renunciado al beneficio de orden, debe denunciar el pleito al deudor para que oponga todas las excepciones inherentes a la obligación principal y este a las resultas del juicio, y como consecuencia la sentencia que se pronuncie le cause perjuicio a él también, ello con base en lo previsto por el artículo 2823 del Código Civil para el Distrito Federal y que nos menciona lo siguiente:

Art.- 2823.- Si hubiere renunciado a los beneficios de orden y excusión, el fiador, al ser demandado por el acreedor, puede denunciar el pleito al deudor principal, para que 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.

Esto es a lo que la Dóctrina a denominado *Litis Denuntatio* y tiene una gran utilidad para el garante, ya que primeramente el fiador se libera de la obligación de oponer todas y cada una de las excepciones inherentes a la obligación principal, ya que en algunos de los casos el fiador desconoce cuales son las excepciones que tenga el fiado en contra de la obligación principal y como consecuencia que también oponga las personales que su fiado tenga en contra del acreedor, y así evitar correr el riesgo de que cuando se le demande el pago al fiador despues de este haya hecho el pago, en nombre del deudor, el deudor no le oponga todas las excepciones inherentes a la obligación principal y más aun las personales que el deudor hubiere tenido en contra del acreedor.

También existe la posibilidad de que el fiador tenga el problema de no llamar a juicio al fiado, entonces, éste último no podrá oponerle las excepciones que el hubiere tenido contra la obligación principal y salvo el caso de que el fiador tuviese conocimiento de ellas y no las hubiere interpuesto, puede el deudor oponerlas al

fiador al momento de que éste le requiera el pago, ello con fundamento en lo que previene el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo siguiente:

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

También el artículo 2832 del Código Civil para el Distrito Federal nos menciona que : “ 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”.

Este precepto contiene la obligación para el fiador de notificar al deudor, que va a realizar el pago, pero, también la de denunciar el pleito al deudor, pues de lo contrario el fiador se vería expuesto para el caso de que haya renunciado al beneficio de orden y aún cuando tenga conocimiento de las excepciones inherentes a la obligación principal, a que el deudor no las oponga aún las personales que hubiere tenido en contra del acreedor, y que posiblemente estas llegaran a ser verdaderas defensas para el fiado y lógicamente éstas podrán ser invocadas por el fiado, para cuando el fiador le demande judicialmente el pago.

Por lo que se llega a la determinación que el fiador debe de denunciar el pleito al fiado, para cuando éste haya renunciado al beneficio de orden, por todos los provechos que puedan sobrevenir y para el caso de que también la sentencia le depare perjuicio al deudor.

De igual manera, existe la posibilidad de que el fiador realice el pago en forma voluntaria, y avise al deudor para ver si éste se opone, pero aún a pesar de esa oposición si el fiador paga, entonces, se verá expuesto a que el fiado le oponga todas las excepciones inherentes a la obligación principal y aún las personales, a contrario sensu si el fiado no se opone al pago, entonces, ya no tendrá derecho a oponer las excepciones para con el fiador, en el momento en que se le exija el pago.

C).- BENEFICIO DE EXCUSION.

Después de haber analizado el llamado beneficio de orden, ahora toca a estudiar el de Excusión, del cual primeramente hay que mencionar que éste se da en la relación que existe entre el fiador y el acreedor, éste beneficio opera igualmente por ministerio de ley, es decir, que para que no se haga valer tiene que haber sido renunciado por el fiador, así entonces, la doctrina ha definido este beneficio siguiendo los lineamientos que han sido adoptados por el Código Civil para el Distrito Federal que nos menciona lo siguiente:

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

En base a ésta definición los doctos en la materia han dado su propia definición y de los cuales se citan a los siguientes:

Para el maestro Rafael Rojina Villegas, el beneficio de excusión consiste en que : “ el acreedor debe ejecutar la sentencia primero en los bienes del deudor principal y solo que este sea insolvente, de tal suerte que la obligación no pueda

cumplirse en todo o en parte, podrá ejecutar al fiador por la totalidad de la obligación, en el primer caso, o por el saldo insoluto en el segundo”⁸²

Para el maestro Ramón Sánchez Medal, el beneficio de excusión consiste en: “ La excepción dilatoria que debe el fiador hacer valer precisamente al contestar la demanda o al ser requerido de pago para el efecto de que antes de proseguirse o continuarse el juicio contra el fiador, proceda judicialmente el acreedor, en contra del deudor principal y embargo o ejecute sobre los bienes de este”⁸³

Asimismo, para el maestro Zamora y Valencia el beneficio de excusión resulta ser: “ Que primero debe aplicarse todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación garantizada la que queda extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto”⁸⁴

De igual manera, para el maestro Rafael de Pina consiste en: “El beneficio de excusión importa el derecho concedido al fiador de eludir el pago en tanto no se acredite convenientemente la insolvencia total o parcial del deudor principal”⁸⁵

Mientras que para el maestro Eduardo Pallares queda definido como: “ El embargo y remate de los bienes del deudor, que se lleva a cabo para poder proceder en contra de su fiador, cuando este no ha renunciado al beneficio de excusión. También goza de él, él fiador del fiador”⁸⁶

⁸² RAFAEL ROJINA VILLEGAS, Op. Cit., Página 315.

⁸³ RAMON SANCHEZ MEDAL, Op. Cit. Página 457

⁸⁴ ZAMORA Y VALENCIA, Op. Cit., Página 275.

⁸⁵ RAFAEL DE PINA VARA, Op. Cit., Página 256.

⁸⁶ EDUARDO PALLARES, Op. Cit. Página 360.

En ese orden de ideas, el concepto personal de excusión resulta ser el siguiente: Es el beneficio en favor del fiador de exigir al acreedor, que para solicitarle el pago, le demuestre la insolvencia de su fiado, y entonces, este le pagara la obligación principal en su totalidad o en lo insoluto que de la misma subsista.

Por lo que debe determinarse que el beneficio de excusión es precisamente del fiador y no del obligado solidario, ni del aval, diferencia que ha sido enunciada en el presente estudio. Y como consecuencia el fiador no se ha obligado a pagar, sino que hasta que el acreedor le demuestre que el deudor principal no lo ha hecho y por ende el acreedor no puede ejecutar al fiador sin haber hecho previa excusión en los bienes del obligado principal, ya que como lo hemos mencionado este beneficio es propiamente una defensa y para que opere es necesario que la haga valer cuando se le demande el pago.

Los beneficios de orden y de excusión son renunciables y cuando ésta situación se verifica estos ya no aprovecharán al fiador, sin embargo la Ley presupone ciertos casos en los que el beneficio de excusión no tiene lugar, por ejemplo, cuando el deudor principal es insolvente; cuando éste último ha sido declarado en concurso; cuando se ha ausentado de la república el deudor principal; cuando no tenga bienes suficientes el deudor principal, en el lugar del juicio; no sea posible dar con el paradero del obligado principal, etc.

Además para que el beneficio de excusión opere es necesario que éste deba de ser invocado por el fiador en vía de excepción, pues no basta simplemente que la legislación lo establezca, situación que necesariamente deberá de ser al momento de que se le demande el pago judicialmente.

También puede darse la situación en que el deudor principal dilapide todos sus bienes o los oculte, y con ello evitar la excusión que sobre los mismos llegue a darse, para éste caso el fiador tiene la facultad de realizar la excusión una vez que descubra o tenga conocimiento de esos bienes.

Pero también el acreedor tiene derechos a exigir que se le haga la excusión en los bienes del fiado, derecho que realmente no se hace valer, ya que la excusión que hace el fiador en los bienes del deudor es en forma totalmente voluntaria, ya que la legislación no prevé un procedimiento especial para que se haga efectivo ese derecho, y por ende no se puede coaccionar al fiador a realizar la excusión de los bienes de su fiado. Ya que hemos manifestado que la excusión es precisamente un beneficio para el fiador, y en tal circunstancia es el mismo quien debe hacerlo valer por voluntad propia.

También se puede dar el supuesto de que el fiador haya renunciado al beneficio de orden, pero no al de excusión, entonces el acreedor puede perseguir al deudor principal conjuntamente con el fiador, conservando este último el beneficio de excusión aun cuando se de sentencia condenatoria para ambos, y como consecuencia el acreedor deberá ejecutar esa sentencia primeramente en los bienes del fiado y posteriormente lo insoluto en los bienes del fiador.

De igual manera, existe el beneficio de excusión para el fiador del fiador, y en cuyo caso el mencionado beneficio resulta ser doble, ya que lo tiene tanto contra el propio deudor principal, así como contra el fiador principal, es decir que cuando se le demande al cofiador el pago, puede este oponer la excepción de excusión tanto en los bienes del deudor principal como en los de su afianzado.

A este respecto el maestro Rafael Rajina Villegas citando a Rugiero nos dice que: “ si se presta fianza, no por el deudor principal, sino por el fiador mismo, el fiador del fiador no resulta obligado frente al acreedor si no en el caso en que el deudor principal y todos los fiadores fueren insolventes”⁸⁷

Cuando se han renunciado tanto los beneficios de orden y los de excusión, si el acreedor ejercita en contra del fiador únicamente, éste puede oponer todas las excepciones inherentes a la obligación principal, pero también puede denunciar el pleito al obligado principal, para que éste también oponga las excepciones relativas que para el caso tuviere, incluyendo las que le son personales.

Existe una gran diferencia entre el fiador que ha renunciado a los beneficios de orden para con el obligado solidario, ya que el obligado solidario es considerado como obligado principal, pero el fiador no lo es así, ya que el fiador se subroga en los derechos del acreedor cuando ha pagado por el deudor, y el obligado solidario sólo podrá reclamar el pago proporcional de la parte que se encuentra en esa solidaridad.

⁸⁷ RAFAEL RAJINA VILLEGAS, Op. Cit., Página 318.

D).- ELEMENTOS PARA QUE SE DE LA EXCUSIÓN.

Ahora toca analizar cuales son los elementos para que se de la excusión, primeramente hay que mencionar cuales son los elementos para que se de la fianza, dado que el beneficio de excusión es inherente a la figura del fiador y como consecuencia para que éste oponga la excepción de excusión necesita que la fianza sea válida, para que ésta así lo sea se requiere: principalmente que la obligación garantizada exista, ya que de lo contrario se generaria la inexistencia de la fianza; que la obligación no este viciada pues de lo contrario se originaria que la fianza no fuere válida y por ende no se podría exigir su cumplimiento.

Ahora bien para que el benefico de excusión aproveche, se tienen que reunir ciertos requisitos de los cuales nos los enuncia el artículo 2817 del Código Civil para el Distrito Federal vigente que a la letra 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 primera fracción se deduce que el fiador debe alegar, es decir, el traer uno a favor de su proposito, como prueba, disculpa o defensa, algun hecho o dicho,⁸⁸ decir lo que uno cree que va en su provecho; cuando se le requiera del

⁸⁸ Diccionario de la Lengua Española, Op. Cit., Página 92.

pago, en cuanto a que se requiera cabe mencionar que por requerimiento se entiende como acusar o hacer saber una determinada cosa, es decir, que se haga del conocimiento del fiador que tiene que realizar el pago, a este respecto hay que mencionar que el requerimiento que se le haga tiene que ser durante los treinta días siguientes al en que se haya hecho exigible la obligación afianzada, ya sea ésta por tiempo determinado o indeterminado, ya que de lo contrario la obligación del fiador estará liberada.

En cuanto a la fracción segunda del artículo mencionado, cabe señalar que: que designe bienes del deudor, es decir, el que le indique al acreedor que antes de que ejecute en los bienes del fiador, el le señalará los del deudor para que primeramente se cobre en éstos y si resultare algún saldo insoluto el va a responder de esa deuda; por cuanto se refiere a que basten a cubrir el crédito, aquí nuestra legislación parece tener una laguna ¿ que pasa si los bienes que señala no basten a cubrir el crédito ?, ya por ese simple hecho no opera la excusión ?, esa situación no debe de ser tomada en ese orden, ya que se ha dicho que si los bienes no bastan a garantizar lo adeudado por el deudor principal entonces el fiador deberá cubrir la parte insoluta, incluso garantizando la misma, ello en base a lo previsto por el artículo 2815 del Código Civil aplicado en la ciudad de México.

En cuanto se refiere a que los bienes se encuentren en el distrito judicial en que deba hacerse el pago, cabe mencionar por ejemplo, si el lugar donde se estipuló el cumplimiento de la obligación y el acreedor tenía conocimiento de que el deudor no tiene bienes en ese lugar, pero si en otra entidad, entonces, no opera el beneficio de excusión para el fiador?, situación que deja entrever otra laguna de nuestro Código Civil, y como consecuencia el que el fiador no gozará del beneficio de excusión y por ende el que resulte obligado a pagar.

En cuanto a la fracción tercera se determina lo siguiente: que para que opere el llamado beneficio de excusión además deba asegurar los gastos de la misma.

De igual manera hay que precisar que para que opere el beneficio de excusión se necesitan seguir los lineamientos previstos en el artículo 2816 de nuestro Código Civil a contrario sensu, situación que se analizara en el apartado siguiente.

E).- CUANDO NO SE DA LA EXCUSION

Para analizar cuando no se da el llamado beneficio de excusión, debe de aplicarse el artículo 2817 a contrario sensu es decir cuando:

- El fiador no alegue el beneficio cuando se le requiera el pago.
- Cuando el fiador no haya designado bienes bienes del deudor, y que estos se encuentren dentro del distrito judicial donde ha de hacerse el pago.
- Cuando no se han asegurado los gastos de la excusión.

Pero además el legislador ha querido enunciar en un precepto cuales son las principales circunstancias por las que la excusión no tendra lugar, y de las cuales son plasmadas en el artículo 2816 del Código Civil para el Distrito Federal, que nos especifica las siguientes:

“La excusión no tendrá lugar:

- I.- Cuando el fiador renunció expresamente a ella;
- II.- En los casos de concurso o de insolvencia probada del deudor.
- III.- Cuando el deudor no puede ser judicialmente demandado dentro del territorio de la República;

IV.- Cuando el negocio para el que se prestó la fianza sea propio del fiador;

V.- Cuando se ignore el paradero del deudor, siempre que llamado éste por edictos, no comparezca, ni tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación.”

De estas fracciones se comenta lo siguiente:

En cuanto a la fracción I se refiere, la renuncia que haga el fiador al beneficio de excusión, debe de revestir como formalidad que, la renuncia sea valida; que no sea contraria al orden público; que no se perjudiquen derechos de persona extraña al derecho renunciado; que se haga por escrito, y en si se hace por convenio que la renuncia sea en forma clara y precisa, y que en el documento en que se haga tal renuncia, se transcriban los artículos de las Leyes que concedan los beneficios a los que se renuncien.⁸⁹

En cuanto a la fracción II del artículo en comento, se manifiesta lo siguiente:

Está se da como consecuencia, es decir, cuando el acreedor ya ha ejercitado en contra del deudor principal y este se haya en estado de concurso o de insolvencia, pero en estas situaciones, por que el acreedor no entra en el juicio de concurso de su deudor y en ese procedimiento obtener una prelación y graduación de su crédito, para así obtener el pago del mismo y sólo para el caso de que el mismo no alcance a ser cubierto, entonces que el fiador responda por lo insoluto de la deuda de su fiado.

En cuanto a la fracción III del artículo enunciado, se establece lo siguiente:

⁸⁹ Reglas tomadas del artículo 11 del Código Civil para el Estado de Puebla.

Cuando se da el supuesto que esta fracción indica, entonces del por que de la inexistencia de los tratados internacionales, más sin embargo para que dicha fracción opere debe de ser necesario que el acreedor acredite al fiador que su fiado se encuentra radicando en otro país distinto del mexicano.

En cuanto se refiere a la fracción IV, solo cabe mencionar que en este caso no se estaría hablando propiamente de la figura de la fianza.

Y por último la fracción V, se menciona que también es obligación del acreedor, demostrar al fiador que desconoce el paradero de su fiado.

F) CUANDO SE HACE VALER EL BENEFICIO DE EXCUSIÓN EN JUICIO.

Hemos dicho que para que opere el llamado beneficio de orden y de excusión, es necesario que el fiador no haya renunciado a este; sin embargo existe la obligación del fiador de oponer el beneficio de orden y de excusión, al momento de que se le requiera el pago, siempre y cuando no se le haya exigido ya al deudor principal, y este no hubiere cumplido con la obligación a su cargo, ya que en tal caso el mencionado beneficio no surtiría efectos para con el acreedor.

Pero además cabe mencionar que si el acreedor demanda el pago al fiador, este debe de oponer la excepción de Excusión al momento de contestar la demanda, con el único efecto de que antes de proseguirse el juicio contra el fiador, proceda el acreedor judicialmente contra el deudor principal y trabe formal embargo en los bienes de este último.

Así entonces al establecer el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en el artículo 35 que a la letra dice:

“ Son excepciones procesales las siguientes:

VI.- El orden o la Excusión”.

De igual manera se establece que este beneficio, tiene el carácter de excepción, la cual deberá hacerse valer al momento de dar contestación a la demanda, segun lo que previene el artículo 260 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que enuncia lo siguiente:

“ El demandado formulara la contestación a la demanda, en lo siguientes términos:

- I.- Señalará el Tribunal ante quien conteste;
- II.- Indicará su nombre y apellidos, el domicilio que señale para oír notificaciones y, en su caso, las personas autorizadas para oír notificaciones y recibir documentos y valores;
- III.- Se referirá a cada uno de los hechos en que el actor funde su petición, en los cuales precisara los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición. De igual manera proporcionara los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos;
- IV.- Se asentara la firma de puño y letra del demandado, o de su representante legítimo. Si estos no supieren o no pudieren firmar, lo hara un tercero en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias, poniendo los primeros la huella digital;

V.- Todas las excepciones que se tengan, cualquiera que sea su naturaleza, se haran valer simultaneamente en la contestación y nunca despues a no ser que fueran supervenientes.

De las excepciones procesales se le dara vista al actor para que las conteste y rinda las pruebas que considere oportunas en los términos de este ordenamiento;...”.

Estas situaciones deberán hacerse valer al contestar la demanda, ucnad el fiador no ha renunciado a los beneficios de orden y de excusión; o se encuentre dentro de las hipotesis mencionadas en el artículo 2817 del Código Civil.

Pero también, cabe la posibilidad de que el fiador aún cuando no haya renunciado al beneficio de excusión, pero al momento de que se le demanda el cumplimiento de la obligación, el acreedor prueba que el deudor no cuenta con bienes, es decir se encuentra insolvente, o en concurso en este caso no es oponible ni prospero el beneficio de excusión, pero también existe la situación que el deudor se haga de bienes al momento de que exista ya un juicio seguido contra el fiador, entonces, el fiador puede oponer el beneficio de excusión como excepción superveniente, según el artículo 260 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ya enunciado.

G) BENEFICIO DE DIVISIÓN.

Hemos hablado hasta el momento de las relaciones jurídicas que se dan entre el fiador y acreedor, así como sus beneficios, ahora toca el turno de analizar la relación entre fiadores y en las cuales nace el llamado beneficio de división, al cual la dóctrina lo ha definido como:

Para el maestro Rafael de Pina Vara, nos dice que: “se define como el derecho que corresponde a los cofiadores para obtener la división de la deuda entre quienes figuran como tales, cuando es reclamada únicamente a cualquiera de ellos”.⁹⁰

Para el maestro Eduardo Pallares, este lo ha definido como : “ El beneficio que la Ley concede a los fiadores mancomunados, para el efecto de que si sólo uno de ellos es demandado, pueda llamar a juicio a los demás a fin de que la sentencia que se pronuncie, también los afecte y el pago de la deuda se divida entre todos”.⁹¹

Para el maestro Zamora y Valencia es : “ El derecho que tiene el fiador que ha pagado la obligación garantizada, para reclamar de cada uno de los demas 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 pudieron obligarse a menos que el deudor.”⁹²

Para el maestro Sánchez Medal este beneficio, : “consiste tanto en una excepción dilatoria y a su vez perentoria y de la cual en la primera el juicio se suspende hasta que sean citados los demas cofiadores y a la vez como perentoria parcialmente, para el efecto de que la deuda se divida en tantas partes como cofiadores haya.”⁹³

Mientras que para el maestro Rafael Rojina Villegas, nos dice que : El beneficio de división sera oponible al acreedor sólo en caso de que existan varios fiadores siempre y que haya un pacto expreso en el sentido de que aquél, reclamará

⁹⁰ DE PINA VARA RAFAEL, Op. Cit., Página 260.

⁹¹ EDUARDO PALLARES, Op. Cit., Página 115

⁹² ZAMORA Y VALENCIA, Op. Cit., Página 277.

⁹³ RAMON SANCHEZ MEDAL, Op. Cit., Página 397

en caso de incumplimiento del deudor, la parte proporcional que corresponda a cada fiador, la cual puede ser igual o diferente según se haya convenido.

Así pues en ese orden de ideas dadas por los más estudiosos, se llega a la definición personal del llamado beneficio de división y del cual se puede establecer que : es aquél beneficio que opera en la relación entre fiador-fiadores y el acreedor y consiste en que la deuda se divida en tantas partes como fiadores haya y que cada uno responda por esa parte, ante el acreedor de su fiado.

Se ha dicho por la doctrina que el llamado beneficio de división no opera por ministerio de ley, como operan los beneficios de orden y de excusión, ya que para que estos últimos se hagan valer, es necesario que no se hayan renunciado, mientras que el de división debe de ser consecuencia de pacto expreso⁹⁴, para que pueda ser oponible al acreedor, al momento de reclamar el pago, ya que de lo contrario al fiador que se le demandó el pago debe de hacerlo en forma total. De lo que cabe mencionar que este beneficio opera únicamente para con el acreedor, evitando confundirlo con la división de la deuda, tal y como nos explica el maestro Ramón Sánchez Medal, que menciona lo siguiente: “ el beneficio de división se hace valer por el fiador frente al acreedor cuando apenas ha sido demandado aquél por este último, beneficio que no debe confundirse con la división de la deuda entre todos los cofiadores, cuando uno de ellos ha pagado ya, y cuya división se hace efectiva por un fiador frente a sus cofiadores y no se hace valer por el fiador frente al acreedor”⁹⁵, situación que no ha quedado en forma clara o que ha querido precisar el legislador en el artículo 2837 del Código Civil para el Distrito Federal, que

⁹⁴ Pacto que debe reunir los requisitos previstos en el artículo 6º del Código Civil para el Distrito Federal, que dice : “ la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”

⁹⁵ RAMON SANCHEZ MEDAL, Op. Cit., Página 397.

establece : “ 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 corresponde satisfacer.”.

Situación que a todas luces manifiesta una división de deuda, ya que no habla de la existencia de varios fiadores, y en el cual uno de ellos ha pagado íntegramente la deuda, el cual a su vez exigiría la división y como consecuencia que los demás fiadores les satisfagan la parte proporcional que les corresponda cubrir.

Para que el fiador que ha pagado pueda exigir de los demás fiadores la parte que les correspondía deben reunirse los siguientes requisitos:

- a) que el pago efectuado lo haya realizado en virtud de demanda judicial; -----
- b) Que el deudor se halle en estado de concurso.

De igual manera se establece que el beneficio de división no tendrá lugar en los siguientes casos:

- a).- Cuando se ha renunciado expresamente;
- b).- Cuando cada uno se ha obligado mancomunadamente con el deudor;
- c).- Cuando alguno o algunos de los fiadores son concursados o se hallen insolventes, en cuyo caso se procederá conforme a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 2837;
- d).- En el caso de la fracción IV del artículo 2816;
- e).- 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.

También se ha establecido que si alguno de los fiadores resulta insolvente, su parte será absorbida por los demás que resultaren solventes para el pago de la deuda.

H.- CUANDO DEBE HACERSE VALER EL BENEFICIO DE DIVISION .

Para este respecto se manifiesta que el beneficio de división debe de hacerse valer precisamente al momento de contestar la demanda, y oponerse como excepción, ello como lo dispone el artículo 260 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en relación con el artículo 35 del mismo ordenamiento.

CONCLUSIONES

CAPITULO I.

1.- En el Derecho Romano, existían ya formas de garantizar el cumplimiento de obligaciones, destacando las garantías reales y las personales, y de las cuales siempre se tuvo la seguridad de que la llamada garantía real era la que proporcionaba un derecho mucho más eficiente al acreedor; sin embargo, en esta época se establece realmente el espíritu del vocablo fianza, mismo que denota confianza, seguridad y respaldo del cumplimiento de determinada obligación.

Ahora bien, el fiador hubo de apostar en que su fiado habría de cumplir su obligación, y para los casos en que éste no llegó a cumplir, el deudor en lo personal, se sentía muy mal, ya que había defraudado la confianza que un tercero, le había depositado; más sin embargo, el acreedor ante este tipo de circunstancias podía escoger a cualquiera de ellos para exigir el cumplimiento de la obligación que le era debida, ante tal acción el derecho Romano estableció en favor del fiador los beneficios de orden, discusión y división.

En razón de tal circunstancia, y de que el deudor ha obtenido un provecho en su persona, por medio de la confianza que otro ha depositado, debe primeramente cumplir él, y solamente en el caso meramente excepcional (sobrevenga insolvencia), que cumpla el fiador.

También se consagran acciones de repetición para el fiador contra el deudor, cuando el garante ha cumplido por su fiado, ello en consideración de que la deuda no quedara a cargo del fiador.

2.- En el México precolombino, ya se hablaba perfectamente del contrato de fianza (volverse esclavo de otro ante el incumplimiento de una obligación), situación y atendiendo al perjuicio que primeramente se le ocasionaría al fiador, éste no estaría dispuesto a renunciar a los beneficios de orden y de excusión.

En el Código Civil de 1870, se contempla la figura de la fianza, otorgándole caracteres como son el de ser accesoria, de garantía, además de que la fianza debería de recaer solamente en obligaciones civilmente válidas; sin embargo para ésta época la figura de la fianza no había cambiado considerablemente a la prevista en el derecho Romano.

También se estableció que la obligación del fiador no podía exceder de lo previsto en la obligación principal, y en ésta razón no debe de ser el fiador quien primeramente cumpla al acreedor, ya que el deudor es quien ha obtenido un provecho para sí.

En conclusión en el Código Civil mexicano de 1870 se prevee una reglamentación especial de la fianza, procurando que con la misma no se perjudicaran los intereses y patrimonio del fiador.

3.- En el Código Civil de 1884, al considerarse que para que pudiese hablarse de obligaciones civiles válidas, habría que realizar la distinción entre la obligación civil y la natural, por lo que solamente se consideró necesario que la fianza recayera en una obligación que fuere válida, ya que en caso de que la obligación afianzada no fuere válida, la fianza no existiría, atendiendo al principio

de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, ya que el fiador se ha obligado en nombre y por cuanta de otro, y no puede ser posible que su obligación, exista aún cuando la del propio deudor fuere nula, por cualquier causa.

4.- El Código Civil de 1928 en materia del Contrato de Fianza no presenta novedad alguna con el de 1884, por lo que se considera que del año de 1884 a la actualidad, las costumbres de la sociedad ya no son las mismas, por lo que el contrato de fianza civil debe de ser nuevamente reglamentado y así evitar que la misma salga del desuso en que actualmente se encuentra, tomando en cuenta que dicho código no ha variado considerablemente, de la legislación adoptada en el derecho romano.

CONCLUSIONES CAPITULO II.

1.- Toda vez que la palabra fianza denota garantía o legalidad, se llega a concluir que el garante es el que se obliga a garantizar el debido cumplimiento de una obligación, de tal manera la persona que con su firma asegura, la concesión de un préstamo o un crédito a un tercero, sin ser el garante parte en la obligación principal.

Pero en general la palabra fianza, desde su raíz etimológica se entiende como el confiar por parte del acreedor de que la obligación que tiene derecho a recibir, será cumplida, confianza que es otorgada por el fiador, a efecto de que el acreedor tenga la seguridad de que la obligación que le es debida, le va a ser cumplida.

Pero se debe aclarar que si bien es cierto que la fianza es con el objeto de dar seguridad al acreedor, también es muy cierto que el acreedor no tiene derecho de exigir ese cumplimiento primeramente en el fiador y no al deudor.

2.- El fin principal del contrato de fianza es no dejar en un estado de incertidumbre al acreedor, con motivo del pago a que tiene derecho, es decir que el acreedor tenga la certeza de que la obligación a que tiene derecho va a ser cumplida, ya bien por el propio obligado o bien por un tercero; todo con objeto de que el acreedor no sufra algún detrimento en su patrimonio, siendo éste fin preponderantemente económico y éste se da en atención a varios supuestos:

- Evitar que el acreedor quede en un estado de inseguridad por la falta de pago de su deudor.

- Evitar que se hagan mezclas de obligaciones civiles con otro tipo de contratos y relaciones distintas, ya que puede existir el caso de que el fiador al renunciar a los beneficios de orden y de excusión, el acreedor quisiera que el deudor y fiador le suscribieran un pagaré en su carácter de deudor y aval, respectivamente.

- Consiste en que no se pierdan y deterioren las relaciones humanas entre toda la población.

3.- La fianza es la garantía que en forma personal, da un sujeto ajeno a determinada relación (acreedor- Deudor), comprometiéndose éste frente al acreedor a cubrir dicha obligación, para el caso que el deudor no lo haya efectuado, aún después de haber sido perseguido para su pago.

4.- La fianza es un contrato de naturaleza accesoria es decir que para su existencia necesita de un contrato principal y que siempre correrá la suerte de lo que suceda con lo principal o afianzado; unilateral por que las obligaciones corren a cargo de una sola de las partes; en consecuencia es gratuita dado que los provechos son para alguna de las partes; aleatoria por que dependen de algún acontecimiento incierto, consensual por que para su constitución basta la voluntad de las partes; nominativa y típica ya que el Código Civil prevé una regulación especial para este tipo de contrato; e indemnizatoria esto es que el fiador cumplirá para con el acreedor en la medida de que el fiador no cumplió, ya sea la obligación en su totalidad o en forma parcial, por lo que el fiador no puede encontrarse obligado a cubrir primeramente la obligación, tomando en cuenta que la misma es accesoria, y depende del saber por que su fiado incumplió..

5.- Los elementos de existencia que se tienen que dar para que nazca el contrato de fianza y que tenga vida jurídica es el consentimiento, que como

acuerdo de voluntades únicamente se refiere al del fiador y el acreedor, sin que sea necesario el del fiado.

El objeto, que se define como el motivo o fin de los contratos, es precisamente la obligación del fiador de pagar por su fiado al acreedor, para el caso de que no lo hiciera el propio deudor en forma total o parcial, señalando que antes que el fiador realice el pago debe perseguirse en primer término al fiado, ya que éste podría tener alguna excepción que diera origen al no pago de su obligación, y por ende que la del fiador corriera la misma suerte, ya que de lo contrario el patrimonio del garante se vería totalmente expuesto a sufrir algún detrimento.

Para que la fianza tenga validez plena; se requiere que el consentimiento no se encuentre viciado y que las partes tengan plena capacidad para obligarse y que este quede expresado en forma clara y precisa.

Que el objeto sea física y jurídicamente posible situación que depende principalmente de la obligación garantizada, ya que si esta es imposible entonces la fianza correrá la misma suerte.

6.- En nuestras legislaciones existen solamente dos clases de fianzas la civil que nacen de hechos entre particulares exclusivamente, será mercantil cuando alguna de las partes realice actos de comercio (afianzadoras), y para las primeras no se debe de renunciar a los llamados beneficios de orden y de excusión ya que el fiador (civil) no ha recibido el pago de una prima, situación que en la fianza mercantil si se ha dado.

7.- En cuanto a la novación y la fianza, si bien es cierto que reúnen ciertas características que pueden hacer caer en la confusión de estas figuras, existe

una característica principal que hace no caer en este error y que es el ánimo de novar, ya que en la fianza no se sustituye una obligación preexistente por una nueva, ya que el fiador tiene la obligación de cumplir con lo que su fiador se obligó; mientras que en la novación la obligación anterior deja de existir, para dar vida a una nueva obligación.

8.- En cuanto a la solidaridad pasiva no se debe confundir con la fianza, toda vez que en la solidaridad el codeudor tiene obligación de cumplir en cualquier tiempo, mientras que en la fianza el fiador tiene esa obligación hasta el momento de que su fiado incumpla, y para el caso de que el fiado tuviere alguna excepción que ocasionare el incumplimiento de su obligación, entonces la del fiador debe de correr la misma suerte.

9.- Con respecto al convenio de porte forte, no existe semejanza con la fianza, ya que por el contrario existe una diferencia muy radical y que es que la obligación del tercero en el convenio de porte forte, se extingue para cuando se ha obligado a la persona que tenía que dar el consentimiento; sin embargo si el fiador paga subsiste la del fiador para con su fiador (acción in rem-verso).

10.- En el mandato de crédito no existe realmente una situación que haga difícil la diferenciación con la fianza, ya que el que concede la carta lo hace nombre y cuenta propia mientras que en la fianza, el fiador se ha obligado por nombre y cuenta de otro y no por el propio.

11.- En el caso de las cartas de Recomendación las mismas no constituyen fianza aún cuando se hayan dado de mala fe, ya que en estas, las personas que las hayan otorgado serán responsables de todos los daños y perjuicios

que hayan ocasionado, mientras, que en la fianza la indemnización que debe hacer el fiador no puede exceder de la obligación afianzada.

12.- El aval y la fianza no son semejantes, sin embargo en uno de pleno derecho no opera el beneficio de orden y excusión, y sin embargo en la fianza tiene que haber renuncia, si la voluntad del legislador fue que ambas figuras fueran semejantes, entonces se habría suprimido alguna o en su caso en el que la fianza tenga su naturaleza privilegiada y los beneficios de orden y de excusión ya no sean renunciables y que estos le opongan de pleno derecho, para cuando el acreedor no ha acreditado haber agotado tramite alguno para exigir el cumplimiento a su deudor, y este no le ha pagado.

CONCLUSIONES CAPITULO III

1.- De los efectos que genera el contrato de fianza son solamente dos, los que se dan al momento de que se perfecciona el contrato de fianza, y que es principalmente la relación Fiador-Acreedor; misma que consiste en la obligación de pago del fiador por su fiado; y los que sobrevienen de hechos posteriores y que esencialmente se dan en las relaciones entre los fiadores con el deudor principal.

2.- El único efecto que en forma de obligación genera el contrato de fianza, consiste en el aseguramiento de una determinada obligación, siendo ésta misma de dar o de hacer, nunca de no hacer, dada la especial naturaleza que rige para el contrato de fianza. Esta obligación ya bien sea de dar o de hacer es la indemnización que hará el fiador al acreedor, por el incumplimiento del fiado, incumplimiento que si pudo haber consistido en un dar, hacer o incluso una abstención..

3.- Debe de analizarse primeramente en nuestra legislación la relación existente entre el fiador y fiado, toda vez que el segundo es el que obtiene una prestación para el favorable, y que principalmente ha sido motivada por la confianza que ha depositado el fiado al acreedor del obligado principal.

Siendo ésta relación la que principalmente debería regular que el deudor se obligara a cubrir primeramente, y que para el caso meramente excepcional no lo haya hecho, entonces, lo hará su fiador, ya que esta es una relación que en la actualidad se encuentra muy deteriorada, y que muchas de las veces el fiado no cumple para que tenga la obligación de hacerlo sea el propio fiador; aunado a tal situación muchas veces el acreedor, pide tanto al fiado como al

fiador no precisamente el otorgamiento de una fianza, sino la suscripción de un título de crédito de los denominados pagarés, situación en la que el propio fiador se convierte en aval, figura que como ya se ha dicho no goza con los llamados beneficios de orden y de excusión, siendo por éste circunstancia que el fiador no deba de renunciar a esos derechos que la legislación consigna en su favor, toda vez que dicha figura tendería a desaparecer para el caso de que se sigan renunciando a dichos beneficios, así como el que se mezclen diversos tipos de figuras como lo son las del derecho mercantil, con las del civil.

4.- El principal efecto en la relación de fiador-acreedor, consiste en el pago que debe realizar el fiador al acreedor, en virtud de la falta de cumplimiento a la obligación por parte del deudor. Más sin embargo el acreedor para que pueda ejecutar en el patrimonio del fiador debe de comprobar que el fiado no cumplió y que ya agotó procedimiento alguno para hacer exigible el cumplimiento de la obligación, ello en atención de que la figura del fiador es con el efecto indemnizatorio, por lo que no deben de hacerse renunciabiles los derechos que consigna la Legislación Civil al Fiador.

Además la relación fiador- acreedor, es una de las que tiene una gran importancia dentro del contrato de fianza, ya que el primero tiene la obligación de otorgar una contraprestación al acreedor, misma que se origina por el incumplimiento de un tercero, y debido a esa situación no deben de hacerse renunciar los beneficios de orden y de excusión consignados en nuestra legislación, ya que muchas de las veces éstas situaciones ocasionan que el fiado, teniendo una ligera ventaja y de que el acreedor pretenda cobrar primero en los bienes del fiador, dilapide todos sus bienes con el objeto de quedar insolvente y que incluso el propio fiado ya no alcance a cobrar lo que el ha pagado, por lo que en atención de ésta conclusión si el fiador sigue renunciando a los llamados beneficios de orden y de excusión la figura de la fianza tenderia a la desaparición, ya que entonces el

acreedor podría solicitar la suscripción de un título de crédito, como lo es el pagaré, a efecto de garantizar la prestación que tiene derecho a recibir.

5.- El fiador tendrá derecho de oponer todas y cada una de las excepciones inherentes a la fianza y a la obligación principal, pero si se hacen renunciar los llamados beneficios de orden y excusión, entonces perdería realmente defensas que pudieren hacer que se viera disminuido su patrimonio; máxime que el propio fiador en materia civil, no recibió contraprestación alguna por asegurar el cumplimiento de una determinada obligación, en la que él ni siquiera es parte, como sucede en la fianza de empresa que se da en el derecho mercantil .

6.- Las relaciones que pueden nacer entre los cofiadores, es la llamada división, misma que opera entre ellos mismos únicamente; ya que frente al acreedor lo que realmente opera es una mancomunidad de tipo pasivo, ya que los fiadores deberán de responder a prorrata para el pago que deba de efectuarse al acreedor, siempre y cuando no se hayan renunciado los beneficios de orden y excusión, ya que sí es así, entonces, cada fiador responderá ante el acreedor en forma total como si fuere la deuda propia, y para que opere ésta excepción es necesario que previamente hubiere convenio entre los cofiadores y el acreedor..

7.- En las fianzas en materia mercantil, no operan los beneficios de orden y de excusión ya que la naturaleza de la fianza en esta materia es generalmente onerosa, y el fiador en este caso si ha obtenido un beneficio por el otorgamiento de la fianza, que es la denominada prima, situación que en la fianza civil casi nunca se da, en atención de que la misma es esencialmente gratuita.

8.- Existe la necesidad de que el fiador conserve los derechos que otorgan los beneficios de orden y de excusión, ya que para el caso de aseguramiento de

obligaciones entre particulares existen otros medios, ello con el fin de que la figura de la fianza no se deteriore más de lo que ya está, además de que la misma no caiga en el desuso que actualmente prevalece en la misma, ya que desde la época del imperio Romano, esta figura se consideró como de pacto entre caballeros, en que era muy honroso sentirse fiador de una persona, y no que en la actualidad el fiador teme por que el fiado no haya de cumplir, y así ya no quiere dar su firma como seguridad al acreedor.

CONCLUSIONES CAPITULO IV

1.- Los beneficios que la Ley concede al fiador son tres y que son los de orden, los de excusión y los de división, los dos primero operan por ministerio de Ley, es decir que para que puedan ser oponibles a terceros, la persona que sea titular de esos derechos no tuvo que haber renunciado a los mismos; mientras que el de división para que pueda ser oponible al acreedor debe de existir necesariamente pacto expreso entre las partes, específicamente entre el fiador y el acreedor, realmente es muy importante que estos beneficios que la legislación concede el fiador no sean renunciables, toda vez que los mismos pueden constituir verdaderas defensas para el mismo, y si bien es cierto que de todas maneras habría afectación en su patrimonio, esa afectación pudiera ser en una menor porporción .

2.- El beneficio de orden es el provecho que la Ley otorga al fiador para que éste exija de el acreedor de su fiado, que primeramente le demande el pago al deudor y despues de que el mismo no hubiere obtenido el crédito a que tenía derecho, le demande el pago al garante; esta definición debe de tomarse en cuenta, toda vez que en la propia legislación se ha establecido un orden de las personas que participan en el contrato de fianza y que es el siguiente deudor, fiador y cofiadores, y el mismo es así como debe de seguirse, toda vez que la obligación del fiador es subsidiaria y para que la misma sea exigible necesita otra que le de vida jurídica, siendo ésta el incumplimiento del fiado.

El orden es esencial en la figura de la fianza, ya que el mismo ha sido establecido de una determinada manera, y éste no puede ser alterado, tomando en cuenta que es el propio fiado el que ha recibido una contraprestación, y no puede ser posible que sea otro el tenga que cumplir esa obligación en primer término, situación que podría afectar considerablemente su patrimonio, ya que pudiere existir el caso de que en el

mismo sobrevenga la insolvencia provocada, cuando el fiador ha pagado su obligación, además de que se seguirían deteriorando más aún las relaciones personales ostendidas en la actualidad.

Además de que podría existir la posibilidad de que el fiador por una alguna causa no haya podido denunciar el pleito al fiado, y por ende el de no haber opuesto las excepciones inherentes que éste hubiere tenido, y en consecuencia que éste además tendrá que soportar esas excepciones, es por ello que también no se debe de renunciar a éste beneficio, ya que vuelvo a reiterar la única persona que ha obtenido un beneficio de esa fianza es el propio fiado.

- 4.- El beneficio de excusión consiste en que antes de que el deudor le requiera el pago al fiador, demuestre la insolvencia del deudor, para que a su vez el fiador le realice el pago al acreedor, ya bien por el pago total o parcial según sea el caso.
- 5.- los beneficios de orden, de excusión y división, son solamente para la figura del fiador, y no para el obligado solidario ni el aval, ya que la diferencia esencial entre estas tres personas consiste propiamente en estos beneficios, ya que si de lo contrario y el fiador quisiere obligarse en otros términos frente al acreedor de su fiado, existen otro tipos de obligaciones, y es por ello que la figura del fiador deberá de ser considerada en forma muy especial, y en una forma mucho más delicada los beneficios que la legislación le concede a ésta figura.
- 6.- Ahora bien para que el beneficio de excusión aproveche al fiador el mismo debe de hacerlo valer en el juicio en el que se le demande el pago, por ser un derecho que el mismo tiene, ya que de lo contrario ninguna otra persona lo hará valer por él.

- 7.- El beneficio de división implica que los fiadores deben de prorratarse la deuda de su fiado y así cumplirla, pero para que este beneficio pueda ser oponible al acreedor, tiene que haberse establecido así en el contrato de fianza, ya que como se ha dicho este beneficio no opera por ministerio de Ley.
- 8.- En cuanto al tiempo en que debe de hacerse valer dicho beneficio es propiamente al momento de dárse la contestación a la demanda y meramente como excepciones, de conformidad con el artículo 35 y 260 del Código de Procedimientos Civiles.
- 9.- En conclusión general, no se debe de hacer renunciar al fiador a los beneficios de orden y de excusión, ya que primeramente el legislador ha establecido el orden en que el acreedor pueda exigir el pago que se le debe; en segundo término por que existen otro tipo de figuras que de de hecho y de derecho se asemejan a la fianza, cuando el fiador ha renunciado a éstos tipos de beneficios, ya que los mismos son única y exclusivamente del fiador; en tercer término por que de antemano en la actualidad la figura de la fianza se encuentra casi en un total desuso y existe la necesidad de regular nuevas disposiciones para que la misma pueda volver a ser de la utilidad que había sido.

CONCLUSIONES FINALES

1.- La fianza como figura especial de garantía regulada en el Código Civil para el Distrito federal debe de ser estudiada nuevamente por el poder Legislativo a efecto de que la misma salga del desuso en que actualmente se encuentra.

2.- Los beneficios de orden y de excusión deben de ser considerados como derechos especiales y que los mismos no se hagan renunciar al fiador, con el objeto de evitar que se mezclen otro tipo de figuras, ya que el fiador al momento de renunciar a éstos beneficios y volverse obligado solidario de su fiado, entonces el acreedor en cualquier momento pudiere exigir el cumplimiento al obligado solidario, y éste debe de hacerlo, no obstante que el obligado solidario sabe que de antemano tiene que cumplir con la obligación de su fiado; más sin embargo en la fianza para que la obligación del fiador sea exigible debe necesariamente darse una condición, misma que consiste en el incumplimiento del obligado principal.

3.- En la figura de la fianza, no debe de confundirse a las elementos personales que la conforman, a fin de evitar que las mismas sean cambiadas por otro tipo de figuras, como lo pueden ser el obligado solidario, el aval, ya que una de las características especiales del fiador, así como diferencia entre éstas figuras, son precisamente los beneficios de orden y de excusión.

4.- Por último, los beneficios de orden y de excusión no deben de hacerse al fiador, y por el contrario establecer que éstos beneficios sean oponibles de pleno derecho, ello a fin de evitar que la figura de la fianza en materia civil tienda a desaparecer, ya que incluso se ha llegado a manifestar que da lo mismo ser un fiador, un obligado solidario o un aval, situación que es distinta, ya que si realmente la voluntad del legislador hubiere sido que éstos tipos de figuras fueran lo mismo, o su contenido fuera el mismo, entonces, únicamente hubiere sido suficiente con una sola de ellas; ahora bien si realmente la

voluntad de un fiador fuere la de obligarse en forma solidaria, entonces debe de utilizar esa figura, ya que en ésta de antemano sabe que tiene la obligación de cumplir la obligación de la que es solidario, más sin embargo para que la del fiador sea exigible o nazca, es necesario que su fiado haya incumplido la que tenía a su cargo, toda vez que la naturaleza por excelencia del contrato de fianza es de garantía y no de débito; en cuanto al aval se refiere, ha quedado detallado que éste no goza de los llamados beneficios de orden y de excusión, ya que dada la naturaleza de los títulos de crédito, y atendiendo a la función para la que fueron creados no podría existir para éstos los beneficios de orden y de excusión, ya que tal disposición por el contrario restringiría la circulación de los mismos.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- BEJARANO SANCHEZ MANUEL, Obligaciones Civiles, Tercera Edición, Editorial Esfinge, México 1991.
- 2.- DAVALOS MEJIA CARLOS FELIPE, Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, Segunda Edición, Editorial Harla, México 1991.
- 3.- DE LA GARZA SERGIO FRANCISCO, Derecho Financiero Mexicano, Décimo octava Edición, Editorial Porrúa, México 1994.
- 4.- DE PINA VARA RAFAEL, Elementos de Derecho Civil, tomo IV contratos, Vigésima primera Edición, Editorial Porrúa, México 1991.
- 5.- DOMINGUEZ MARTINEZ JOSE ALFREDO, Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1994.
- 6.- GALINDO GARFIAS IGNACIO, Derecho Civil, Décimo Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1993.
- 7.- GUTIERREZ Y GONZALES ERNESTO, Derecho de las Obligaciones, Décima Edición, Editorial Porrúa, México 1995.
- 8.- MARGADANT FLORIS GUILLERMO, Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, México 1991.
- 9.- PETIT EUGENE, Tratado Elemental de Derecho Romano, Novena Edición, Editorial Porrúa, México 1992.
- 10.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ JOAQUIN, Curso de Derecho Mercantil, Tomo I y II, Vigésima Edición, Editorial Porrúa, México 1991.
- 11.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Compendio de Derecho Civil, Tomo IV Contratos en particular, Vigésimo Primera Edición, Editorial Porrúa, México 1991.
- 12.- ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Derecho Civil Mexicano, tomo VI, volúmenes I y II, Editorial Porrúa, México 1987.
- 13.- SANCHEZ MEDAL RAMON, Contratos Civiles, Décimo Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1993.

14.- SANCHEZ MEDAL RAMON, Dos Códigos Civiles y una Escuela de Derecho, Folleto.

15.- ZAMORA Y VALENCIA MIGUEL ANGEL, Contratos Civiles, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1992.

LEGISLACION

- 1.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Porrúa, México.
- 2.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Porrúa, México.
- 3.- CODIGO DE COMERCIO, Editorial Porrúa, México.
- 4.- LEY DE SEGUROS Y FIANZAS, Editorial Porrúa, México.
- 5.- LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, Editorial Porrúa, México.
- 6.- RECOPIACION AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, Jurisprudencia definida en Materia Mercantil.

DICCIONARIOS:

- 1.- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, Tomo I y II, vigésimo primera edición.
- 2.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1991.