

20721  
74



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

"ANALISIS JURIDICO DE LAS EXCEPCIONES PROCESALES Y BENEFICIOS PROPIOS DEL FIADOR, COMO PRESUPUESTOS BASICOS A FIN DE DETERMINAR SU OBLIGACION Y RESPONSABILIDAD EN LA CONTROVERSI DE ARRENDAMIENTO INMOBILIARIO".

T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
HORACIO ESTRADA COLIN



ASESOR: LIC. ALFREDO GONZALEZ HERNANDEZ



DICIEMBRE 2003

1

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



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.

**INTRODUCCION****CAPITULO I****ANTECEDENTES HISTORICOS.**

1.1 La Fianza. (Egipto, Grecia, Roma) -----	1
1.1.1 La Hipoteca -----	6
1.1.2 La Prenda -----	7
1.2. El Arrendamiento. -----	10

**CAPITULO II****ASPECTO CONCEPTUAL Y ESQUEMA LEGAL.**

2.1 Concepto Tradicional del Contrato de Fianza -----	14
2.2 Clasificación de la Fianza -----	20
2.3 Concepto Tradicional del Contrato de Arrendamiento -----	29
2.4 Clasificación del Arrendamiento -----	31
2.5 Del Juicio de la Controversia de Arrendamiento Inmobiliario -----	33
2.5.1 Etapas Procesales. (Demanda, Pruebas, Conclusiva, Ejecución) -----	36
2.5.2 Medios de Prueba en el Juicio de la Controversia de Arrendamiento -----	39
2.5.3 Medidas Cautelares -----	55

**CAPITULO III****EXCEPCIONES, DEFENSAS Y BENEFICIOS DEL FIADOR EN LA CONTROVERSIA DE ARRENDAMIENTO.**

3.1 Concepto -----	67
3.2 Excepciones procesales -----	69
3.3 Beneficios inherentes al Fiador -----	74
3.4 Beneficio de Orden. -----	75
3.5 Beneficio de Excusión. -----	75
3.6 Beneficio de División. -----	80

**CAPITULO IV****REGULACIÓN ACTUAL EN NUESTRO DERECHO CIVIL.**

4.1 Reglamentación en el Código Civil para el Distrito Federal. -----	98
4.2 Art. 2814 Código Civil-----	100
4.3 Art. 2815 Código Civil -----	102
4.4 Art. 2837 Código Civil para el Distrito Federal. -----	103
4.5 Art. 35 Código Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.-----	103
4.6 Art. 962 Código Procedimientos Civiles para el Distrito Federal -----	107

<b>CONCLUSIONES-----</b>	<b>113</b>
--------------------------	------------

<b>PROPUESTAS-----</b>	<b>116</b>
------------------------	------------

<b>BIBLIOGRAFÍA -----</b>	<b>119</b>
---------------------------	------------

## INTRODUCCIÓN

El creciente número de instancias procesales que debe atender el Tribunal Superior de Justicia de nuestra ciudad es sin duda una carga de trabajo que provoca diversas situaciones, algunas que son favorables en determinados ámbitos como creación de empleos y desfavorables en cuanto al cúmulo de trabajo que debe atender este órgano jurisdiccional.

El solicitante al promover contra el demandado principal por diversas circunstancias será imposible dar cumplimiento contra éste a las sentencias que resuelvan las instancias procesales instauradas, provocando que se entablen de igual forma contra quien resulta obligado accesorio, es decir la necesidad de instar contra quien quedo garante de otro en este caso con el carácter de fiador, ya sea porque el deudor originario se oponga a dar cumplimiento a la resolución que lo condena, que se encuentre en estado de insolvencia o imposibilitado de cumplir con el mandato judicial principalmente de carácter patrimonial o económico.

Dándose así la necesidad de que la sociedad recurra ante el órgano jurisdiccional a fin de que dirima un conflicto con el ideal de procurar el clima de tranquilidad, equidad y justicia que se pretende y no habiendo otra vía más que la aplicación de la norma que permita el libre ejercicio de las garantías individuales que a cada individuo son inherentes.

El presente trabajo plantea la situación procesal de la figura jurídica del fiador en la relación contractual derivada del arrendamiento a través de su concepto tradicional referido por definición a la garantía, siendo que en la actualidad es un tema que a todos en determinado

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

momento nos concierne y que en diversas situaciones no responde a la concepción legislativa ni más aún a la forense, ya que en nuestros días si se tiene la inquietud de obtener un crédito, una prestación o hasta en el momento de decidir ser locatario de un inmueble ya sea para uso comercial o más aún para simplemente vivir como requisito esencial se requiere de un fiador que tendrá a su cargo garantizar de su fiado la contraprestación que obtiene quedando obligado.

Por lo que basado en las premisas anteriores se busca plantear la correcta ubicación jurídica de la figura del fiador como obligación derivada que es y más en específico de la principal en el arrendamiento inmobiliario. Tratando los elementos que la integran, circunstancias que la rigen así como los motivos que darán lugar a iniciar la vía adecuada a fin de que entre en vigor su verdadero sentido, es decir el cumplimiento de la obligación por la cual fue ofrecida en la posible situación deficitaria, con las circunstancias, medidas o requisitos previamente acreditados.

Siendo que estas circunstancias determinarán las situaciones límite en que la obligación accesoria del fiador deberá entrar o no en suplencia de la originaria del deudor, fiado o condenado. Por lo que se dan a conocer los aspectos cualitativos de tal figura determinando sus particularidades principalmente desde el punto de vista adjetivo, partiendo desde luego del sustantivo ya que se plantean los supuestos previos a los que debe estar supeditado el cumplimiento de una obligación accesoria, por lo que para lograr un panorama amplio del presente proyecto retomo los antecedentes históricos de tales figuras ocupando el Primer Capítulo a lo propio.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

El Segundo Capitulo se ocupa al aspecto conceptual perfilado desde diversas doctrinas, legislaciones y reformas legales, como el nuevo concepto integral que regula el Código Civil para el Distrito Federal, siendo las directrices básicas de su normatividad que se han generado desde su vigencia y que por su vinculación con el tema principal también son objeto de referencia en el mismo capítulo.

Dado a que nuestro sistema legal se rige por la norma suprema que es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es necesario establecer que las respectivas leyes y códigos reglamentarios de cada materia y entidad presentan de alguna forma situaciones inconclusas de reglamentación en ciertos casos reguladas o enunciadas en la ley sustantiva, sin embargo en la adjetiva es muy somera o hasta inexistente. Por lo que es precisamente en el capítulo segundo donde se aborda esta conflictiva dando una visión general del juicio de la controversia del arrendamiento, dirigida a los condicionantes o entornos particulares del supuesto del fiador como parte del juicio, para poder tener un diagnostico lo más objetivo posible que nos permita conocer el universo de nuestro objeto de estudio.

El Capitulo Tercero es fundamentalmente descriptivo por plantear exceptuantes así como los supuestos previos y circunstancias limite a las que debe estar supeditada la obligación accesoria del fiador en la controversia del arrendamiento, desarrollando de igual forma los beneficios procesales que la ley concede y resueltos los mismos o reunidos los elementos necesarios y sólo hasta entonces deberá entrar el verdadero sentido de la obligación accesoria del fiador.

Destacando el intento de establecer una regulación apropiada del fiador en el Código Adjetivo para así aplicar de manera sistemática, metódica y fundada las disposiciones que lo rigen.

En el Capítulo Cuarto se estudia la actual reglamentación aplicable y se proponen ciertas opciones que a nuestro juicio son necesarias para impulsar una basta regulación sobre los supuestos que provocan la entrada en vigor de la obligación accesoria, ofreciendo las principales alternativas con el propósito de poder apuntar posibles soluciones, sin dejar de reconocer la complejidad del tema cuyos enfoques pueden ser constitucionales, administrativos, económicos o políticos pero hoy se plantea específicamente desde el procedimiento civil en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Finalmente el presente trabajo culmina con las principales conclusiones, con motivo del estudio que hoy se pone a la debida consideración.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## CAPÍTULO I

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS

## 1.1 La Fianza.

La fianza nace y se presenta de diversas formas desde hace muchos siglos, por lo que se estudian sus antecedentes más remotos con la intención de crear un aceptable panorama de las bases que sirvieron para su aplicación y funcionamiento, al respecto el maestro Molina Bello nos entrega una breve exposición de los mismos<sup>1</sup>.

Encontrando entre las principales referencias las siguientes; en Babilonia como principal antecedente encontramos diversas disposiciones contenidas en el Código de Hammurabi donde se ordeno gravar estelas de piedra con el fin de repartirlas por las capitales de su reino para el mejor conocimiento de sus leyes.<sup>2</sup> En el Código de Lipit-Ishtar como en el citado se manifiesta una forma de fianza en la reglamentación de los esclavos que se consideraban un objeto de su dueño quien podía matarlos sin recato alguno, o bien entregarlos en garantía de una deuda.

En Egipto se encuentran ciertas manifestaciones que surgen como una forma de garantizar determinadas obligaciones tal es el caso de los tratados internacionales para contraer matrimonio entre reyes y princesas de los pueblos así como de amistad entre ellos, el tratado de buena paz y se creo una alianza defensiva, cuyo texto fue gravado en dos charolas de plata, una de ellas se colocó a los pies del dios de la tormenta de los hitas y la otra a los pies de Ra en Egipto.

<sup>1</sup> Molina Bello, Manuel, "La Fianza", Como garantizar sus operaciones con terceros, Editorial Mc Graw-Hill, Primera Edición, México 1994, pag. 3.

<sup>2</sup> Lara Peinado, Federico, "Código de Hamurabi", Estudio preliminar, traducción y comentarios, Editorial Nacional, Tercera Edición, Madrid Tecnos, 1997.



**PAGINACION  
DISCONTINUA**

El tratado se dividió en cinco grandes partes que son las siguientes:

- a) La primera se refiere a una introducción histórica, alude a las guerras entre ambos pueblos, garantiza que los monarcas de los reinos mantengan la paz entre ellos y habla de intercambio de charolas de plata en que está gravado el pacto.
- b) La segunda las garantías mutuas de no agresión.
- c) La tercera señala la obligación en que se encuentran ambos países de socorrerse si alguna potencia los amenaza con invasiones.
- d) La cuarta contiene una minuciosa reglamentación acerca del intercambio de políticos refugiados.
- e) La quinta se refiere al juramento de pacto entre sus dioses.<sup>1</sup>

En Grecia las clases gobernantes iniciaron una reforma sustancial tanto a la constitución como a las demás leyes de Atenas, posteriormente Dracon publicó un código y los resultados que se esperaban de las reformas no fueron idóneos, lo cual hizo que la situación existente en ese momento empeorara y que la situación económica y jurídica de los deudores insolventes se grabara día con día, el dinero se alquilaba con garantía de la persona y los deudores morosos iban a quedar sometidos a la esclavitud.

La reforma draconiana iba encaminada a proteger a los poderosos y sus derechos de propiedad en consecuencia se realizaron nuevas reformas a cargo de Solón, quien prohibió todo préstamo de dinero o cualquier otro objeto con garantía de personas.

En Roma es donde encontramos los antecedentes más precisos de nuestro objeto de estudio ya que en ésta cultura la fianza ya se consideraba como tal y se derivaba de uno de los contratos

<sup>1</sup> Molina Bello, Manuel, ob. cit. pag. 5.



más trascendentes de la época llamado *estipulatio*, caracterizado por ser un contrato *verbis de* garantía y que se perfeccionaba con el uso de ciertas formulas verbales de una pregunta y respuesta sobre una futura prestación considerada un contrato accesorio de garantía que requería una obligación principal para existir.<sup>4</sup>

La fianza *estipulatoria* se definía como un contrato mediante el cual una persona (*fiador*) se obliga a cumplir en el caso de que otra persona (*fiado*), sujeto pasivo de la obligación garantizada no cumpliera este concepto de fianza era muy avanzado para esa época y muy similar al del código civil actual. Así mismo existieron tres formas de garantizar una obligación mediante el intercambio de una pregunta y una contestación siendo éstas la *sponsio*, la *fideipromissio* y la *fideiussio*.

La *Sponsio* era la forma de garantizar una obligación ofrecida por un ciudadano romano (*Sponsor*), correspondía a una promesa con matices religiosos celebrada por personas que se dedicaban exclusivamente a los cultos por lo que no podía ser utilizado por los peregrinos.<sup>5</sup>

La *Fideipromissio* deriva de la anterior permite celebrar dicho contrato con ciudadanos romanos o bien peregrinos, además de esta figura surgen ciertos beneficios para el fiador, gracias a las diversas leyes de carácter popular que se establecieron como la Ley *Appuleia* que regiría sobre cierta sociedad que pudiera darse entre los *sponsors* y los *fideipromissores* así como el derecho que le correspondiera a uno en relación con los demás en caso de que cubriera la deuda.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Floris S. Margadant, Guillermo, "El Derecho Privado Romano", Editorial Esfinge S.A. de C.V. México, 1998, pag. 386.

<sup>5</sup> Floris Margadant, Guillermo, ob. cit., pags. 189-389.

<sup>6</sup> Petit Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano", Editorial Porrúa, Decimocuarta Edición, México 1998, pag. 358.

La Ley Furia establecía la división de la obligación entre los garantes así también determinaba la vigencia de su obligación que sería de sólo dos años. La Ley Ciceria establecía como obligación del acreedor hacer del conocimiento público por que deuda recibía garantía teniendo como plazo el de treinta días, en caso de no hacerlo corría el riesgo de liberar de la obligación a los garantes. La Ley Cornelia determino la cantidad límite por la que podría darse garantía siendo ésta hasta veinte mil sestercios, así mismo prohibía que una misma persona otorgara garantía del mismo deudor a favor del mismo acreedor.

De las anteriores figuras podemos concluir como sus principales características: que se tratan de deudas que derivan de una principal siendo accesorias, que no pueden garantizar más que la principal pero sí menos, son mandatarios del deudor principal los cuales en su caso de cubrir la deuda pueden acudir ante quien garantizaron, estas formas de garantizar una deuda darían lugar a la fideiussio.

La Fideiussio consistente en un contrato de garantía ésta institución surgida gracias a Justiniano, que podía derivar de cualquier tipo de obligación principal incluso de una futura, debiendo seguir el mismo objeto de la originaria y sólo por el monto de ésta o en su caso menor ya que si se contravenía lo anterior podría ser decretada nula. El fiador tenía ciertas desventajas ya que su obligación accesoria no prescribía, no dependía de ningún tipo de término para que dejara de existir aunado a que podía ser trasferida a sus herederos.<sup>7</sup>

Desde entonces el acreedor estaba facultado para exigir el cumplimiento de la obligación al deudor principal, fiador o fiadores en cualquier momento aún sin haber requerido el cumplimiento al deudor principal gravando sus posible bienes.

<sup>7</sup> Molina Bello, Manuel, ob. cit.

Por lo que el mismo garante contaba ya con ciertos beneficios, uno establecido también por la Ley Furia denominado Beneficio de División, tal figura daba a los sponsors y fidepromissores la facultad de solicitar se dividiera la deuda por partes iguales a cada uno, así mismo a los fiadores, una vez que por error hubieran cubierto el total de la deuda, otro era el llamado Beneficio de Discusión o de Orden consistente en que el fiador podía pedir que primeramente se siguiera el requerimiento contra el deudor principal y una vez que éste dejara de hacerlo podría ser requerido, siendo posible que el deudor originario pagara sólo en parte y que el fiador cubriera lo que faltaba.

Es aquí donde encontramos el antecedente más claro del beneficio otorgado en nuestra legislación al garante o deudor accesorio así como de las excepciones que son inherentes al mismo, este es el beneficio de orden ya que Justiniano determino que el fiador estaba facultado para negarse a pagar en caso de que no se hubiera obrado con anterioridad contra del deudor principal más aún que éste hubiera demostrado su insolvencia, también llamado *Beneficium Excusiónis* consistente en que el fiador podía exigir que el acreedor persiguiera primero al deudor antes de dirigirse a él para la exigibilidad de su obligación como garante.\*

Se reglamentaban los derechos reales siendo estos la prenda y la hipoteca, reales de garantía siendo muy usuales y más eficaces que la garantía personal, pues para la celebración de un contrato el deudor podía garantizar el pago de las prestaciones mediante estas figuras y ante el incumplimiento el acreedor se allegaba los bienes dados en garantía para sí o para venderlos y del producto de esa venta se cobraba la deuda.

\* Floris S. Margadant, Guillermo, ob. cit., pag. 390.



Por lo que se consideraron como una forma de asegurar el cumplimiento de una obligación, misma que se constituía a favor de un acreedor en relación con su deudor o deudores teniendo así el acreedor ciertas facultades que ejercitar sobre bienes que pudieran tener. Derivado de lo anterior tendría sobre los susceptibles bienes de garantía una acción real, estando en posesión el propietario en este caso del deudor y aún en caso de que estuviera en manos de terceros.

En consecuencia por tratarse de un derecho real de garantía, deriva de un derecho principal que responderá de la obligación que garantizan por lo que las de carácter personal no tuvieron gran relevancia en razón de que en aquella época se prefería sobre las reales como la hipoteca y la denominadas Pignus.<sup>9</sup>

### 1.1.1 La Hipoteca.

Figura regulada por los romanos como un derecho real de garantía que se constituía sobre un bien propiedad del deudor con lo que se diferencia de los derechos personales de garantía, bien que garantizaba el crédito teniendo así mismo un derecho de preferencia para que le cubriera el crédito en caso de que hubiera más acreedores, teniendo como facultad principal la de disponer de la cosa entregada en garantía o venderla (ius vendendi o ius distrahendi).<sup>10</sup>

Facultad que le correspondía aún en el caso de que el bien estuviera en manos de cualquier persona y desconocer las posibles enajenaciones y destituciones de derechos reales sobre la cosa que fueran posteriores a la hipoteca del bien afectado, con lo que desde la Roma antigua el

<sup>9</sup> Ventura Silva, Sabino, "Derecho Romano" - Curso de Derecho Privado, Editorial Porrúa, Décima Sexta Edición, México 2000, pags. 258, 354.

<sup>10</sup> Ventura Silva, Sabino, ob, cit. pag. 259



acreedor tenia un triple beneficio de garantía esto es el de preferencia, de persecución y de venta o disposición. Debiendo reunir previamente como requisitos: a) una deuda originaria, que debería garantizar la hipoteca por lo cual se trata de un derecho accesorio. b) que fuera susceptible de venderse y c) que el deudor fuera propietario del bien susceptible de venta.

Por lo cual se pueden concluir como sus principales características: 1) se trata de un derecho real accesorio que deviene de una obligación principal a la que garantizará y que es el objeto de su constitución 2) es una obligación indivisible, ya que sólo el total del bien podía garantizar un derecho aún cuando podía haber varios acreedores y a uno le correspondería el de preferencia antes citado además de que no garantizaba sólo la deuda principal sino que abarcaba las accesorias y mejoras que pudieran presentarse.

Así también con esta figura se presenta la primera afin al arrendamiento, siendo que cuando una persona usaba el campo de otro para introducir sus animales quedando estos en el terreno y garantizar de esta forma en caso de que no pagara las merces o renta.

### 1.1.2 La Prenda.

Contrato consistente en entregar el bien objeto de garantía al acreedor teniendo éste la posesión pero no la propiedad sin poder usar o disponer de la misma, teniendo sólo la facultad de resguardarla hasta que el deudor cumpliera con la obligación, sin embargo como ha quedado señalado aún cuando el acreedor tenía la posesión del bien afectado éste estaba impedido de servirse de ella, más aún se necesitaba que el mismo deudor otorgara el consentimiento para hacerlo.

De igual forma el deudor no podía usarlo con el objeto de que se le otorgaran nuevos préstamos y sólo podía entregarlo al acreedor en carácter de arrendamiento, en caso de que el deudor otorgara la autorización para que se sirviera de la cosa afectada o de sus frutos, el acreedor tenía la ventaja de que estos se aplicaran primero a los intereses generados y en caso de ser cubiertos a la deuda principal denominando a tal figura anticresis.

Esta figura como en la mayoría de las obligaciones se extinguía por el pago aún cuando en ciertos casos podía subsistir con el objeto de garantizar otros créditos que tuviera con el acreedor siendo instituida en la época del emperador Gordiano. Por otro lado las garantías personales servían para garantizar un crédito y eran preferidas por la práctica jurídica ya que no se daba un despojecimiento del derecho real del deudor sino en la solvencia de un tercero que respondía por el, sin embargo el procedimiento de cobro era más difícil que en el caso de las reales aludidas.

Cuando un deudor incumplía una obligación afianzada el acreedor requería en primer término al deudor y ante la persistencia de incumplimiento requería al fiador, quien debía cubrir el importe de la deuda, en esta hipótesis surgía la figura de la subrogación ya que el fiador al dar cumplimiento a la obligación se convertía en nuevo acreedor del deudor principal.

En tal supuesto el nuevo acreedor privaba de la libertad al deudor y lo llevaba a su cárcel privada con lo cual ejercitaba la manus injectio, consistente en exhibir al deudor con las manos en el cuello por las plazas públicas a fin de que algún conocido respondiera por la deuda acto hasta por tres veces cada 20 días si nadie respondía por el deudor el acreedor podía venderlo en el país de los etruscos y con el producto de la venta se cobraba la deuda o podía matarlo<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Ventura Silva, Sabino, ob. cit. pág. 168.

En España surge un código llamado de las Siete Partidas siendo el esfuerzo más completo que se puede encontrar en las obras legislativas de la Edad Media y se divide en siete partes, motivo de su nombre. En la partida quinta título XII se contempla ampliamente la fianza la cual se define como: la obligación que tiene una persona para pagar o cumplir si su fiado no lo hace.<sup>12</sup>

Existen pruebas de haberse implantado el derecho precortesiano ya que los dioses españoles dieron forma legal a lo que los indios tenían y practicaban, así aparece la fianza en el derecho procesal Indiano llamado Leyes de Indias.

En México se inician los primeros proyectos respecto de la fianza con el fin de que ésta estuviera más acorde con el modo de vida económico, político y cultural del pueblo mexicano así en 1870 se expidió el Código Civil que entro en vigor el primero de marzo de 1870, cuando se estableció que la fianza tendría el carácter de contrato y que podía entregarse a título oneroso ésta ley tuvo poca vigencia y fue abrogada por el Código Civil de 1874.

En el Código Civil de agosto de 1928 publicado en el Diario Oficial de la Federación el primero de septiembre de 1932 se introdujeron numerosas innovaciones en el contrato de fianza, en junio de 1895 se expidió la primera ley relativa a compañías de fianzas con el fin de que el Ejecutivo Federal pudiera otorgar concesiones a compañías nacionales o extranjeras que caucionaran el manejo de empleados públicos o particulares siendo que la única aplicación que la ley tuvo fue el contrato de concesión otorgado por la Secretaría de Hacienda a favor de la American Surety Company de New York para que estableciera en México una sucursal y se dedicara a otorgar fianzas que garantizaran el fiel manejo de empleados públicos y privados.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Tomas y Valiente, Francisco, "Historia del Derecho Español", Editorial Tecnos, Madrid, 1979.

<sup>13</sup> Ruiz Rueda, Luis, "La Fianza de Empresa", México, 1985, pag. 19.



Cuando estaba por fenecer la vigencia del contrato la Secretaria de Hacienda promovió ante el congreso una verdadera ley que fue aprobada y promulgada el 24 de mayo de 1910, desde entonces se quito toda aplicabilidad del articulo 640 del Código de Comercio el ordenamiento regulador de las instituciones de fianzas hasta aquella época. Las empresas extranjeras establecieron sucursales en México y no fue sino hasta 1913 cuando un grupo de accionistas mexicanos compraron las acciones de la sucursal gringa American Surety Company constituyéndose así la primera afianzadora mexicana, con el nombre de Compañía Mexicana de Garantías S.A., la cual expendió todo tipo de fianzas posteriormente en virtud de la fusión realizada el primero de abril de 1991, se denomina Crédito Afianzador S.A. Compañía Mexicana de Garantías.

## 1.2 El Arrendamiento.

En la antigua Roma la figura más afín al arrendamiento actual fue la *Locatio-conductio* en la que ya se determinaba claramente el papel de cada una de las partes, siendo una especie de alquiler llamado *locatio-onis* término que deriva de *loco-as-are* que deviene de *locus-lugar* que significa poner, dar en alquiler, arrendar y de *conduco-is-ere- xi-ctum-*, que significa llevar, asalariar, encargarse por cierto precio.<sup>14</sup>

Se definía como el contrato por el cual una persona llamado *locator* en relación con otra llamada *conductor*, le entrega y concede el goce temporal de una cosa a prestarle un servicio o a realizar determinada obra a cambio de una contraprestación en dinero.

<sup>14</sup> Floris S. Margadant, Guillermo, ob. cit., pág. 412.



Podía ser respecto de una tierra o de una finca siendo que en el primer caso, el conductor recibía el nombre de colonus y ya en el segundo supuesto se le trataba como inquilinus, este contrato surgió en el derecho de gentes y posteriormente fue regulado por el derecho civil el cual se perfeccionaba con el simple consentimiento de las partes mediante la entrega de la cosa por la que se pagaba una remuneración o renta denominada merces, la cual debía ser cierta y verás siendo suficiente que las partes la determinaran y era entendida como la representación por el goce del bien a través del tiempo desde entonces se cobra de forma periódica.

En las Doce Tablas también encontramos la figura del arrendamiento que al inicio era respecto de animales y de bienes muebles abarcando posteriormente a los inmuebles. Siendo otro antecedente el contrato de aparcería que consistía en que el conductor recibía un inmueble para cultivarlo y entregaba a cambio o en forma de pago, una parte de los frutos que recolectaba al locator.

También se regulo el llamado contrato de obra o locatio conductio operis faciendi, es decir la locación de una persona para ejecutar un trabajo o cierta obra a favor de otra a cambio de una remuneración, en ambos casos era suficiente para perfeccionarlo el consenso de las partes aunque en ciertos casos podían convenir que se realizara por escrito, siendo únicamente como requisitos o elementos esenciales, determinar la cosa objeto de alquiler y las merces o rentas que se pagarían.

En cuanto a los bienes susceptibles de arrendamiento se encontraban por obvias razones los corporales aún cuando también se celebraron respecto de incorporales bastando con que se encontraran dentro del comercio teniendo como limitante arrendar aquellas que pudieran

consumirse, respecto de los bienes incorporales parecía difícil darlos en arrendamiento sin embargo se daba en base a los que comprendían los derechos reales de usufructo (*operae servorum*)<sup>15</sup>

Como una forma de uso la enfiteusis, la superficie y posteriormente el derecho de habitación se otorgaban respecto de cierto inmueble y mediante convenios.

La Enfiteusis era un convenio entre el locator y el conductor considerando a éste como enfiteuta, en razón tener el inmueble solo en posesión dando a cambio una contraprestación por su disfrute, obligación que cesaba por caso fortuito o destrucción del bien. Con Gayo se le dio gran auge asemejándolo al arrendamiento aun cuando posteriormente Zenón lo regulo como un contrato distinto, en el que en caso de pérdida parcial del bien sería a cargo del enfiteuta y en caso de pérdida total a cargo del propietario o locator.

Por lo que se podían diferenciar fácilmente ambas figuras, esencialmente en que el enfiteuta podría obligar o exigir del locator que mantuviera en buen estado el bien arrendado, el enfiteuta debía cubrir los impuestos del inmueble pero tenía el derecho de recibir los frutos, el enfiteuta podía ceder sus derechos siempre y cuando tuviera conocimiento el locator y éste tendría la facultad de lanzar al enfiteuta por impago de la merces o renta aunque debía ser hasta que se juntaran tres años de incumplimiento, así mismo era posible dar en arrendamiento un bien aún cuando no se hiciera como propietario ya que sólo se otorgaba temporalmente el uso y el goce. Teniendo obligaciones reciprocas siendo las esenciales el pago de la merces o pensio, así el conductor o inquilino tendría la posibilidad de que el alquiler disminuyera en caso de que su ganancia fuera mínima.

<sup>15</sup> Di Pietro, Alfredo, "Derecho Privado Romano", Editorial De Palma, Buenos Aires 1996, pag. 155.

En cuanto a su duración el arrendamiento no terminaba porque alguna de las partes dejara de existir siendo lo más común que llegara al término convenido, aun cuando también por causas fortuitas se destruyera el objeto del convenio y como consecuencia se daba la terminación. Aun cuando una de las facultades del locator o arrendador era que podía en cualquier momento darlo por terminado cuando el conductor abusaba del goce del inmueble o en caso de que incumpliera con el pago de la merces o renta por el lapso de dos años. El conductor también podía dar por terminado el contrato previo a su vencimiento cuando se veía afectado en el goce pacífico del inmueble por causas del locator o de algún tercero que apareciera con ciertos derechos para disfrutar del bien contratado.

A pesar de esto era común que el arrendamiento de inmuebles se otorgara por el lapso de cinco años y que llegara a su vencimiento hasta entonces aun cuando se presentaban casos en que habiendo llegado a su término seguía la contraprestación por voluntad de ambas partes iniciándose así un nuevo contrato dándose entonces lo que hoy día es la tácita reconducción.

También se regularon dos figuras jurídicas referentes al arrendamiento las cuales daban ciertas facultades tanto al locator o arrendador como al conductor o arrendatario, siendo que en el primer caso se otorgaba la acción locati consistente en el derecho de exigir al locatario el cumplimiento y pago de las merces pactadas y aún responder del mal uso que hiciera del inmueble arrendado. Y la acción conducti otorgada al locatario para poder exigir la rebaja de las merces en caso de que no hubiera hecho uso del inmueble, que fuera indemnizado en caso de evicción y que se le reembolsaran los gastos que hubiera hecho en beneficio del inmueble.

## CAPÍTULO II

## ASPECTO CONCEPTUAL Y ESQUEMA LEGAL

## 2.1 Concepto Tradicional del Contrato de Fianza.

Habrà contrato de fianza cuando una de las partes se hubiere obligado accesoriamente con un tercero y el acreedor aceptase su obligaci3n accesorial, al respecto el maestro Rojina Villegas lo conceptualiza como "un contrato accesorio por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor la misma prestaci3n o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si 3ste no lo hace."<sup>16</sup>

En cuanto que el C3digo Civil define a la fianza como un contrato en el que intervienen mediante vinculo contractual, un acreedor, un deudor principal y un fiador, asi en su art3culo 2794 establece; "La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si este no lo hace".<sup>17</sup>

Por lo que podemos entonces establecer una definici3n propia de fiador consider3ndolo como: Aquella persona que se obliga con el acreedor para el caso de que el deudor no cumpla asumiendo un deber directo a nombre de un tercero garantizando el cumplimiento de una obligaci3n no propia, garant3a que respalda con su propio patrimonio a3n trat3ndose de fianza simple o solidaria.

<sup>16</sup> Rojina Villegas, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Tomo VI Contratos, Vol. II. Editorial Porr3a, Sexta Edici3n, M3xico, 1997, pag. 249.

<sup>17</sup> "C3digo Civil para el Distrito Federal", Editorial Sista, S.A. de C.V., M3xico 2002.

De lo anterior se derivan dos elementos esenciales uno en cuanto a la obligación y compromiso y otro al carácter accesorio del contrato, el primero radicará en la forma de garantizar a favor del acreedor tal obligación implicando el patrimonio del deudor o de quien responda por él, patrimonio que puede verse disminuido por posibles enajenaciones.

La accesoriedad como segundo carácter consistirá en que derivado de un originario surgirá y surtirá efectos otro secundario, obligando a que reúna los elementos esenciales de validez y existencia en razón de que éste seguirá la suerte del principal.

Así mismo el principal objetivo será el de salvaguardar la legalidad del crédito, logrando esto a través de la constitución de una garantía, en este supuesto de carácter personal en cuanto a la obligación accesoria que origina la fianza, cuando deba responder el fiador como sujeto pasivo, a diferencia de las garantías reales que se constituyen sobre bienes, esto es la prenda y la hipoteca. Siendo esta última la más usual en razón de ser más factible la realización de medidas de ejecución sobre bienes debidamente registrados, aún cuando las personales implican su propia importancia, tanto en los juicios de carácter civil como de arrendamiento o bien los mercantiles por actos derivados del comercio que se fundan en la buena fe de los contratantes y en la que uno puede obligarse por otro.

En cuanto a la obligación que origina la fianza de distintas formas se ha ido modificando, verbigracia; en cuanto su carácter subsidiario, llegando a darse otras en las que la obligación del deudor principal es igual a la del garante, no dando lugar al beneficio de excusión provocando la modificación de la fianza simple a una solidaria.

Por lo que podemos determinar que nos encontramos ante una especie de convenio que celebran quien es acreedor de un tercero y quien viene a garantizar a ese acreedor el cumplimiento de la obligación del verdadero deudor. Derivado de la postura de éste para que aquel tercero se convierta en posible responsable, siendo así una obligación de garantía de carácter personal, que se asume con el acreedor para su cumplimiento.

Siendo que en este caso dependerá de una posible situación de incumplimiento del deudor principal por ser insolvente, encontrando aquí la parte pasiva de la fianza, que no resulta parte del contrato principal, pero que en definitiva se construye y será requerido o bien obligado a dar cumplimiento a la prestación que no contrajo directamente. Debiendo agregar que las garantías personales no aseguran totalmente al acreedor su prestación, por lo que se han desacreditado, optando generalmente por las reales como el caso de la hipoteca.

Así mismo la fianza tendrá un contenido de carácter social, ya que derivado normalmente de lazos de amistad uno se obliga por otro, con su carácter fundamentalmente económico en la relación contractual, siendo así un elemento de crédito que asegura la solvencia del deudor y que se constituye en la mayoría de los casos sin la opinión del acreedor.

A fin de garantizar la solvencia económica del deudor, teniendo o no responsabilidad de carácter moral, por lo cual resulta viable la crítica sobre la postura legislativa o jurisprudencial de sancionar al fiador, admitiendo de plano su responsabilidad que puede llegar a límites que sobrepasan al mismo contrato originario por el cual se obliga. En razón de que el fiador puede verse perjudicado en su patrimonio, aún cuando no hay una resolución que lo condene y que haya quedado firme como cosa juzgada, aunado a que hoy día conforme al procedimiento

materia de este trabajo, desde el momento en que el acreedor decide instar contra su deudor y como consecuencia con el tercer obligado a quien podrá ejecutar hasta entonces de forma provisional o precautoria, aún cuando no es el momento procesal para el obligado accesorio.

Al respecto Ruiz Rueda señala: "Muchas veces el fiador se encuentra imposibilitado de exigir que el deudor principal cumpla con su obligación",<sup>18</sup> o bien acreditar hechos de un tercero en este caso de su fiado, hechos consistentes en el pago de la obligación del deudor principal con la finalidad de que no se vea afectado en su patrimonio.

Resultando común que se celebre entre personas físicas y por menor cuantía en el caso del contrato arrendaticio de inmuebles, en el que el arrendatario ofrece su fianza civil sin incursionar en el campo mercantil, industrial o de servicios, sin embargo, los suelen manejarse las fianzas mercantiles o de empresa.

Lo anterior debido a mayor confiabilidad por la forma de manejo y por ser un acto sistemático, ejercido por una institución legalmente establecida y autorizada por la Secretaría de Hacienda, con el objeto de garantizar adecuadamente el cumplimiento de obligaciones primordialmente de carácter económico, mediante una póliza de fianza respaldada y regulada por su ley reglamentaria, que ordena: "La presente ley es de orden público y tiene por objeto regular la organización y funcionamiento de las instituciones de fianzas, las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar así como las de los agentes de fianzas y demás personas relacionadas con la actividad de las afianzadoras en protección de los intereses del público usuario de los servicios correspondientes.

<sup>18</sup> Ruiz Rueda Luis, Contratos Civiles y Comerciales, Tomo II, Editorial Universidad, México 1989, pag.67.

Ley que aplica a las instituciones de fianzas cuyo objeto es otorgar fianzas a título oneroso.”<sup>19</sup>

El acto jurídico de afianzar estará basado en el contrato mismo, del que derivan diversas situaciones jurídicas, resultando necesario señalar las características más importantes del mismo, en cuanto a su unilateralidad o bilateralidad, en razón de que desde el momento en que el fiador se obliga por otro surge la siguiente interrogante: ¿Que prestación podría tener a su favor? ya que generalmente por razones de amistad se obliga. Situación que engendra una promesa a favor del deudor, quedando manifestada de forma expresa y provocando las correspondientes consecuencias para éste, acto que para ser formalizado requiere de la intervención de ambas partes, estando entonces ante un acto bilateral y será unilateral cuando no medie la aceptación expresa del acreedor, como el caso de la fianza legal o judicial.

Dependiendo entonces de la aceptación del que se beneficie, aún cuando el consentimiento del acreedor no será necesario para que sea exigible la obligación accesoria que se origina, pero sí tendrá derecho a la acción directa contra el obligado accesorio en caso de que incurra en incumplimiento el obligado principal. Siendo un acto que surge de una obligación previa que puede ser de cualquier tipo, no solamente respecto de dar o hacer, siempre que se derive de un acto lícito y permitido por la ley, por lo que no puede existir sin una obligación válida.

Por lo anterior podemos concluir que el acto de afianzar tendrá las siguientes **Características:**  
Informal ya que no se requiere de formalidades específicas, ya que puede ofrecerse y constar de diversas formas como sería verbal, por escrito y mediante escritura pública, lo anterior en razón de que se trata de un acto consensual.

<sup>19</sup>“Ley Federal de Instituciones de Fianzas” – Colección Mercantil, Editorial Porrúa, Primera Edición, México 2000, Art. 1°.

Consensual en razón de que aún cuando requiere de diversos elementos para su validez, queda perfeccionado con el simple acuerdo entre las partes.

Unilateral por estar basado en un acto que sólo requiere el acuerdo del que se obliga como tercero a petición del obligado principal y aún sin la autorización del que resulta beneficiado, resultando obligado directo hasta el momento en que el fiado no cumpliera.

Nominado o Típico ya que se trata de un contrato con disposiciones legales expresas y exclusivas, esto es regulado jurídicamente.

Gratuito en razón de que desde el momento de obligarse el tercero accesorio lo hace sin recibir contraprestación alguna por parte del fiado, lo que difiere de casi cualquier tipo de contrato por ser uno de sus objetivos, cuestión que puede modificarse en el caso de que el mismo beneficiado o acreedor otorgara una prestación a su favor.

Accesorio por la misma naturaleza del contrato y depender de la existencia de un principal, originando la accesoria siendo ésta la característica esencial. Aún cuando puede formalizarse sin necesidad de que lo haya hecho todavía el principal, por lo que es posible que exista respecto de una obligación futura, según lo señalado por el artículo 2798 al ordenar: "Puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida".<sup>20</sup>

Teniendo entonces sólo un objeto determinado, aunque el crédito futuro sea incierto y su cifra indeterminada, lo anterior sin el perjuicio de que la misma se concrete o no, teniendo entonces el

<sup>20</sup> "Código Civil para el Distrito Federal", Editorial Sisa, S.A. de C.V., México 2002.

fiador el beneficio que la ley le otorga de retirar su obligación derivada antes de que se constituya la principal.

## 2.2 Clasificación de la Fianza.

Debiendo partir y considerar las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, habrá distintos tipos de fianza, según lo ordenado por el artículo 2795 al señalar; "La fianza puede ser legal, judicial, convencional, gratuita o a título oneroso"<sup>21</sup> Pudiendo así determinar si se trata de una fianza contractual, común o solidaria o bien civil o comercial.

Fianza Convencional; cuando se perfecciona con el consentimiento de las partes, en este caso del acreedor y fiador, estando regida por el simple consentimiento que se manifieste de forma expresa, en la que el fiador se constituye a efecto de asegurar una contraprestación al acreedor, aún cuando ostenta solo el carácter de tercero ajeno a la relación principal, consistente en el contrato principal.

Fianza Legal; aquella determinada de forma directa por la ley, es decir por una disposición expresa que reglamenta de forma específica los supuestos en que debe operar, surtiendo de forma obligatoria, especialmente en juicios que requieren garantizar el buen uso o aprovechamiento de bienes, que se encuentran en conflicto en cuanto a su legítimo poseedor o propietario, Vg. El heredero supérstite al entrar en la administración o posesión provisional de los bienes del ausente, debiendo garantizar con la fianza correspondiente su fiel administración.

<sup>21</sup> Código Civil, ob., cit., art. 2795.

Según el Código Civil al ordenar; "El albacea también esta obligado, dentro de los tres meses contados desde que acepte su nombramiento a garantizar su manejo, con fianza, hipoteca o prenda a su elección."<sup>22</sup>

O bien el usufructuario para garantizar el buen uso de la cosa al señalar; "El usufructuario antes de entrar en el goce de los bienes, esta obligado: A dar la correspondiente fianza de que disfrutará de las cosas con moderación y las restituirá al propietario con sus accesiones."<sup>23</sup>

Fianza Judicial; la fijada por el juzgador a efecto de garantizar posibles daños y perjuicios que puedan ocasionarse a terceros generalmente en situaciones procesales y para cumplimentar un auto de ejecución y que aún dependiendo de diversos requisitos puede llegar a modificarse. Esto es en procedimientos controvertidos en los que se ordenan ejecuciones provisionales, preventivas o bien definitivas, encontrando entonces su fundamento en el código procesal y quedando al arbitrio judicial fijar el monto de la fianza sin poder dispensar su exhibición.

Fianza Simple; también llamada fianza pura aquella que se exhibe y perfecciona con el mero consentimiento de las partes, siendo especialmente característica de ésta los beneficios que tiene y hacerlos valer por el obligado accesorio en contra del acreedor o bien del obligado principal refiriéndonos a los de orden, excusión y división.

Beneficio de orden el otorgado al obligado accesorio consistente en que previo requerimiento o ejecución sobre su patrimonio sea requerido el deudor principal y mediante el procedimiento correspondiente. Por lo que deberá interponerse para que en el supuesto de existir sentencia

<sup>22</sup> Código Civil, ob., cit., art. 1708.

<sup>23</sup> Código Civil, ob., cit., Art. 1006 Fracción II.

condenatoria se ejecute primero al deudor principal, siendo la excepción de excusión y la de orden dilatorias procesales ya que sólo retardan el procedimiento, la de excusión en cuanto a la ejecución de sentencias y la de orden para iniciar los procesos.

Beneficio de excusión aquel en que el obligado accesorio se funda para no ser compelido a cubrir la contraprestación por el deudor principal, por lo que previamente el acreedor deberá acreditar haber excutado los bienes del deudor principal para poder demandar al fiador la prestación reclamada entendiéndose por excutir; agotar todos los bienes que pueda tener el deudor. Siendo insuficiente que el acreedor promueva las diligencias que crea pertinentes y debiendo acreditar que del resultado de las mismas no existen bienes del deudor, por lo que aún cuando es muy utilizada en la práctica este tipo de fianza se opta porque el fiador se vea obligado a renunciar a tales beneficios.

Beneficio de división será la facultad otorgada a los fiadores en el caso en los que son dos o más y con el carácter de obligados accesorios, siempre que no se hubieren obligado de forma solidaria con el objeto de que al reclamar la deuda ésta sea dividida y el acreedor solo podrá exigir la obligación en cuanto a las partes que a cada uno les corresponda, por lo que sería una obligación accesoria divisible, tal beneficio solo podrá hacerse valer cuando se esté ante la fianza simple.

Fianza solidaria cuando así se estipule y el fiador renuncie a los beneficios que la ley le otorga o cuando el acreedor sea la autoridad fiscal, debiendo reunir diversos requisitos, como tener la respectiva estipulación de forma expresa entendiéndose manifestada en términos inequívocos.

Cuando el fiador al momento de obligarse renuncie a los beneficios que la ley le otorga como obligado accesorio, facultará al acreedor de reclamarle el pago sin ser necesario exigir previamente al obligado principal en razón de que éste se encuentra obligado solidariamente, aún más cuando de forma expresa se inserta la renuncia por parte del fiador a sus beneficios, así mismo en los casos en que se inserta la frase "principal pagador" y sea con el carácter de obligado accesorio será deudor solidario y se le aplicaran las disposiciones de los codeudores.

Cuando el acreedor fuera el fisco y aún cuando el fiador se obligue de forma solidaria esto no perjudicará a la obligación principal ni a la fianza como accesorio, pero el fiador podrá figurar como deudor directo o principal no gozando de los beneficios de excusión y división. En tanto que el deudor original o principal pagador tendrá siempre el mismo carácter así el Código Civil dispone; que cuando el acreedor haya concedido una prórroga en el plazo del alquiler del locatario o responsable principal, tratándose de la fianza simple sin consentimiento del fiador por consecuencia se extinguirá la fianza.

En caso de que exista un adeudo en las rentas del inmueble arrendado y el titular de esa obligación no cumpliera será entonces cuando entra en vigor la del fiador aún cuando el término del contrato por el cual se obligo haya llegado a su término, sin que pueda éste quedar liberado de su obligación sólo en los casos en que haya disposición expresa en contra.

Debiendo considerar que el acreedor para poder accionar contra el fiador deberá intimar de pago y por el juicio correspondiente, a efecto de acreditar la imposibilidad o insolvencia del deudor de cumplir con la contraprestación a la que se obligo, surgiendo entonces la posibilidad de accionar de forma directa con el obligado accesorio.

Por lo que en base a diversos criterios de jurisprudencia siempre será necesario que el acreedor intime primero al deudor principal y con la constancia fehaciente de la no-satisfacción del crédito se inicie la acción en contra del fiador, aún cuando éste sabiendo que se obligaba como pagador directo, en razón de que su origen fue la intención de las partes para garantizar un hecho basado en la responsabilidad del garante y dado el supuesto de incumplimiento e imposibilidad de responder el principal deudor.

Cuando al momento de celebrar la fianza se haya estipulado que el acreedor debía notificar el incumplimiento del deudor principal al fiador y para el caso de no hacerlo, estaría imposibilitado de reclamar la respectiva contraprestación al fiador. Dándose el caso también de que el fiador se obligara hasta el momento en que el deudor haga entrega material del bien arrendado por lo que responderá del adeudo generado aún vencido el plazo por el que se contrato.

#### Fianza de Empresa.

Habiendo establecido el concepto de fianza en general y a efecto de poder determinar sus principales diferencias contemplamos la llamada de empresa, misma que se define como: "un contrato por el cual una institución de fianzas autorizada legalmente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se compromete a título oneroso y mediante la emisión de una póliza a garantizar el cumplimiento de obligaciones de carácter económico, contraídas por una persona física o moral, ante otra física o moral, pública o privada, en caso de que aquella no cumpliera."<sup>24</sup>

Teniendo como características:

Que exista un contrato mercantil.

Que exista una institución de fianzas (fiador).

<sup>24</sup> Molina Bello, Manuel, ob., cit., pag. 24.



Que haya autorización de la SHCP.

Que se expida una póliza en la cual se garantice una obligación determinada.

Que se cobre una prima.

Que exista un acreedor persona física o moral (beneficiario).

Por lo que es necesario considerar lo establecido en el Código Civil para el Distrito Federal que establece: "Quedan sujetas a las disposiciones de éste título las fianzas otorgadas por individuos o compañías accidentalmente a favor de determinadas personas, siempre que no las extiendan en forma de póliza, que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquier otro medio y que no empleen agentes que las ofrezcan"<sup>25</sup>

Derivado de tal disposición podemos concluir que estaremos ante un contrato de fianza mercantil cuando se haya otorgado mediante una póliza, por conducto de agentes, mediando el cobro de una prima ya que faltando estos elementos característicos sería de carácter civil. Así mismo ésta fianza se genera de un acto de comercio que persigue de forma directa una especulación comercial ya que por el servicio prestado cobrara una prima o comisión.

Aún cuando se trata del mismo tipo de obligación es decir una accesoria, traerá como consecuencia dos situaciones diferentes dependiendo estas de la persona que la expida o sobre quien recaiga la obligación accesoria, entendiéndose que en la fianza civil generalmente estará a cargo de un obligado físico, mientras que en la mercantil ante una moral que deberá estar constituida con las formalidades requeridas y su objeto social específicamente determinado, para prestar un servicio a cambio de un costo constituyendo así su principal objetivo que son la

<sup>25</sup> Código Civil, ob., cit., Art. 2811.

especulación y el lucro, por lo que para considerarse mercantil basta que tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un acto de comercio aún cuando el fiador no sea comerciante, tal carácter se lo dará el que tenga la obligación principal.

La fianza civil podrá ser simple o solidaria, mientras que la comercial será siempre solidaria, esto es no ostenta los beneficios de orden y excusión y la competencia del procedimiento será civil o mercantil según el caso, estando en ambos casos ante una garantía que asegura el cumplimiento de dar un pago o contraprestación por el servicio prestado derivado del arrendamiento.

En cuanto a su normatividad cada una tiene la suya específica la fianza civil la encontramos en el Código Civil, mientras que la mercantil esta regulada por el Código de Comercio y en su ley reglamentaria que es la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en cuanto a su ámbito sustantivo y en cuanto al adjetivo tenemos su sustento legal en el Código de Procedimientos Civiles y en el mismo Código de Comercio respectivamente aún cuando el de procedimientos citado será también aplicable de forma supletoria a este último.

Haciendo constar otra importante diferencia en cuanto a los beneficios que cada una de ellas puede otorgar refiriéndonos de forma especial a los de orden y de excusión, por lo cual respecto de éstos se hace hincapié en razón de encontrar en ellos parte de la justificación y motivación del trabajo que se expone.

Estos beneficios tendrán disposiciones expresas, generales y especiales, en cuanto son inherentes a la figura jurídica de fiador que quedan a disposición del mismo en su carácter de sujeto pasivo de la obligación de un tercero, concediéndole la ley la facultad de hacerlos valer o bien renunciar en su perjuicio.

Mientras que en materia mercantil y en contraposición de lo anterior que como ha quedado señalado, derivado de que lo garantiza una institución mercantil constituida para tal efecto no podrán gozar de tales beneficios por así determinarlo su ley reglamentaria al señalar: "Las instituciones de fianzas no gozaran de los beneficios de orden y excusión y sus fianzas no se extinguirán aún cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal. Tampoco se extinguirá la fianza cuando el acreedor sin causa justificada deje de promover en el juicio entablado contra el deudor."<sup>26</sup>

La ley reglamentaria de la fianza mercantil ordena que sólo asumirán obligaciones como fiadoras mediante el otorgamiento de pólizas numeradas, además que el fiado y la afianzadora como obligada accesoria formalizan su obligación mediante la suscripción del contrato respectivo, mismo que por su propia naturaleza surtirá sus efectos contra cualquier tercero.

#### Diferencias entre el Contrato de Fianza y el de Seguro.

De la finalidad que tienen ambos contratos resulta normal que sean confundidos, por lo cual se deben tener en cuenta las características principales de cada uno, en razón de que persiguen la garantía de un bien, acto o hecho, solo que en el de seguro estaremos ante un contrato principal que no depende de otro para que surta sus efectos legales, mientras que en el de la fianza estaremos ante un accesorio, es decir que deriva de un originario siguiendo la suerte de éste y que al darse el incumplimiento del primero entrará en vigor, así como para el caso de que se extinga el principal como consecuencia natural se extinguirá el accesorio.

<sup>26</sup> Ley Federal de Instituciones de Fianzas, ob. cit., Art. 118.



En el de seguro la prestación del servicio dependerá de hechos que pueden o no darse como los riesgos, derivados de casos fortuitos o de fuerza mayor y que hasta entonces garantizaran y cubrirán al asegurado o beneficiado mediante la indemnización correspondiente.

Mientras que en el de fianza se garantiza un acto jurídico generalmente de dar, hacer o cumplir una obligación, por lo que en el de seguro se presentan dos consecuencias: el elemento esencial será el riesgo o eventualidad cuya realización genera para la aseguradora la obligación de pagar la indemnización que no depende de la voluntad del hombre.<sup>27</sup> En tanto que la fianza como accesoria a favor de un tercero asegura la suerte de la relación contractual que la origina y su exigibilidad dependiendo directamente entonces de la conducta y voluntad del fiado, esto es el incumplimiento en que haya incurrido.

En cuanto a su operación para determinar el monto que garantizan en el de seguro se determina el porcentaje que debe cubrir en la póliza que se paga que corresponde al monto afianzado, siendo una carga de carácter económico para que entre en funcionamiento la prestación del servicio y en la fianza será susceptible que opere la contra-garantía que regularmente debe ser mayor a la fianza.

En cuanto a los elementos personales que intervienen, en la fianza encontramos tres esto es el fiador, el fiado y el acreedor o beneficiario, se perfeccionará en el momento en el que el acreedor acepta la garantía aún cuando no es esencial, mientras que en el de seguro encontramos sólo dos; siendo el asegurado y la aseguradora como institución.

<sup>27</sup> Molina Bello, Manuel, ob., cit., pag. 26.

En cuanto a su validez y vigencia, en el seguro el beneficiado o asegurado podrá dar por terminada la relación contractual siempre que esté vigente y no se adeuden las primas correspondientes, mientras que en la fianza no puede quedar al arbitrio de una de la partes, en todo caso el obligado accesorio lo deberá hacer saber al acreedor y a su fiado por las vías legales adecuadas y mediante las disposiciones aplicables tanto de la ley sustantiva y adjetiva a efecto de que pueda quedar liberado de forma legal de su obligación.

### 2.3 Concepto Tradicional del Contrato de Arrendamiento.

Según el profesor Ruiz Rueda habrá contrato de arrendamiento cuando una parte llamado arrendador, se obliga a transferir el uso o goce de una cosa a otra parte llamado arrendatario, quien a su vez se obliga a pagar por ese uso o goce un precio cierto y determinado.<sup>28</sup>

Mientras que nuestro código sustantivo nos da la siguiente definición; "Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto."<sup>29</sup>

Por lo que de lo anterior se pueden determinar las siguientes características:

Traslato de Uso en razón de que el mismo esta basado en conceder un goce o uso temporal.

Principal ya que aún cuando requiere de diversos elementos para su validez, no depende para su existencia de ningún otro.

<sup>28</sup> Ruiz Rueda, Luis, "Contratos Translativos de Uso o Disfrute", Editorial Porrúa, México, pag.147.

<sup>29</sup> Código Civil, ob. cit., art. 2398.

Bilateral por estar basado en derechos y obligaciones recíprocos, por un lado otorgar el uso y goce y por otro pagar un precio cierto y determinado.

Oneroso por presentan provechos y gravámenes para ambas partes desde el momento de obligarse una a conceder el uso o goce y otro a pagar un precio, siendo siempre oneroso.

Formal por ser requisito esencial que conste por escrito en caso contrario el arrendador tendrá la carga de la prueba, así el Código Civil reformado lo determina al ordenar: "El contrato de arrendamiento debe otorgarse por escrito. La falta de esta formalidad se imputará al arrendador."<sup>30</sup>

Para ciertos casos será requisito formal de validez la inscripción en el registro público de la propiedad, esto es cuando se realice por un periodo mayor de seis años y aquellos en que haya anticipos de rentas por más de tres años.

De tracto sucesivo por que llega a prolongar sus efectos a través del tiempo debiendo estar a la vigencia por la que se obligaron.

Comutativo siendo posible determinar y cuantificar las prestaciones, es decir en cuanto a las rentas que se obliga el arrendatario a cubrir.

---

<sup>30</sup> Código Civil, ob. cit., art. 2406.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## 2.4 Clasificación del Arrendamiento.

El arrendamiento podrá ser de distinta naturaleza determinando ésta el carácter que tenga cada una de las partes contratantes por lo que podrá ser meramente civil, mercantil o bien administrativo.

Arrendamiento mercantil lo determinará la finalidad con que se contrate así como el carácter con el que intervengan las partes, es decir cuando una de éstas tenga como principal actividad el comercio o bien cuando se contrate con el objeto de lograr una especulación, estando regido por las disposiciones del código de comercio de aplicación federal.

Arrendamiento administrativo el relacionado con bienes del Estado o bien de los municipios.

Objeto del Arrendamiento estará determinado tanto por la cosa sobre la que recae el uso o goce concedido como por el precio cierto que se haya de pagar, en cuanto a la cosa y partiendo de lo ordenado por nuestro Código adjetivo, serán susceptibles de arrendar todas con excepción de aquellas que se puedan consumir así como los que por determinación de la ley se prohíba y los derechos de carácter personal pudiendo señalar dentro de estos supuestos los siguientes; la prohibición que tienen a su cargo los tutores para celebrar contratos que versen sobre bienes de sus pupilos, la de los funcionarios públicos para tomar en arrendamiento por sí o por interpósita persona bienes que deban arrendarse en los negocios en que intervengan, la de empleados públicos sobre los bienes que con ese carácter administren.

Por lo que cualquier bien podrá darse en arrendamiento siempre que exista en la naturaleza, que sea determinado o determinable en cuanto a su especie y que esté dentro del comercio.

El precio cierto como regla necesaria la del pago cierto y determinado en contraprestación del uso o goce, así encontramos expresamente en el código civil, al señalar: "La renta o precio del arrendamiento puede consistir en una suma de dinero o en cualquier otra cosa equivalente, con tal que sea cierta y determinada, con lo que puede considerarse que el precio puede ser pagado con otras cosas, siempre que sean ciertas y determinadas.

La capacidad para contratar y tomando en cuenta que el contrato de arrendamiento pertenece a los derechos reales pero que en estricto derecho estamos ante una facultad de índole personal por que el que contrata lo puede hacer en su carácter de propietario sin requerir serlo para que sea válido, siendo viable que cualquier persona que tenga el uso o goce del bien estaría facultada para celebrarlo refiriéndonos a la arrendadora.

En cuanto a la arrendataria teniendo ya el uso y goce del bien arrendado tendrá diversas restricciones como en el caso de que se encuentre impedida para celebrar subarrendamiento conforme a lo siguiente: "El arrendatario no puede subarrendar la cosa arrendada en todo, ni en parte, ni ceder sus derechos sin consentimiento del arrendador, si lo hiciere responderá solidariamente con el subarrendatario de los daños y perjuicios."<sup>31</sup>

En caso de que incumpliera este precepto, el arrendador estaría facultado para rescindir el contrato así mismo respecto de la capacidad para contratar la tendrán los representantes legales o

<sup>31</sup> Código Civil, ob. cit., Art. 2480.

apoderados de personas morales así como los mandatarios debiendo estar conforme a las facultades que les hayan otorgado.

Otro supuesto será en los casos en que aún no se tenga el uso y goce del bien objeto de arrendamiento al tener ciertas prohibiciones, como el caso en que los tutores pretendan arrendar para sí o para familiares bienes del incapacitado, cuestión que provocaría la nulidad del contrato y en su caso la revocación del cargo o los casos de los empleados públicos en razón de estar impedidos para recibir en arrendamiento por sí o por interpósita persona los bienes que deban arrendarse en los negocios en que intervengan.

## 2.5 Del Juicio de la Controversia de Arrendamiento Inmobiliario.

Los juzgados de arrendamiento tendrán competencia para conocer de las controversias derivadas de arrendamiento de inmuebles para uso comercial, casa habitación, industria o cualquier otro uso, giro o destino que no vaya contra la ley, encontrando regulada tal competencia en su ley reglamentaria.<sup>32</sup>

Ya que por la misma naturaleza de los asuntos que conocen estos juzgados difieren con los juzgados civiles, por lo que se puede considerar como un juicio especial regulado específicamente por el título 16 bis del Código Procesal Civil teniendo sus propias y especiales características.

<sup>32</sup> "Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal", Editorial Porrúa, Art. 53.

Encontrando importantes diferencias en cuanto al procedimiento de los juicios civiles en general entre las que podemos señalar; dentro de las excepciones oponibles en cualquier juicio siendo unas de fondo y otras procesales refiriéndonos específicamente a la litispendencia, la conexidad y cosa juzgada. Ya que para su procedencia se requiere que en el momento de hacerlas valer se debe acreditar con las copias certificadas correspondientes de la sentencia o bien del auto que la declara ejecutoriada en caso de la cosa juzgada y copia del escrito de demanda, contestación o cédulas de emplazamiento de diverso juicio promovido para la litispendencia y conexidad.

Otra diferencia del juicio especial de arrendamiento es en cuanto al apercibimiento de ley para el caso de no contestar la demanda se tendrá por contestada en sentido afirmativo, ya que en otros como los juicios familiares cuando se traten cuestiones respecto del estado civil de las personas se deben tener por contestadas en sentido negativo.

Para el recurso de apelación en la controversia de arrendamiento en caso de ser admitida y procedente sólo será en efecto devolutivo a diferencia de otros que es admitida en ambos efectos, por lo que la resolución apelada no suspende sus efectos.

Se suprime la audiencia previa y de conciliación quedando para tal efecto una audiencia única en la que se desahogarán pruebas, alegatos y turnan los autos a sentencia, con lo que se simplifica el procedimiento especial de la controversia de arrendamiento inmobiliario. Debiendo precisar expresamente las medidas probatorias que se limitan sólo al hecho del pago y acreditar tal extremo con todos los medios de prueba permitidos por la ley, sin embargo mientras se resuelve en cuanto al fondo del asunto el presunto demandado puede ya verse afectado en su patrimonio e

incluso el obligado accesorio en cuanto que el acreedor podrá ejercitar el embargo sobre bienes de estos.

A través del embargo precautorio como medida cautelar especialmente indicada y ejercitada en reclamación de pago de las rentas adeudadas a satisfacer, es menester señalar que en caso de condenar mediante la resolución que se llegue a dictar deberán reclamarse en la interposición de la demanda y las que se generen hasta el lanzamiento y recuperación de la posesión del inmueble materia del juicio, siendo que también conforme a derecho se pueden reclamar los daños y perjuicios ocasionados por el demandado al actor por la indebida ocupación del inmueble.

De gran relevancia en el presente trabajo de tesis por encontrar su motivación y justificación es respecto del denominado embargo precautorio, ordenado y regulado específicamente para el procedimiento en estudio por el artículo 962 del Código Procesal Civil para el Distrito Federal, consistente en el requerimiento de pago a la parte demandada.

Cuestión que genera algunos desacuerdos ya que por la misma naturaleza del procedimiento que tiene su regulación propia en este supuesto de fondo, ya trae aparejada una orden ejecutiva aún provisional que hasta entonces sólo era aplicable al juicio ejecutivo, debiendo acreditar tal necesidad del auto de ejecucendo con los documentos requeridos por la ley y en cambio en la controversia del arrendamiento inmobiliario será suficiente con la simple solicitud de la parte actora. Teniendo así mismo el carácter de precautoria dirigida normalmente a la recuperación de la posesión de un inmueble, disolver el contrato arrendaticio y en su caso la recuperación de lo adeudado, por lo que el objeto del mismo será una resolución que puede ser meramente declarativa o ejecutiva.

Por lo que el demandado en la diligencia de notificación y emplazamiento deberá acreditar con los recibos correspondientes estar al corriente en los pagos de la renta o en su caso con los escritos de consignación, ya que en caso contrario el actuario en ese momento a petición de la actora tendrá la facultad de ejecutarlo en sus bienes mediante el embargo precautorio, sin necesidad de haber acreditado otras cuestiones como de personalidad, facultades y/o propiedad que en otros juicios serían esenciales, aún cuando estas cuestiones las deberá hacer valer el demandado.

### 2.5.1 Etapas Procesales en el Juicio de la Controversia de Arrendamiento.

Demanda; consistente en la promoción o solicitud en que el actor pide el conocimiento del juzgador que debe aplicar la norma sustantiva al caso planteado y que sólo a él le concierne al respecto el profesor Becerra Bautista, la define como: "el escrito inicial con que el actor, basado en un interés legítimo, pide la intervención de los órganos jurisdiccionales para la actuación de una norma sustantiva a un caso concreto."<sup>33</sup>

Cuestión que puede plantearse en cualquiera de las instancias frente al órgano jurisdiccional competente es decir contencioso, administrativo, ejecutivo o medidas preparatorias a juicio, por lo que para determinar el contexto que comprende el juicio especial de la controversia de arrendamiento inmobiliario, se contempla el elemento formal que deviene sólo del derecho adjetivo vigente independientemente del derecho que cualquier sujeto ostenta para acudir ante el órgano competente para a hacer valer sus garantías respecto de su interés que la ley protege.

<sup>33</sup> Becerra Bautista, José, "El Proceso Civil en México", Editorial Porrúa, México 1998, pag. 30.

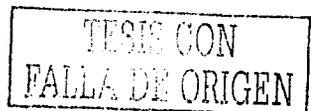
Debiendo tener como requisitos esenciales o formales los señalados por el artículo 255 del Código Procesal Civil para el Distrito Federal, que ordena: "I.-El tribunal ante quien se promueve; debiendo tomar en cuenta los elementos de competencia; como el grado, la cuantía, jurisdicción y materia. II.-Nombre y apellidos del actor y el domicilio que señale para oír notificaciones, III.-Nombre y domicilio del demandado, IV.-Objeto u objetos que se reclamen con sus accesorios, V.-Los hechos en que el actor funde su petición, VI.- Los fundamentos de derecho y clase de acción, VII.-El valor de lo demandado, VIII.- La firma del actor o de su representante legítimo."

Emplazamiento; admitida la demanda a trámite por el juzgador competente se ordenará hacer saber al demandado la instaurada en su contra, por lo que teniendo el domicilio en donde se encuentra el notificador deberá cerciorarse que es el señalado por el actor. Encontrando al buscado se emplazara de forma personal sino se encuentra dejará citatorio y para el caso de no acudir al mismo se entenderá con cualquier persona debiendo dejar el notificador además de la cédula correspondiente, juego de copias de la demanda y de documentos en que aquella se funde y que fueron exhibidos por el actor.

En caso de que se desconozca el domicilio del demandado y en ciertos casos hasta el nombre, cabe la posibilidad de que se le notifique por edictos, es decir por publicaciones en el boletín judicial y en el periódico que determine el juez.<sup>34</sup>

Efectos de la Demanda; demandar es un acto que debe reunir las formalidades inherentes al acto solemne que es y en cuyo caso puede determinar su invalidez o nulidad, violando garantías constitucionales especialmente la de audiencia, en todo proceso y ante cualquier órgano

<sup>34</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, *ob. cit.*, Art. 122



jurisdiccional, realizado conforme a derecho y reunidas las formalidades, producirá los efectos procesales y materiales encontrando dentro de los primeros:

I.- Obligar al demandado a comparecer ante el juzgador del conocimiento. II.- Vincula al juez emplazante con el juicio. III.- Previene el juicio a su favor y evita los posibles efectos de una litispendencia.

Dentro de los materiales; I.- La interpelación judicial esto es el acto de requerir al demandado el cumplimiento de su obligación y en caso de no hacerlo ya con un mandato judicial se acreditará la mora en que ha incurrido. II.- Se determinaría el interés legal en los casos de obligaciones pecuniarias. III.- El término para comparecer ante el juez es decir habiendo corrido y concluido el plazo que se concede al demandado para hacerse actuar en el juicio planteado en su contra, de no hacerlo el actor deberá manifestarlo ante el juzgador a fin de que pueda declararse rebelde al demandado.

Consecuencias de la declaración de rebeldía, realizado el emplazamiento conforme a las formalidades preestablecidas y no compareciendo el demandado dentro del término otorgado a fin de manifestar su defensa habrá consecuencias en su contra como las siguientes:

a) El juzgador podrá ordenar que se siga notificando al demandado sólo por publicaciones en el boletín judicial, sin necesidad de hacerlas en el domicilio que se señalo y que se cercioro era el del buscado y demandado, haciéndole efectivo el apercibimiento que todas la subsecuentes aún las de carácter personal le surtan por ésta vía y serán todas hasta el auto de ejecución que de acuerdo a su esencia debe ser personalísima

b) El segundo apercibimiento que podrá hacerse efectivo al demandado es el de declararlo confeso, teniendo la demanda contestada en sentido afirmativo a excepción de los juicios que traten sobre las relaciones familiares y el estado civil de las personas.

c) El juicio se abre a prueba debiendo el actor aportar las de su parte si no es que ya lo hizo, como en el caso del procedimiento de la controversia de arrendamiento mandando el juzgador la preparación de las mismas para su desahogo y el demandado perderá el derecho de ofrecer las pruebas que le conciernen.

#### **2.5.2 Medios de Prueba en el Juicio Especial de la Controversia de Arrendamiento.**

La Confesional; medio de prueba consistente en el reconocimiento ante la presencia judicial de hechos propios que producen efectos jurídicos sobre quien los hace, siendo un acto de voluntad que debe tener por contenido la aceptación o negación de hechos, en que se funde el derecho o bien pueda modificarse o extinguirse.

Pudiendo ser hechos que el absolvente haya realizado o bien aquellas personas que represente siendo físicas o morales, este reconocimiento ante la autoridad que de forma invariable tendrán pleno valor probatorio o bien que hace prueba plena, constituyendo una certeza en el juzgador sobre los hechos controvertidos teniendo como requisitos para su validez la capacidad, la libertad y la formalidad.

Debiendo considerar los escritos de cada una de las partes esto es una confesión espontánea, a diferencia de la que se desahoga mediante el interrogatorio que formule la parte contraria estando en este caso ante la confesión expresa o una confesión provocada, por lo cual se debe

entender por absolvente la persona que tenga interés en el juicio, ya sea que le beneficie o le perjudique el desahogo de la confesión actuando a nombre propio o como representante de otra en relación a la sentencia que resuelva el juicio. En este supuesto deberá estar acreditada la personalidad o facultad del absolvente para hacerse actuar en representación de otro tanto en los juicios civiles como en los ejecutivos, siendo estos en los que normalmente se hace a través del endosatario en procuración o cesionario así mismo como en diversas relaciones de parentesco como la patria potestad, tutores, albaceas o síndicos en los que la prueba confesional tendrá la validez requerida y podrán obligar estrictamente y conforme a derecho a su representado.

La Testimonial; a cargo de personas que se hacen actuar en el proceso y que sin interés alguno sobre el mismo deberán rendir declaración sobre hechos relacionados con el conflicto planteado por lo que necesariamente deberán ser hechos que de forma fehaciente les constan, no teniendo beneficio o perjuicio con la resolución que llegare a dictarse. Por lo que estarán imposibilitados de ser testigos las partes, los terceristas y los representantes legales en razón de que actúan a nombre de otro así como los abogados patronos.

Declaración que debe ser dentro del proceso sobre hechos conocidos relacionados con la controversia, versar sobre hechos y no sobre situaciones jurídicas porque el objeto y materia de esta prueba son los hechos controvertidos, debiéndola ofrecer señalando nombre y domicilio de los que rendirán la declaración a fin de que sean citados a rendirla, aún cuando en la práctica y por economía procesal se estila que la parte que los ofrece se obliga a presentarlos, debiendo considerarse la disposición que ordena que estarán obligados a declarar todos aquellos que tengan conocimiento de los hechos en conflicto.

Por lo anterior se puede concluir que derivado de que cada una de las partes ofrecen las pruebas que creen pertinentes y una vez admitidas se obligan a prepararlas para su desahogo, para el presente caso habiendo sido ofrecidos o citados y no se presentaran a comparecer sin justa causa el juzgador podrá determinar medidas de apremio a los mismos por lo que resalta la principal diferencia con la confesional que en ésta se podría declarar confeso al no-compareciente, tenerlo por contestado en sentido afirmativo y reconocidos los hechos, pero no podrá obligarse a los testigos a rendir su declaración.

La Pericial; consistente generalmente en un dictamen de personas con conocimientos especiales sobre alguna materia, actividad, ciencia, técnica u oficio, que tendrán relevancia y relación directa con los hechos controvertidos siendo estas personas auxiliares tanto del juez como de las partes al ser un medio de prueba.

Así nuestro Código Adjetivo determina "la prueba pericial solo será admisible cuando se requieran conocimientos especiales de la ciencia, arte, técnica, oficio o industria de que se trate, mas no en lo relativo a conocimientos generales que la ley presupone como necesarios en los jueces, por lo que se desecharán de oficio aquellas periciales que se ofrezcan por las partes para este tipo de conocimientos o que se encuentren acreditadas en autos con otras pruebas o tan solo se refieran a simples operaciones aritméticas o similares."<sup>35</sup>

Necesidad que se justifica con la asistencia que requiere el juez de diversos conocimientos en razón de que éste aún cuando derivado de la investidura que ostenta, solo podrá llegar a tener un panorama amplio y basto especializados en la ciencia del derecho, sin embargo en diversas situaciones requerirá de otros profesionales para llegar al conocimiento que requieren de una

<sup>35</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ob. cit., Art. 346.

ciencia determinada y lograr el esclarecimiento de hechos concretos en conflicto, siendo estos conocimientos especiales de los peritos, que actuarán auxiliando al juzgador para llegar a una convicción de los hechos a través de diversos razonamiento y conclusiones científicas o técnicas que permitan deducir el conocimiento de la verdad.

De lo anterior se desprenden diversos supuestos y a efecto de lograr entender el verdadero sentido de la prueba pericial es ideal ejemplificar el caso del interprete traductor cuando el que haya de absolver o declarar no entienda o conozca el idioma del lugar en donde se tramita el juicio, siendo entonces imperioso la intervención del traductor a fin de detallar específicamente las declaraciones de alguna de las partes e incluso de terceros interesados en el entendido que el perito auxiliará a la parte que lo ofrece, debiendo hacer constar las irregularidades que con frecuencia hoy en día se presentan derivado de que cada una de las partes ofrecen a su perito y éste puede rendir dictamen favoreciendo a su oferente, cuando en realidad el auxilio que se presta es al juzgador para comprender hechos que a primera instancia no previo o bien entenderlos por completo.

Otro supuesto será en los casos en que las partes se encuentran en conflicto derivado de los daños causados sobre las propiedades de alguna de éstas, siendo necesario entonces los conocimientos de peritos expertos en técnicas de ingeniería y construcción con la finalidad de poder obtener una deducción correcta.

En cuanto a su ofrecimiento se presentan diversos supuestos uno de ellos es que debe hacerse a cargo de la parte interesada con la finalidad de acreditar ante el juez el hecho en que funde su pretensión, por lo que deberá ofrecerlo dentro del término que se le conceda y con las

formalidades requeridas, tratándose entonces de juicios ordinarios civiles y para los casos del juicio especial materia de estudio tendrá que ser en el escrito inicial de demanda o en su caso en el escrito de contestación a la misma y no después.

Por lo que se debe hacer constar el nombre del profesional que se ofrece, el domicilio del mismo y la ciencia, arte o profesión en que se encuentra debidamente autorizado para ejercer y por lo tanto para rendir dictámenes, siendo esencial al mismo tiempo expresar los motivos por los cuales se ofrece así como los puntos sobre los que deberá versar y demás cuestiones que deban ser deducidos por el profesionista.

En caso de que la prueba esté o se encuentre debidamente ofrecida el juez mandará dictar auto en que se admita la misma, concediendo a los peritos un término de tres días a efecto de que estos se hagan actuar ante la presencia del juzgador con la finalidad de aceptar el cargo conferido, así como de protestar su fiel y legal desempeño, acreditando con documento fehaciente que cuenta con la debida documentación para ejercer el cargo conferido y más aún que conocen los puntos controvertidos, así como tener la capacidad para rendir el dictamen que deberán hacerlo dentro del término que le sea concedido, esto es diez días a partir de que haya aceptado el cargo aún cuando en la práctica es común que dicho término sea prorrogado en razón de la misma solicitud del profesional que debe rendir el dictamen, que por razones predecibles los dictámenes que lleguen a dictarse sean contrarios en razón de que cada uno favorecerá a los intereses de quien lo ofreció, cuestión que tendrá solución con el que rinda el perito llamado a juicio con el carácter de tercero en discordia.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, *ob. cit.*, Art. 349.

En cuanto a la preparación deberá correr a cargo de cada una de las partes por lo que la falta de la misma dará lugar a su desechamiento y por causas imputables a la que la ofreció, así como en el caso de que no se llegase a aceptar y protestar el cargo, dando lugar a que se señale al perito que rinda el dictamen en rebeldía del que incumplió y hasta en diversos supuestos dará lugar a que se haga efectivo el apercibimiento decretado consistente en estarse con el dictamen rendido por la contraparte, por lo que la prueba pericial se rinde en la audiencia correspondiente reconociendo y reproduciendo en todos sus términos los dictámenes rendidos.

La Inspección Judicial; consistente en el examen sensorial directo realizado por el juzgador sobre personas o bienes de los que se desprenden los hechos controvertidos, así el código procesal civil la regula y lo denomina como del reconocimiento o inspección judicial, ordenando entre otras cosas: El reconocimiento se practicara el día, hora y lugar que se haya señalado, las partes sus representantes o abogados pueden concurrir a la inspección y hacer las observaciones que crean pertinentes también podrán acudir a ella los testigos de identidad, por lo que se han aceptado como figuras sinónimas a la inspección y el reconocimiento.

Esta prueba tendrá como principal característica encontrando así mismo su esencia en que es la única que el juzgador de forma sensorial y directa percibe los hechos a través de las personas o bienes en conflicto, dando lugar a que el juzgador forme un amplio y correcto panorama para llegar a la verdad jurídica siendo ésta el objetivo de cualquier procedimiento judicial, derivado de que en un inicio solo tendrá manifestaciones unilaterales de cada una de las partes y una vez auxiliado de esta probanza logrará una certidumbre absoluta sobre el hechos controvertidos.

Así la prueba de inspección podrá recaer sobre objetos materiales, bienes muebles o inmuebles o bien sobre documentos ofrecidos por las partes que ya obran en el juicio en que se actúa e incluso cuando las partes estén imposibilitadas de exhibirlas por encontrarse en otros lugares como archivos, notarías u otras dependencias a las que el juzgado en caso de ser necesario podrá acudir para su examen, así mismo podrá versar sobre personas a fin de determinar sus particularidades físicas o mentales.

Debiendo el juzgador señalar fecha para tal efecto llevando a cabo la diligencia solicitada, en caso necesario se podrá auxiliar de otras herramientas producto de la ciencia como fotografías, videos o planos que sean susceptibles de tomarse en ese momento, manifestando en el acta correspondiente sus conclusiones para ser valoradas en el momento en que se resuelva el juicio.

La Instrumental; encontrando su origen en el derecho romano en el que se consideraban como instrumental todas las inherentes a efecto de instruir una causa, así mismo comprendía cualquier escritura que tuviera valor por si misma por lo que en estos instrumentos escritos es donde se encuentra su antecedente mismo que como hoy es considerado como los idóneos para acreditar los hechos y hacían prueba plena, por lo que es correcto clasificarlas dentro de las pruebas reales ya que derivan o constan de forma fehaciente en un documento ya sea público o privado.

Debiendo señalar dentro de esta clasificación a los documentos auténticos que hacían prueba por si mismos sin depender de otro hecho o acto para su plena validez, en segundo término encontramos a los instrumentos públicos que eran hechos a mano por el escribano y unos terceros llamados privados que eran aquellos no considerados ni auténticos ni públicos. Así en la

actualidad se consideran como documento de prueba, dependiendo su valor en la forma en que constaban siendo entonces instrumentales las constancias que integran el juicio en que se actúa.

Respecto de los dos primeros como hoy en día se les consideran a los auténticos y públicos como uno mismo en virtud de que ambos tendrán fuerza probatoria por sí mismos no requiriendo de ningún otro requisito o circunstancia, encontrando hoy regulado en la ley adjetiva a que documentos se les dará tal carácter.<sup>37</sup>

Por lo anterior podemos concluir dando la concepción de los mismos de la siguiente forma; serán aquellos que consignen de forma auténtica hechos o actos jurídicos y que serán expedidos o realizados por autoridades o aquellos personajes dotados de fe pública en el ejercicio de sus funciones, con la única exigencia que deberán constar por escrito difiriendo de otros instrumentos como planos, fotografías, etc.

Por lo que tales documentos auténticos implican una valía y eficacia indubitable, otro medio de validez serán las firmas o rubricas de quienes los suscriben, sellos o bien como en diversas disposiciones legales encontramos la autorización de insertar la huella digital del que actúa o en su caso hasta la rubrica de un tercero que lo haga a ruego del interesado bajo especiales circunstancias. Por lo que los documentos consignaran hechos o actos expresados por la manifestación de la voluntad, tendientes a provocar la creación, extinción o modificación de situaciones con consecuencias jurídicas por lo que es preciso detallar los tipos de documentos a través de su clasificación y regulación legal.

<sup>37</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ob. cit., Art. 327.

Reconocimiento de Documentos; en razón de estar ante la situación de hechos o actos de particulares que como quedo señalado no cuentan con plena validez ante terceros, en razón de ser susceptible su impugnación en cuanto a su autenticidad, se desprende que los documentos privados no hacen prueba plena por si mismos por lo cual tampoco gozaran de una autenticidad siendo necesario entonces que aquel que le pretenda dar ese carácter lo debe comprobar pudiendo el reconocimiento de documentos ser preventivo o judicial.

El reconocimiento preventivo será aquel cuando se tiene un documento privado que contiene una deuda líquida y plazo cumplido para en cierto momento poder promover el juicio ejecutivo correspondiente, por consiguiente traerá un mandamiento de ejecución en forma requiriendo previamente al deudor para que reconozca su firma en el mismo acto con la finalidad de obtener la certeza del documento privado.

Reconocimiento judicial el realizado en juicio proveniente de aquel que presenta el documento y exige de la contraria el reconocimiento expreso en razón de que sólo aquel puede aceptar su firma o que mando firmarlo con las debidas facultades. Siendo necesario para este tipo de reconocimiento cumplir con los mismos requisitos de formalidad necesarios para la prueba confesional, en este caso versando sobre los documentos objeto de reconocimiento mostrándolos en original en su texto y rubricas a quien haya de reconocerlos.

La Presuncional; entendiendo por esta el estudio realizado por el juzgador acerca de una cosa para llegar a la verdad siendo una consecuencia jurídica, partiendo de un hecho conocido para llegar a conocer otro desconocido o incierto y darle el valor de prueba, por lo que el juzgador partiendo de algo que ya obra como verdadero y derivado de los demás elementos que le aporten

durante el juicio le permitirá llegar a una conclusión correcta y verdadera. Así mismo encontramos su fundamento en el artículo 379 de nuestro código adjetivo al ordenar: "Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido: la primera se llama legal y la segunda humana."

Siendo necesario considerar sobre si es correcto otorgarle el carácter de prueba ya que se trata de algo no tangible ni material aún cuando es esencial la presunción, en razón de que de ella derivará la valoración de las demás pruebas es decir que se logre establecer el hecho discutido mediante las conclusiones a que llegue el juzgador auxiliándose de otros hechos ya acreditados.

Considerándola como la consecuencia aislada de un hecho que no tenía como finalidad establecer la verdad de otro sino la valoración y probabilidad de llegar a la única verdad legal, siendo aquí donde encontramos la gran valía de esta figura considerada como medio de prueba en razón de consistir en el razonamiento del juzgador con diversos aspectos entre ellos el subjetivo referente a su persona y el objetivo referente a las cosas en que se basará su estudio.

Las presunciones serán legales y humanas, la primera se refiere a que cuando la consecuencia surge directa e inmediatamente de la ley y se subdivide en la llamada *Juris et de Juris* (de pleno derecho) encontrando su fundamento en la misma ley siendo que se trata del derecho firme contando como prerrogativa su plena procedencia y no habrá prueba en contra, ahora regulada como sigue; "No se admite prueba alguna contra la presunción legal, cuando la ley lo prohíbe expresamente y cuando el efecto de la presunción es anular un acto o negar una acción, salvo el caso en que la ley haya reservado el derecho de probar"<sup>38</sup>

<sup>38</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ob. cit., Art. 382.

La llamada Presunción Juris Tantum es en razón de ser susceptible de admitir prueba en contra siempre y cuando de igual forma estén autorizadas por la ley, debiendo acreditar sus aseveraciones aquel que pretenda impugnarla y la segunda cuando de un hecho debidamente probado se deduce otro que es consecuencia directa de aquel.

#### Conclusiva. (Sentencia Definitiva)

Una vez agotadas todas las etapas procesales lo que implica que no hay pruebas por desahogar u otras cuestiones pendientes inherentes a la actividad que legalmente corresponden a cada parte, el juzgador mandará citar a las partes para oír sentencia entendiendo ésta como la resolución que tome el órgano jurisdiccional y con la que concluye en su primera instancia el juicio.

Resolución que tendrá una naturaleza definitiva por lo que una vez que el tribunal la dicta sólo podrá ser modificada por otra autoridad superior y mediante ciertos elementos y requisitos de formalidad señalados por la ley.

Dicha resolución surtirá diversos efectos teniendo como requisitos para su plena procedencia que podrán ser de forma dentro de los que podemos señalar los siguientes: lugar, fecha y juez que pronuncia la resolución, las partes que contienden, su carácter con que actúan y objeto materia del juicio así como las rubricas del juez y secretarios que la dicten, señalar los preceptos y principios jurídicos en que se basaron para resolver siendo claras y precisas con las pretensiones reclamadas y deducidas durante el pleito abarcando todos los puntos en conflicto.

Por lo que derivado de estos elementos se determinará la validez de una sentencia debiendo contener también la narración de hechos y motivos consistente en la exposición de los hechos controvertidos y las pruebas en que se funden y de una motivación derivada del análisis y

estudio de los hechos controvertidos de las pruebas aportadas y del fundamento legal aplicable se logrará llegar a la solución del conflicto siendo ésta la motivación para resolver de esa forma.

Como requisitos de fondo la sentencia deberá abarcar todos los puntos materia del conflicto siendo clara precisa y congruente, pero solo podrá abarcar las cuestiones planteadas y reclamadas por las partes y la aplicación de la norma concreta al caso específico, siendo de gran valía e importancia la interpretación que el juez le dé a los elementos con que cuenta como medios de prueba rendidos por las partes, los criterios, disposiciones legales y deducciones personales a fin de llegar a la deducción de los hechos.

Por lo que el juez se verá obligado durante todo el proceso no sólo a conocer estos sino a conseguir su fijación formal a través de las pruebas aportadas por las partes que será el fundamento para basar la verdad de los hechos.

Estas resoluciones podrán ser definitivas o interlocutorias que hasta tener el carácter de cosa juzgada o que han causado ejecutoria se tendrán ya como única verdad jurídica y absoluta, así mismo en nuestro Código Adjetivo se encuentran regulados los supuestos en que las sentencias se tendrán como tal.<sup>39</sup>

Hay cosa juzgada cuando la sentencia Causo Ejecutoria.

Causan ejecutoria por Ministerio de Ley:

<sup>39</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ob. cit., Art. 426.

- I. Las sentencias pronunciadas en juicios que versen sobre la propiedad y demás derechos reales que tengan un valor hasta de sesenta mil pesos...
- II. Las sentencias de segunda instancia;
- III. Las que resuelvan una queja;
- IV. Las que dirimen o resuelven una competencia; y
- V. Las demás que se declaran irrevocables por prevención expresa de la ley, así como aquellas de las que se dispone que no haya más recurso que el de responsabilidad.
- VI. Las sentencias que no puedan ser recurridas por ningún medio ordinario o extraordinario de defensa.

De igual forma señala los supuestos en que será necesaria una declaración judicial expresa para que se tenga la resolución como cosa juzgada o verdad legal, por lo que el juez declarará de oficio que causan ejecutoria.

Causan ejecutoria por declaración judicial:<sup>40</sup>

- I. Las sentencias consentidas expresamente por las partes o por sus mandatarios con poder o cláusula especial;
- II. Las sentencias de que hecha notificación en forma no se interpone recurso en el término señalado por la ley;
- III. Las sentencias de que se interpuso recurso, pero no se continuó en forma y término legales o se desistió de él la parte o su mandatario con poder o cláusula especial.

<sup>40</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ob. cit., Art. 427.

Por lo que la parte interesada y que generalmente aún más a quien perjudique la resolución o bien aquella que no haya obtenido todo lo que reclamo deberá hacer valer su inconformidad, haciendo valer los medios de impugnación que autoriza la ley a fin de que pueda combatir la resolución manteniendo las cosas en el estado que se encuentran y aún no cause ejecutoria la resolución dictada.

Sentencia Ejecutoria y Cosa Juzgada habiendo quedado establecidos los supuestos en que estaremos ante una resolución que ha causado ejecutoria, entendiendo que será válido y procesalmente posible ejecutar y por tanto producir diversos efectos que le son inherentes respecto de las partes que tengan relación y que les pueda favorecer o perjudicar, por la propia naturaleza de la sentencia y de acuerdo a la clasificación antes señalada traerán aparejada una orden de ejecución quedando a expensas de lo que las partes lleguen a ejercitar una para efecto de ejecutarla y la otra para suspender sus efectos, en caso de que deba estudiarla una autoridad superior a la que la dicto por lo que no toda sentencia firme produce autoridad de cosa juzgada, en cambio la autoridad de cosa juzgada requiere que la sentencia haya causado ejecutoria.

Aún cuando si bien es cierto que la misma ley determinará casos especiales en que aún teniendo sentencias firmes no constituye cosa juzgada, supuesto que encontramos claramente regulado en la siguiente disposición: "Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva. Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y

modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.”<sup>41</sup>

La ejecución de sentencia concerniente al cumplimiento material de lo que ordena la resolución que se ha dictado y en razón de que la misma podrá ejecutarse bien de forma voluntaria o en su caso por vía de apremio, en el entendido que apremiar deviene de compeler a una persona a que haga oportunamente una cosa que ha sido ordenada por una autoridad, por lo que las medidas de apremio serán dictadas una vez que se acredite tal necesidad, siendo al mismo tiempo los medios de los que el juzgador se valdrá para llevar a cabo lo ordenado y hacer efectiva la resolución.

Al respecto en el Código Procesal Civil para esta ciudad se encuentra regulado específicamente en su capítulo V el procedimiento respecto de la vía de apremio y su primera sección de la ejecución de sentencia por lo que señala los supuestos en que serán aplicables al ordenar: “Procede la vía de apremio a instancia de parte, siempre que se trate de la ejecución de una sentencia o de un convenio celebrado en el juicio.”<sup>42</sup>

Por lo que comprende el procedimiento formal necesario para hacer cumplir la sentencia, hasta hacer pago al acreedor de la deuda en caso de que la sentencia lo ordene o bien una conducta de hacer o no hacer, estando en el supuesto de haber aplicado los medios de coacción estableciendo así la vigencia de la norma para llegar a una ejecución de lo ordenado siendo entonces la actualización del derecho objetivo declarado en la sentencia cumpliendo de forma forzosa lo ordenado derivado del procedimiento surgido a razón de hacer valer los derechos y obligaciones entre las partes.

<sup>41</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ob., cit., Art. 94.

<sup>42</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ob., cit., Art. 500.

Siendo entonces cuando de igual forma se materializa la esfera jurídica que a través de la autoridad se aplica sobre el condenado o deudor, satisfaciendo así las pretensiones que originaron el procedimiento que hasta ese momento termina habiéndose acreditado por el único titular legitimado de obtenerlas a su favor.

El juez competente para la ejecución será el mismo que haya conocido del juicio originario a través de sus secretarios actuarios, esto es el que dicte la sentencia y que debió tenerla como sentencia ejecutoriada aún cuando la misma haya sido conocida por otras autoridades en el caso de la apelación, en que una de segunda instancia dará trámite y en su momento regresar las constancias al de origen con la ejecutoria o resolución correspondiente, mismo supuesto será cuando las partes lleguen a celebrar convenios ante una autoridad de superior jerarquía la deberá ejecutar la autoridad de origen.

Por lo anterior es necesario señalar y recordar que para el ejercicio de algún derecho la misma ley determinará en la mayoría de los casos un término legal dentro del cual es totalmente procedente reclamarlo y en cuanto al tema que nos ocupa es menester remarcar que estará condicionado a cierto tiempo para la ejecución y conforme a las disposiciones que la rigen, por lo cual debemos discurrir respecto de lo que ordena el citado Código al señalar: "La acción para pedir la ejecución de una sentencia, transacción o convenio judiciales, dura diez años, contados desde el día en que venció el término judicial para el cumplimiento voluntario de lo juzgado y sentenciado."<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ob., cit., Art. 529.

En el entendido de que la acción que concede tal disposición legal se referirá a la facultad ejecutiva de materializar su derecho, por lo cual para que el obligado cumpla con lo ordenado acatando las disposiciones de ejecución el juzgador concederá para su cumplimiento voluntario el término de cinco días que tendrá el carácter de improrrogable y siempre que no se haya determinado otro distinto.

Término que atendiendo a las características de cada caso podrá cambiar caso ejemplar cuando se trate de hacer alguna cosa de especiales características y en el que el juzgador señalará un término prudente al condenado para realizarla, así como en los casos de que se trate de una sentencia que condena a rendir cuentas el juzgador concederá un término prudente al obligado para que lo haga, debiendo entonces tenerse y estarse a las reglas inherentes de las notificaciones tanto en juicios normales como los de rebeldía, respecto de que el término señalado para la ejecución empiece a correr a partir del momento en que surtan sus efectos.

### 2.5.3 Medidas Cautelares.

Estas providencias tienen su esencia en ser de carácter provisional el ejercicio de la fuerza jurisdiccional a fin de que se garantice el cumplimiento de un derecho y de que no sea demasiado tarde cuando trate de ejercitarse, haciendo así posible la actuación sucesiva o definitiva, por lo que se considera que existen dos procesos respecto de un mismo juicio siendo que derivado del cautelar se llegará a uno firme y que a través del primero se asegura la realización del segundo, en razón de que el cautelar podrá garantizar el éxito del definitivo.

Por lo que debemos señalar que en función de estos procedimientos el actor como quien insta el juicio persigue la satisfacción del derecho y prestaciones a su favor que se reclaman desde que se presenta su demanda hasta la sentencia que condene a su contraparte, pero fundado hasta entonces en la vigencia de la ley existiendo ya plasmado en el proceso sin indagar sobre si le concierne o no el derecho teniendo sólo una solución transitoria.

Siendo que al momento de dictarse estas providencias el juzgador no cuenta con la plena convicción o certeza necesarias que sí tendrá al momento de dictar la resolución definitiva y agotadas cada una de las etapas del proceso en base a los elementos que las partes le aporten y los que se allegue por si mismo, siendo que hasta ese momento y por la presunta urgencia es que resolverá de forma provisional.

Cuestión muy especial para el presente trabajo y que se encuentra regulada por el Código Procesal Civil en su artículo 962 del que se desprende que es sólo una autorización interina concedida al actor o acreedor de ejecutar de forma temporal sobre el patrimonio de su demandado, basado sólo en la petición y en la presunción de que el derecho le asiste.

Debiendo considerar el supuesto que en realidad hoy en día es muy común consistente en que de forma directa puede resultar afectado el tercero a la relación originaria pero obligado de forma accesoria refiriéndonos al fiador obligado a nombre de su fiado o arrendatario y habiéndose acreditado lo reclamado podrá ratificarse y declararse sobre su carácter definitivo, caso que de igual forma podrá ser totalmente contrario y para el supuesto de que no se hubiera acreditado lo reclamado revirtiendo el asunto y en tal caso se ordenará el levantamiento de la orden provisional.

Cuestión que trasciende hasta los casos en que se deban cubrir los daños y perjuicios con la respectiva indemnización al que se vio afectado en su patrimonio como parte demandada o bien aquel como tercero extraño al juicio, por lo que las medidas cautelares tendrán como objetivo precisamente el de mantener el estado que guardan los posibles bienes del deudor, evitando así que éste pueda conducirse de mala fe y enterado del proceso que se tramita en su contra oculte o enajene los mismos con la finalidad de seguir en su incumplimiento haciendo imposible para el acreedor o arrendador la realización de sus derechos reales o personales que tenga contra él, mientras que en el supuesto de llevar a cabo eficazmente las medias precautorias provocan la certeza para ejercitar fructuosamente la resolución definitiva.

Deducimos que estaremos ante medidas precautorias cuando se presenten con el fin de conservar el estado que guardan los posibles bienes del deudor y como prevención en éste caso a favor del acreedor o arrendador para que posteriormente la sentencia que se dicte no se vuelva de imposible ejecución.

Así mismo estas medidas podrán pedirse o hacerse valer en distintos momentos procesales pero siempre que no se haya dictado sentencia definitiva, esto es cuando se trate de sólo la petición de conservar algo de la misma manera en que se encuentra cuestión que se refiere hasta antes de que el demandado es conocedor del juicio que se insta o se hace actuar en el mismo entablado en su contra, el segundo supuesto será cuando ya esté en curso el proceso judicial refiriéndose a las bases y forma de tramitar tales medidas preventivas y como tercer supuesto cuando ya se tenga firme la resolución dictada.

Determinando como sus principales características las siguientes: Son decretadas aún sin el conocimiento previo de la contraparte siendo necesario para que el juzgador la conceda la petición y la afirmación de que el derecho reclamado le asiste, siendo probada su legitimidad para reclamarlo surgiendo aquí la justificación de tales medidas teniendo presente el probable caso de que el demandado llegue acreditar lo contrario o se hubiere dado un abuso o exceso en su perjuicio.

Se refiere al carácter provisional que ostenta en razón de que posteriormente podrá ser revocada por el juez una vez que el afectado haya acreditado que no era necesaria tal medida o que ha cambiado la situación de hecho que hizo valer el actor, que hasta aquel momento en que se ordeno si prevalecía.

Causas para Solicitarlas; en razón de que el embargo precautorio tiene como finalidad asegurar el resultado del proceso a favor del que lo insta y aún cuando no se funda en título ejecutivo será suficiente con la petición y circunstancias de hecho y derecho para que se conceda, a efecto de impedir que el deudor oculte sus bienes o se haga provocar un estado de insolvencia en base al derecho que se le reclama a favor del acreedor.

Por lo que el juzgador que la decreta sobre el deudor o arrendatario será el que conozca del juicio principal siendo suficiente para su ordenamiento, la exposición de los motivos en que se funda su solicitud y que sean justificables aún cuando el embargo precautorio se rige por las disposiciones del embargo en general.

Considerando de forma especial que ya ordenada la ejecución preventiva no admite más excepciones que la de pago o acreditar por medios fehacientes que ya no son necesarias tales medidas así como que estará ordenado sin la citación o conocimiento previo de la persona en contra de quien se dicta.

Mientras que es necesario reflexionar sobre los supuestos en que llevadas las medidas precautorias y resuelto en cuanto al fondo el asunto el actor como acreedor no haya logrado acreditar sus pretensiones, habiéndose ya provocado daños y perjuicios sobre el ejecutado cuestión de la que claramente será responsable aún cuando las medidas preventivas sólo se dictan por la cantidad que ha sido reclamada por el actor y decretada por el juez. Debiendo entonces el acreedor sólo precisar el valor de la deuda o de la cosa que se reclama desde el escrito inicial de demanda a la que se agregarán las copias de traslado completo para el ejecutado, teniendo este a su vez la facultad y a efecto de que se suspenda el embargo acreditar el pago o consignarlo en el momento mismo del requerimiento.

Por lo que dentro de las medidas cautelares estará el embargo precautorio esencialmente sobre asuntos en que se reclame cierta cantidad como deuda o bien a dar o entregar bienes con la finalidad de asegurar una futura ejecución, basada en afectar un bien o bienes determinados del deudor para garantizar una eventual ejecución.

Así mismo el embargo precautorio permite individualizar aquellos posibles bienes, limitando las facultades del supuesto propietario para disponer y gozar de los mismos entre tanto se dicta la sentencia correspondiente que condene o declare sobre la procedencia o improcedencia de las pretensiones reclamadas y del embargo trabado.

Siendo que los posibles bienes quedan sujetos ya a un régimen jurídico obligando al propietario a abstenerse de todo acto con posibles consecuencias legales y físicas, pudiendo tener como resultado la disminución o pérdida de la garantía que el bien representa y la circunstancia de que el titular del dominio que ejerce sobre el bien embargado no tendría las mismas facultades sin autorización judicial.

Por lo que el embargo practicado aún provisionalmente produce el aseguramiento de uno o más bienes del deudor, por tanto el producto de su eventual realización o venta satisfaga los derechos del acreedor en razón de que aún no consiste en un acto de ejecución propiamente sino de resguardo de los derechos que se presumen sin resolver aún definitivamente.

Todo lo anterior a diferencia del embargo en juicio ejecutivo en razón de que este se ordena basado ya en la certidumbre del derecho que se reclamó habiéndose reunido los requisitos legales previamente establecidos, trayendo ya aparejada una orden de ejecución y llegado el momento en que se resolvió en definitiva el negocio con lo que se deduce el derecho fundada en cosa cierta o cantidad líquida que era el objeto del proceso y hasta entonces susceptibles de venta o realización a favor del titular del derecho.

Sobre los bienes embargados una vez practicada la medida precautoria estaremos ante una situación especial del derecho esto es la custodia de los bienes sujetos a embargo o bien secuestro que en caso de ser muebles serán depositados ante la presencia judicial en la persona que se designe para tal efecto ya sea por el ejecutor o por el mismo ejecutado, debiendo determinar el lugar y domicilio para su guarda y custodia dando lugar a la figura jurídica del depositario que sin ser parte del juicio viene a intervenir de forma indirecta teniendo a su cargo solo la custodia que implica realizar diligentemente la vigilancia y guarda de los bienes.

Siendo necesario recapacitar sobre los supuestos que encontramos en la ley que rige el procedimiento de embargo al determinar las formalidades para ser procedente así como las exceptuantes de tal medida encontrándolo específicamente en el Código Adjetivo Civil.

Por otro lado se presentan diversas situaciones que por excepción impiden que el deudor sea quien designe depositario o que él mismo quede con ese carácter, estos serán cuando pueda ejecutar actos considerados no idóneos para constituirlo en depositario existiendo el peligro o riesgo de que abuse sobre los bienes que se encuentren bajo su vigilancia nombramiento susceptible de ser confirmado o bien revocado por una orden judicial. Cuestión distinta será para los casos en que se trate de bienes inmuebles ya que se deberá hacer constar con la respectiva inscripción ante el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

Las Obligaciones del Depositario serán principalmente tener a su cargo la guarda y custodia de los bienes objeto de embargo debiendo entonces estar a disposición del juzgador para el caso de que en determinado momento del proceso se le requiera la presentación o entrega de los mismos, por lo que no podrá hacer valer cuestiones referentes a supuestos derechos propios o de terceros a fin de evitar la exhibición de los mismos quedando entonces a que en caso de incumplimiento al ordenamiento decretado el afectado podrá iniciar la denuncia ante el tribunal penal correspondiente a fin de determinar sobre su responsabilidad.

Debiendo entonces considerar que el cargo conferido ya sea por orden jurisdiccional o bien a petición del acreedor el depositario sólo debe cumplir la función material de custodiar los bienes embargados siendo un auxiliar del juzgador y no de alguna de las partes, en razón de no estar ante la celebración de algún tipo de contrato sino acatando una medida ordenada por el juzgador

a favor del acreedor mientras se determinan los derechos y obligaciones entre las partes. Por tanto la principal obligación del custodio judicial sobre los bienes embargados versará precisamente en ejercer de forma diligente la guarda y custodia de los bienes, siendo un auxiliar externo del tribunal que actúa en base a un mandamiento judicial teniendo sólo una relación indirecta con las partes en conflicto.

Considerando que pueda incurrir en responsabilidad el custodio de los bienes ya sea porque haga mal uso de ellos, por la culpa o negligencia en el cumplimiento de su obligación o se oponga a la entrega presentándose entonces dos posibles situaciones, la primera de carácter civil en tanto que el mismo juzgador podrá hacer valer sus facultades instructivas a fin de que se haga comparecer al depositario responsable decretando ya sobre la conducta dolosa del custodio o una segunda situación que radicaría en la conducta sancionada por las leyes penales.

Supuestos de la Prelación de Derechos; habiéndose ejercitado eficazmente la ejecución precautoria sobre bienes del deudor es factible que se presenten supuestos respecto del acreedor, cuestión que no trasciende si éste es el único estando entonces en la posibilidad de cobrar íntegramente sus créditos, caso distinto en que se presenten diversos posibles acreedores que puedan ejecutar sobre los bienes del mismo deudor.

Por lo anterior es menester considerar sobre la prelación de los derechos que radica en que el embargo trabado con anterioridad en relación a los otros será el que deba subsistir, debiendo estar entonces conforme al orden de prioridades entre los embargantes determinando esta prioridad el primer embargo y para el caso de preferencia será sobre los embargos sucesivos, en tanto que el primer embargo se limita al monto por el que se decreto.

Habiendo establecido que los bienes del deudor constituyen una garantía respecto de los acreedores y en determinado momento ejecutarlos satisfaciendo los créditos que estos tengan a su favor, se deben considerar aquellos supuestos en que la ley determina que bienes no pueden ser objeto de embargo aún siendo propiedad del deudor y entrar al estudio de la figura jurídica de bienes embargables e inembargables y así como las disposiciones legales que lo regulan.

Por lo que en principio serán inembargables los bienes de los que su uso se considera indispensable entendidos como aquellos que cumplen una función necesaria dentro del hogar así como aquellos necesarios para desempeñar el arte, oficio o bien el estudio al que se dedique el deudor e incluso sobre determinados derechos reales que pudiera tener a su favor.

Debiendo considerar que aquellos bienes inembargables lo serán siempre que sólo exista uno o bien que sea único ya que en el entendido de que haya más iguales no lo sería, estando dentro de los inembargables aquellos considerados imprescindibles en cuanto a su uso en el entendido que a falta de ellos se atentaría contra la dignidad de cada individuo, lo cual en nuestra legislación actual se encuentran regulados expresamente los bienes exceptuados de embargo.<sup>44</sup>

Haciendo especial hincapié a lo regulado respecto del patrimonio familiar que de igual forma no es susceptible de embargo o ejecución desde el momento en que se inscribe en el Registro Público de la Propiedad por lo que debe entenderse que no se pueden hacer valer por deudas posteriores a su inscripción, aún cuando el mismo aceptará varias excepciones como en los casos de deudas provenientes de impuestos o gravámenes fiscales del mismo inmueble, por lo que en este caso como principal objetivo es la protección del patrimonio familiar tutelándose su

<sup>44</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ob., cit., Art. 544.

bienestar económico y subsistencia gozando de ese derecho inalienable que les permita atender sus más básicas necesidades.

En cuanto a los salarios, sueldos o rentas vitalicias la ley ha otorgado de igual forma esa prerrogativa aunado a que se encuentra expresamente regulado por otras leyes reglamentarias debiendo considerar como excepciones al salario mínimo y salvo aquellas que deban cubrir deudas alimenticias o responsabilidades provenientes de la comisión de algún delito que están reguladas por disposiciones legales en materia familiar y penal de forma específica respectivamente.

Levantamiento del embargo al haberse llevado a cabo la medida precautoria constante en la traba del embargo susceptible de que posteriormente se declare practicado de forma indebida, ya sea por estar dentro de los supuestos de los bienes considerados inembargables que haya resultado improcedente la acción ejercitada o bien no haber acreditado el actor las prestaciones que reclamó o en su caso por cuestiones procesales que no fueron subsanadas, el embargo practicado deberá levantarse ya sea de oficio o bien hecho valer por la parte afectada o de quien represente sus derechos aún cuando la resolución que lo ordeno se hallare subsistente.

Por lo cual estando conforme a lo señalado respeto de las normas que rigen la inembargabilidad de bienes que por pertenecer a normas de orden público el juzgador deberá estudiar de oficio, así entonces en caso de proceder el levantamiento del embargo se librarán los bienes afectados. Cuestión que en la práctica por razones de carga de trabajo en los procesos las partes y en este caso la afectada deberá hacer valer lo necesario a efecto de que se ordene el procedimiento para cancelar el gravamen en el que se encuentran sus bienes.

Por lo que en este caso el que pretenda hacer valer la afectación que sufrió en su patrimonio deberá acreditar que la medida ejecutiva aún provisional se practico con irregularidades y en razón de que cada una de las partes debe probar el presupuesto de hecho de las normas en que se funden para reclamar sus pretensiones y una vez acreditado procedería entonces la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al ser demostrada la ilegalidad o exceso en el derecho que se pretendió hacer valer.

Encontrando su antecedente en la *Rei Vindicatio* del derecho romano consistente en la acción mediante la cual el propietario quiritarario de una cosa podía lograr el reconocimiento judicial de su derecho y obtener la restitución de la cosa con todos sus accesorios.<sup>45</sup>

Así como a la resolución dentro de la Ley de Partidas donde el juez dictaba ya como medida preventiva el secuestro en distintos supuestos rigiéndose entonces dentro de la *Secuestratio* que conforme al maestro Floris Margadat consistía en el depósito de una cosa mueble o inmueble en litigio entre dos o más personas afin de que quien la recibe en depósito la custodie con la obligación de devolverla a la que resulte vencedor en la controversia o litigio.<sup>46</sup>

En el procedimiento español lo encontramos en la ley de enjuiciamiento donde la traba del embargo consistía en el desapoderamiento del deudor sobre sus bienes y con el respectivo inventario especial e individual depositándolos ante la presencia de tres testigos.

Siendo que hoy en día en nuestra legislación se contempla al secuestro como una medida de ejecución o sanción sea principal o accesoría, siendo conveniente establecer las principales diferencias con otras figuras semejantes al secuestro.

<sup>45</sup> Ventura Silva, Sabino, ob. cit. pag. 223.

<sup>46</sup> Floris S. Margadant, Guillermo, ob. cit. pag. 352.

En términos generales se ha considerado figura equivalente al embargo cuestión no del todo correcta radicando esa diferencia en lograr el apoderamiento o no del bien afectado refiriéndonos al apoderamiento físico de cosas propiedad del presunto deudor derivado de la orden judicial que lo ordeno para su depósito o custodia provisional.

Resultando entonces que los bienes sobre los que se constituya el depósito serán cosas en razón de que sólo estas son susceptibles de apoderamiento, por lo que estarán dentro de esta situación ejecutiva todos los bienes muebles o semovientes aún cuando no esté determinado su valor a diferencia de los inmuebles en el entendido que tal medida ejecutiva sería a través del embargo con el nombramiento de un depositario. Por lo que el secuestro de igual forma será en base a un ordenamiento judicial con la finalidad de asegurar la prestación reclamada a través de las cosas embargadas o litigiosas, trayendo la obligación de carácter procesal para presentarlas al pleito.

A diferencia del embargo como se anticipo el secuestro solo puede recaer sobre cosas siempre que sean susceptibles de desposeer a su propietario así como objetos con algún valor económico. En cuanto a sus efectos el embargo no impide por lo general que el bien aún afectado siga siendo utilizado por el deudor como propietario, mientras que en el secuestro impide esa facultad puesto que lo priva de la posesión física provocando las indisponibilidad jurídica y material del bien.

En cuanto a su depósito y en razón de que debe recaer en persona digna de fe con el respectivo inventario constituyéndose bajo su custodia con constancia del estado y calidad en que se depositan, en el secuestro se requiere de la autorización del juez que a petición de parte interesada se solicita la sustracción de la cosa y sobre quien hasta entonces tenía la posesión.

## CAPITULO III

## EXCEPCIONES, DEFENSAS Y BENEFICIOS DEL FIADOR EN LA CONTROVERSIA DE ARRENDAMIENTO.

## 3.1 Concepto.

Medio de oposición a la acción para responder a una querrela criminal, se usa sobre todo en el procedimiento civil (por oposición a la demanda) y excepción a la vez como medida extraída del derecho de fondo y por la cual una de las partes contradice directamente la pretensión de su adversario, en nuestra legislación encontramos expresamente como defensas a las excepciones procesales en las que el demandado se funda dentro de un juicio.<sup>46</sup>

Lo que debe hacer desde que actúa como parte ante el juzgador es decir cuando actúa por primera vez contestando la demanda en virtud de la acción intentada por el actor aún cuando tiene el privilegio de hacer valer posteriormente las que no conoce, como defensas supervenientes que tendrá que demostrar para que proceda su defensa extemporánea.

Concretando que las excepciones procesales son aquellas cuestiones que el demandado tendrá como facultad de interponer o hacer valer con la finalidad de que no proceda la acción o pretensiones planteadas por el actor en su contra, siendo la facultad que ostenta quien es demandado o presunto para plantear cuestiones jurídicas opuestas a las pretensiones planteadas por el actor. Excepciones que deberá fundamentar y plantear de forma oportuna ya que en caso

<sup>46</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ob., cit., Art. 35.

contrario podrá resultar condenado y como garantía individual estando conforme al derecho de audiencia así como al de defensa en juicio, por lo que en nuestra legislación es correcto hablar como términos sinónimos de las excepciones y defensas procesales.

Siendo que las defensas que puede interponer el demandado pueden ser en diferentes sentidos esto es cuestionando circunstancias de hecho o de derecho que pueden extinguir la acción del actor o bien modificarla o impedirla, sólo que en éste caso deberá formularlas en sentido de una afirmación sobre los presupuestos del proceso a diferencia de la contestación de hechos que son solo manifestaciones de las partes, por lo que se debe clasificar claramente aquellas excepciones que van contra el fondo del conflicto de las que se oponen en cuanto a las formalidades esenciales que debe reunir.

En este caso van a cuestionar la validez con que se integro el proceso derivado de la relación procesal entre los litigantes y se les denominan excepciones procesales las que vayan en cuanto al objeto del proceso con la intención de modificar, extinguir o impedir la acción del actor y cuando sean excepciones que vayan en contra del fondo del asunto o de la acción principal estaremos ante excepciones sustanciales.

Por lo que consideramos que derivado de las excepciones o defensas inherentes al demandado debe haber presupuestos a la simple demanda instaurada y sobre la base de las formulas procesales previas reguladas dentro de nuestra legislación, siendo estos presupuestos procesales previos al proceso es decir los requisitos y condiciones que se deben reunir a fin de que el proceso no este afectado de nulidad, situación que debiera ser estudiadas y exigidas por el

juzgador a fin de dar trámite o inicio al proceso esto es aún cuando el futuro demandado aún no tiene conocimiento de que se ha entablado demanda en su contra, dentro de estos deben ser materia de estudio aquellos en cuanto a la competencia del juzgador la capacidad de las partes, la representación y la legitimación de los litigantes así como la cosa juzgada, la litispendencia y la caducidad.

Excepción: Aceptación amplia; toda defensa invocada por una de las partes principalmente el demandado para hacer rechazar una demanda judicial sin que se discuta el principio de derecho en que se apoya. Vg. Excepción de prescripción, cosa juzgada, excusión previa de los bienes del deudor principal.

Aceptación estricta; defensa de forma temporal o definitiva invocada por una de las partes para impugnar el procedimiento o suspender su efecto sin comprometer el debate sobre el fondo del asunto. Vg. Nulidad del procedimiento, de incompetencia, de litispendencia.

Como antecedente encontramos la exceptio, regulada en los procesos por formulas en el derecho romano siendo desde entonces un medio interpuesto como defensa inherente al demandado ya que sólo se podía hacer valer ante el magistrado para que en el momento de resolver el conflicto resultara absuelto de lo reclamado en la intención o demanda del actor.

### 3.2 Excepciones Procesales.

Incompetencia: consistente en denunciarla del juzgador que conoce del asunto para tal efecto el que promueve tendrá dos vías para hacerlo estas son la declinatoria; es decir la excepción que deberá ser opuesta ante el juez que ya conoce del asunto por considerar que no es de su

competencia la cual una vez admitida a trámite la turnarán al superior jerárquico para resolver sobre su procedencia y la inhibitoria; que se promoverá ante el juez que se considere competente para que por lo medios judiciales de comunicación necesarios lo haga saber al juez que conoce del asunto. Una vez admitida se enviarán constancias al superior para que resuelva en ambos supuestos y como base para poder resolver correcta y oportunamente se deberán tomar en cuenta la materia, la cuantía, el grado y el territorio.

Falta de Legitimación: en cuanto a la capacidad procesal o legítima también llamada defectuosa representación de alguna de las partes aún cuando se considera defensa o excepción que puede oponer el demandado también se puede dar el caso de falta de capacidad procesal en el mismo actor, oponiéndola mediante la excepción de falta de personalidad o falta de legitimación cuando se considere que el actor carece de personalidad para actuar en el juicio o no ha acreditado tal representación en este caso y por disposición ya de carácter federal y jurisprudencial el juzgador tendrá facultad para estudiarlo de oficio sin perjuicio de que la demandada o afectada lo haga valer en el momento procesal oportuno, siendo éste al contestar la demandada o desahogue la vista ordenada con la contestación o en su caso reconvenición.

Aún cuando se ha legislado sobre la facultad de reclamarlo o hacerlo valer en cualquier momento procesal debiendo considerar ciertas discrepancias al respecto, ya que al referirse a la falta de personalidad del actor como defensa del demandado éste a su vez también puede tener vicios en su representación o personalidad con que actúe teniendo dentro de estas hipótesis; Legitimación Ad Processum es decir la capacidad para ser parte en un proceso ya sea por propio derecho o a nombre de otro, comprende tanto la capacidad procesal como la representación

siendo así un requisito para la procedencia de la acción y Ad Causam en cuanto al derecho o condición jurídica para invocarlo en el juicio y se intenta obtener la definitiva favorable.

**Cosa Juzgada:** consistente en hacer del conocimiento al juzgador que el juicio o acción planteada por el actor ya fue asunto juzgado con anterioridad en el que se dictó una resolución definitiva y que la misma causó ejecutoria, que debe haber identidad en las partes, objetos reclamados y pretensiones esto es lo que se pide y la causa que motivo ambos procesos.

**Litispendencia:** es decir un proceso pendiente defensa inherente al demandado basada en interponer y hacer del conocimiento al juzgador que el mismo asunto esta siendo conocido por otro entendiéndose que aquel inicio previamente a éste teniendo como requisito que se trate de las mismas partes, acciones, deducciones, objetos reclamados y además que los litigantes tengan el mismo carácter. El juzgador podrá resolver en dos sentidos; procedente la excepción opuesta trayendo como consecuencia sobreseer el juicio en que se actúa y por concluido el proceso; o bien infundada la excepción opuesta y continuar con el proceso normal.

**Conexidad:** consiste en la petición que debe hacer el demandado para que en el caso de haber dos juicios en los que las partes sean las mismas se deban unir con el objeto de resolverlos en uno sólo por economía procesal y a efecto de evitar posibles resoluciones contradictorias. Teniendo en cuenta que en razón de ser una solicitud al juzgador no debería entenderse como defensa o excepción del demandado y no se ponen en cuestión presupuestos procesales para su procedencia, en caso de ser procedente se decretará la acumulación de juicios a fin de que unidos se resuelva de forma única.

Habr  conexidad de causas cuando haya identidad de personas y acciones aún cuando sean distintas las cosas que se reclamen y cuando las acciones provengan de una misma causa. Cuando las acciones sean diversas pero provengan de una misma causa, cuando haya identidad de acciones y cosas aún cuando las personas sean distintas debiendo señalar las constancias y juzgado donde se tramita el proceso al que se debe acumular sólo que en caso de que los procesos se encuentren en trámite ante diversas instancias, cuando se trate de un proceso en el extranjero o bien distinto tribunal de apelación no procederá tal defensa.

Improcedencia de la Vía: excepción o defensa oponible cuando una instancia esta propuesta en un procedimiento que por su naturaleza no es el idóneo o cuando la ley exija ciertos actos judiciales previos a iniciar el proceso. Siendo uno de los presupuestos del proceso la procedencia de la vía que debe hacer valer el demandado en su contestación de demanda objetando esta al no reunir los requisitos y formalidades esenciales del procedimiento, excepción que debe ser resuelta en la audiencia previa de conciliación, demanda y excepciones conforme al artículo 36 del Código Adjetivo, en caso de resolverse improcedente el proceso continuara pero en caso de ser procedente se continuara en la vía que se considere declarando v alido lo actuado siempre que se regularice el procedimiento, cabiendo la reflexión para el caso de ser declarada procedente de:  ser  posible continuar con el mismo procedimiento y estando conforme a los principios procesales la iniciativa incumbe a las partes en caso de que se ordene regularizar lo invalido?

Además de las excepciones o defensas planteadas se regulan otras que difieren de estas llamadas procesales en razón de que derivan de la falta de alguno de los presupuestos procesales

refiriéndonos a las llamadas excepciones sustanciales, es decir aquellas que se hacen valer contra el fondo del asunto y no de los requisitos de procedibilidad.

Por lo que dentro de estas encontramos a la excepción de pago, compensación, confusión, novación, prescripción, transacción, nulidad, rescisión, inexistencia etc. Concluyendo que las excepciones perentorias buscan destruir la acción mientras que las dilatorias excluyen provisionalmente la acción, debiendo contemplar la de litispendencia, incompetencia, conexidad, falta de personalidad o capacidad en el actor, falta de cumplimiento o de condición, división, excusión, por lo que también se le denominan excepciones procesales aún cuando no todas las excepciones dilatorias son procesales, dentro de las dilatorias sustanciales estarán las de falta de cumplimiento del plazo o condición, división, orden y excusión.

En razón de que el presente trabajo plantea los supuestos previos a los que deberá estar supeditado el procedimiento de ejecución contra el obligado accesorio a continuación se plantean con especial atención los beneficios de orden, excusión y división como excepciones inherentes al sujeto que a nombre de otro garantiza una obligación como es el caso de la fianza y que de forma especial se encuentran ya reguladas por el código adjetivo para esta ciudad.<sup>47</sup>

<sup>47</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ob., cit., Capítulo II, Art. 35 Fracc. VI.

### 3.3. Beneficios inherentes al Fiador.

Tomado del latín *beneficium* que indica ciertas ventajas, expresión usada tradicionalmente para designar el derecho otorgado a una persona (por lo general un deudor) como excepción a la aplicación normal de las reglas jurídicas, encontrando como diversidades:

De cesión de acciones; expresión tomada del derecho romano y con la cual se designa el beneficio de la subrogación legal en los derechos del acreedor comúnmente en la hipoteca y prenda otorgado al garante o fiador que ha pagado la deuda.

De cesión de bienes; favor que la ley concede al deudor desafortunado y de buena fe a quien se permite hacer ante la justicia abandono de todos sus bienes a los acreedores y evitar así la prisión por deudas, esta institución que ya no ofrece mayor interés desde que se ha abolido la prisión por deudas en materia civil y comercial, ha caído en desuso.

De división; derecho otorgado a cada una de las personas que han prestado fianza respecto de una misma deuda para exigir que el acreedor reduzca las reclamaciones en la medida de la parte que a cada fiador corresponde.

De emolumento; derecho que pertenece a la mujer casada bajo el régimen de comunidad que ha hecho efectuar inventario para no ser obligada por las deudas de la comunidad frente al marido y a los acreedores, sino en la medida de la parte que se le adjudica en la división.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

De inventario; derecho perteneciente al heredero o sucesor universal para no ser obligado por las deudas de la sucesión sino hasta la concurrencia del valor de los bienes que ha recibido y evitar la confusión de sus bienes personales con los hereditarios.

Respecto a los que integran nuestro tema de estudio otorgados al fiador como obligado accesorio tendrá para oponer como defensas en el juicio que se intente en su contra los fundamentales que le otorga la ley civil refiriéndonos al de orden, excusión y división.

### **3.4 Beneficio de Orden**

Otorgado al obligado accesorio consistente en que previo requerimiento o ejecución sobre su patrimonio sea requerido el deudor principal y mediante el procedimiento correspondiente, por lo que deberá interponerse para que en el supuesto de existir sentencia condenatoria se ejecute primero al deudor principal. Derivado de lo anterior la excepción de excusión y la de orden son dilatorias procesales ya que sólo retardan el procedimiento en ciertos casos la de excusión en cuanto al orden de ejecutar las sentencias y la de orden para iniciar los procesos.

### **3.5 Beneficio de Excusión.**

Derecho del fiador para exigir que el acreedor persiga primeramente la venta de los bienes del deudor principal con cargo de anticiparle los gastos de la persecución e indicar los bienes embargables. Por extensión el derecho que pertenece al cedente de un crédito que ha garantizado la solvencia del deudor para que el cesionario sólo le reclame el pago en caso de insuficiencia demostrada de los bienes del deudor, mismo que fue denominado en cuanto a su origen

Beneficium Excusionis consistente en: "la obligación de exigir al acreedor, en primer lugar el cumplimiento de la obligación al deudor principal, si persiguiera primero al fiador podría negarse, hasta que el deudor fuera perseguido y su insolvencia comprobada o la venta de sus bienes."<sup>48</sup>

Así como la prerrogativa que tendrá el fiador dirigida a que el acreedor deba dirigir previamente sus acciones en contra del deudor principal cobrar o ejecutar al mismo, basado en su crédito y en caso de que esa acción directa sea infructuosa por no existir bienes susceptibles de ejecución el acreedor tendrá de forma expedita la vía en contra del fiador por toda la obligación, al respecto el artículo 2814 del Código Civil ordena: "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."<sup>49</sup>

Consistiendo en que el acreedor como paso previo y más aún ya como presupuesto procesal deberá excutir los bienes del principal deudor así como el embargo y venta judicial previo a dirigirse contra quien dio caución, debiéndose considerar como principio general de derecho el beneficio de orden.

El fiador solidario no goza de este beneficio sin embargo esto no implica que la solidaridad a la que el fiador se somete pierda el carácter de obligación accesoria ni tampoco lo hace deudor principal de la obligación originaria, por tanto al darse la negligencia del acreedor respecto de reclamar la deuda al deudor principal viéndose entonces perjudicado el fiador aún cuando en su momento podrá hacer valer el beneficio de excusión o bien provocar la subrogación, dando lugar al ejercicio de una diversa acción a su favor.

<sup>48</sup> "Diccionario de Derecho Romano", Comparado con Derecho Mexicano y Canónico, Editorial Porrúa, Primera Edición, México 2000.

<sup>49</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ob., cit.

Así mismo en la practica la operatividad de este beneficio tendiente a la liberación de la deuda por el fiador no se encuentra plenamente determinado a quien le corresponde acreditar de forma oportuna los presupuestos en que habrá de apoyarse tal beneficio radicando de forma específica en acreditar la conducta negligente en que incurrió el propio acreedor, cuando será de forma unánime que la carga de la prueba de tal extremo pesa únicamente sobre el fiador como titular del beneficio que se hace valer y de acuerdo a que el que afirma deberá acreditar sus extremos.

Por lo que el fiador que pretenda su liberación por esta causa deberá probar el agravio causado por la conducta del acreedor, sancionado en este caso por el juzgador con la privación de las acciones que tuviera en contra el, teniendo como objetos por una parte el hecho extintivo de la obligación del fiador y por otra el mantenimiento y subsistencia de la obligación a favor del acreedor.

Este beneficio encuentra su justificación en la equidad en razón de seguir con la naturaleza de la obligación subsidiaria y como objeto responder en el supuesto de que la principal no lo hiciera, por lo que el acreedor tendrá que acreditar la falta de bienes del deudor cuestión que implica distintos conflictos siendo el principal que éste tendría que agotar los medios para efectuar la búsqueda de aquellos, por lo que será aceptable la interpretación jurisprudencial en el sentido de que le bastará realizar la adecuada diligencia de intimación al demandado y en caso de fracasar estar en condiciones de dirigir la acción contra el obligado accesorio, quien estaría obligado a denunciar los posibles bienes de su fiado que sean susceptibles de ejecución excepcionándose así en la acción dirigida en su contra.

Beneficio que como ya se ha expuesto tendrá también el carácter de excepción dilatoria que permite exigir del acreedor la ejecución completa sobre bienes del principal deudor antes de que el accesorio se pueda ver perjudicado por la acción intentada. Debiendo considerar al mismo tiempo los supuestos en los que no será necesaria tal excusión por parte del acreedor y enunciados por el Código Civil al ordenar:

La excusión no tendrá lugar:

- I. Cuando el fiador renuncia expresamente a ella;
- II. En los casos de concurso o 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 preste fianza sea propio del fiador;
- V. Cuando se ignore el paradero del deudor, siempre que llamado este por edictos, no comparezca ni tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación.<sup>50</sup>

En cuanto a la fracción primera podemos agregar que es en razón de ser un derecho facultativo del mismo y verse perjudicado en sus intereses particulares. Por lo que hace a la insolvencia o concurso por parte del deudor en razón de que éste es la manifestación de aquella, considerando que aún con la simple ausencia del deudor del lugar en que deba hacerse el pago no impide al acreedor demandarlo mientras conste su domicilio dentro de la jurisdicción en que se actúa.

<sup>50</sup> Código Civil, ob, cit, art. 2816.

En el caso de insolvencia es indiscutible en razón de que el estado pasivo del deudor acredita la improductividad de la acción ejercitada contra él, dándose de forma natural el requisito de haber excutado bienes del deudor que ya no tiene. Cuando el fiador no puede ser demandado dentro de la jurisdicción del país, no será factible la excusión de sus bienes en el entendido que debe ser previa a la acción contra el fiador.

En los casos de tratarse de una fianza judicial no puede quedar a criterio del obligado su cumplimiento sino que deberá estar a lo ordenado por el mandato judicial quedando plenamente obligado, debiendo considerar el caso en que se trate de una fianza comercial en razón de que por su propia naturaleza no gozará del privilegio de excusión.

Los efectos del beneficio de excusión y para que se puedan proveer es menester que se hagan valer teniendo como paso previo que el acreedor ejercite sobre los bienes del deudor principal y poder proseguir contra el fiador o fiadores en su caso, considerando al beneficio de excusión como una excepción dilatoria inherente al fiador, en tanto que paraliza temporalmente la acción intentada contra él como obligado accesorio y para el caso de que los bienes excutados no fueran suficientes para cubrir la deuda, el acreedor sólo podrá reconvenir al fiador respecto de la parte proporcional que falte.

Estando a que ciertas disposiciones facultarian al acreedor a no recibir pagos o aportaciones parciales sin poder obligarlo a ello y que la obligación accesorio será sólo subsidiaria siendo exigible hasta en tanto no se dé el incumplimiento de la obligación principal, es en este supuesto donde se funda la consideración de que el acreedor reciba pagos parciales.

La falta de diligencia por parte del acreedor en el requerimiento o ejecución sobre su deudor será sancionada perdiendo la facultad de accionar contra el fiador, en caso de que durante la ejecución el deudor caiga en estado de insolvencia siendo necesario que éste supuesto se dé como consecuencia de la omisión negligente del acreedor en la ejecución de bienes denunciados por el fiador, a efecto de evitar la ilegal actitud entre el acreedor y el deudor de estar en posible convivencia y hacer cumplir al fiador con toda la prestación y a pesar de que el principal obligado si hubiera podido responder por su obligación.

### 3.6 Beneficio de División.

De acuerdo con el Código Civil éste beneficio procederá cuando sean 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.<sup>51</sup>

Encontrando entonces enunciados los presupuestos de los cofiadores y precisamente los no solidarios y que no hayan renunciado a tal beneficio siendo posible que lo hagan valer cualquiera de los fiadores obligados aún cuando es muy factible que se presente el estado de insolvencia de alguno estando entonces ante la procedencia de las obligaciones divisibles, por así ordenarlo el mismo artículo al señalar: Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción. Por otra parte en caso de haberse determinado la nulidad respecto de la fianza otorgada por uno de los cofiadores, los demás deberán responder por ésta en la parte proporcional que le corresponda habiendo declarado inexistente aquella por lo que la insolvencia de un fiador gravará a los demás.

<sup>51</sup> Código Civil, ob, cit, art. 2837.

El presente beneficio lo podrán hacer valer tanto el que reclame la parte que le corresponda o bien aquel a quien se pretenda reclamar más de su deuda en razón que de pleno derecho no procedería, reclamación que será ya formalmente mediante el mandato judicial en tanto que el citado artículo en su último párrafo señala como necesarios elementos para su procedencia lo siguiente: que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial o hallándose el deudor principal en estado de concurso.

Lo anterior como quedo señalado es en cuanto a los supuestos de la fianza simple en donde se obligan dos o más fiadores no solidarios, siendo menester señalar los supuestos en los que no procedería tal beneficio es decir en cuanto a la fianza solidaria en la que el acreedor podrá exigir de cualquiera de los fiadores el pago total de la obligación garantizada, mismo supuesto que se aplica en cuanto a la fianza comercial en razón que por su propia naturaleza no cuenta con los beneficios de excusión ni de división teniendo sólo los fiadores como privilegio el de exigir del acreedor la interpelación judicial para el deudor como requisito de viabilidad de la acción intentada entre ellos.

Excepciones del Fiador Oponibles al Acreedor.

El fiador en la relación contractual accesoria que deviene de la fianza podrá sustentarla para hacer valer su defensa en todas las excepciones propias de la obligación accesoria, excepto las que se funden en la capacidad de los contratantes y de ser esta la causa de nulidad de la fianza aun cuando el fiador lo ignorase deberá responder como único deudor.

De igual forma podrá intervenir en cualquier momento que tenga conocimiento de la instancia iniciada por el acreedor en razón de que por razones obvias la sentencia que se llegará a dictar

podría pararle perjuicio, debiendo considerar como elementos la intervención del fiador y el alcance que pueda tener la sentencia dictada sin su intervención lo que determinará que pueda formular su apropiada defensa y en el tiempo adecuado.

Siendo que en el primer supuesto es menester la intervención del fiador en razón de poder lograr el verdadero sentido de su defensa y respecto del segundo será la consecuencia de lo instado ya que en caso de hacer su intervención en el juicio ya existiendo sentencia resolutoria no impide que haga valer sus derechos y defensas consistentes en las excepciones inherentes a su carácter de tercero obligado y en los beneficios de orden, excusión y división.

Por lo que el fiador tendrá como defensa todas las excepciones propias en contra del acreedor aún cuando se trate de fianza solidaria y las que hubiera podido hacer valer tratándose de fianza simple, habiendo quedado establecido que la fianza al tratarse de un contrato accesorio de la obligación principal no implica que el fiador esté a expensas de las concesiones que le pudiera otorgar su fiado por lo que tendrá la plena facultad de hacerlas valer en contra de la acción que ejercite el acreedor.

En cuanto a la capacidad para constituirse en fiador y conforme a las disposiciones de la ley sustantiva civil se debe considerar que todos los sujetos con capacidad legal que puedan contratar empréstitos podrán contratar fianzas y constituirse como fiadores, por lo que al referirse a la capacidad se refiere a la necesaria para obligarse como deudor de un préstamo siendo general para contratar por lo que no se requiere ninguna capacidad especial para obligarse como fiador.

Debiendo señalar las excepciones que la misma ley establece para tales supuestos:

a) Los menores emancipados aún cuando ya cuenten con licencia judicial y cuando la fianza tienda a garantizar un monto considerado como menor.

Aun cuando existen diversas disposiciones tendientes a facultar a los emancipados haciéndolos susceptibles de contratar a nombre propio, cuestión que se basa en que por su situación laboral pueden administrar y disponer de los bienes procedentes de su trabajo y aún estar en juicios civiles o penales y por acciones vinculadas a ellos, estando en el mismo supuesto cuando se trate de que ejerzan una profesión por cuenta propia poder constituirse en fiador respondiendo subsidiariamente por la obligación principal que se pretenda afianzar.

b) Los administradores de bienes pertenecientes a corporaciones es decir aquellos administradores de las personas morales a quien representan ya que el objeto social que persiguen contraviene a la fianza en cuanto a que ésta se otorga de buena fe beneficiando a otro y sin contraprestación alguna.

c) Los tutores, curadores y cualquier persona a nombre de sus representados aún cuando tengan autorización judicial ya que en ciertos casos el único que podría verse perjudicado sería el mismo representado.

d) Los administradores de sociedades aún teniendo poder general con la única intención de garantizar a la sociedad no verse comprometida por alguno de sus representantes, excepción que podrá ser en aquellos casos en que tengan poder especial para constituir fianza.

e) Los mandatarios a nombre de sus constituyentes sólo en caso de que se les hubiere otorgado el poder especial correspondiente a fin de que aseguren que el mandante no fuera afectado en su patrimonio o bien cuando el mandato sea a efecto de constituir fianza.

f) Los que tengan ordenes sagradas referentes a las religiones, clérigos o personas desvalidas.

En cuanto a los incisos b y e es de manifestar que en razón de que la fianza implica la disposición de bienes en estos supuestos se podrían afectar intereses de terceros.

Extensión de la Fianza: al respecto debemos considerar que el obligado accesorio podrá obligarse a menos pero no a más de lo que consiste la deuda principal de donde se desprende que no puede exceder su obligación a la que el deudor principal debe así el Código sustantivo ordena: "El fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal. Si se hubiera obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor. En caso de duda sobre si se obligo por menos o por otro tanto de la obligación principal se presume que se obligo por otro tanto."<sup>52</sup>

Sin embargo si se podrá garantizar otras seguridades aún más fuertes de las que se derivan de la fianza esto es cuando se obliga también a una cláusula penal para en caso de incumplimiento habiendo determinado lugar y tiempo de pago, en razón de ser una obligación accesorio no puede la fianza ser más onerosa que la obligación principal y la reducción del monto no puede provocar que aquella se extinga.

Otro supuesto será cuando se obligue a menos o por otro tanto a efecto de garantizar la obligación principal, siguiendo con la accesoriedad que determina el contrato de fianza, así como los casos en que se garantice una deuda aún no determinada se entenderá que el fiado se obliga por una cantidad que se debió haber fijado limitándose su responsabilidad al valor de la deuda principal aún cuando resulte en la liquidación que la deuda es mayor se deberá estar en el supuesto de que sólo responderá por el valor determinado y no por más.

<sup>52</sup> Código Civil, ob. cit, art. 2799.

Respecto de los intereses que puede provocar el incumplimiento de la deuda principal y en caso de no haber estipulado nada al respecto el obligado por la fianza deberá responder también de los intereses generados.

Toda obligación será susceptible de afianzar sea de carácter civil o sea obligación natural sea accesoria o principal, que derive de cualquier tipo de causa, cualquier acreedor o deudor y aún cuando el acreedor sea persona incierta, sea de valor determinado o indeterminado, líquida o ilíquida, pura o simple, a plazo o condición y cualquiera que sea el acto principal aún de un acto ilícito, debiendo aclarar al respecto que sólo cuando la obligación a garantizar se hubiere originado de ese acto ilícito.

Así mismo será susceptible garantizar una obligación futura sin ser necesario ya tener una suma determinada cuando por lo regular se deriva de la obligación principal que ya existe teniendo en cuenta que es un contrato gratuito. En el caso de que se esté a reserva de la obligación futura es factible que se presente la retractación por parte del fiador esto es cuando ya sea haya constituido pero no exista la obligación a garantizar.

En cuanto a su existencia la fianza no puede existir sin una obligación válida por lo que si la principal se considera invalida no podrá provocar ninguna accesoria, por lo tanto si la obligación nunca existió será nula la fianza y si aquella se deriva de un acto o contrato anulable la fianza también será anulable. Caso distinto será cuando la causa de nulidad fuese alguna incapacidad relativa al deudor y el fiador la ignorase lo cual no lo exime de su obligación, es por lo que doctrinalmente se aceptan para la constitución de la fianza diversas formas como la verbal,

mediante escritura pública o bien privada aún cuando ya para los supuestos de un proceso judicial en que se objetara requiere acreditar su forma escrita para hacer prueba plena.

Efectos de la Fianza.

Entre el Fiador y Acreedor: para entrar al estudio de este supuesto es necesario contemplar la relación jurídica de carácter accesorio que nace entre estos, debiendo responder de la obligación en caso de que su fiado no lo haga y el acreedor tendrá la facultad de accionar en contra de ambos. Acción que debe fundar para su procedencia por la vía idónea es decir que puede ser procedente tanto en la ordinaria como en la ejecutiva según la obligación principal en razón de que la fianza no constituye por si misma titulo ejecutivo sino depende de la deuda del afianzado y sólo puede ejecutarse por el monto liquido del crédito en contra del deudor.

Así mismo la mora en que incurra el deudor principal constituye también en la misma situación al fiador solidario y al principal pagador con excepción del fiador simple, debiendo considerar que al instar la demanda contra el deudor principal es por incurrir ya en el incumplimiento de su obligación constituyéndose en mora, siendo entonces necesario para el acreedor acreditar tales extremos y estar plenamente facultado de accionar contra el obligado principal y contra el fiador.

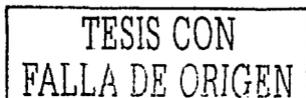
En razón de que éste aún como obligado accesorio y en su caso solidario no ha incurrido en el incumplimiento pero aún sin faltar diligentemente a lo pactado y que hasta ese momento sólo ha incumplido su fiado, cuestión que es distinta en los casos de la fianza solidaria ya no cuenta con los beneficios que la ley le otorga a la fianza simple ya que en ésta última será esencial haber acreditado la mora por parte del deudor principal a efecto de que el acreedor este plenamente facultado a cobrar la contraprestación debida al deudor sustituto.

Entre el Deudor y Fiador: derivado de que al quedar obligado el fiador a nombre del deudor en relación con el acreedor y para el supuesto que cubra la deuda por el deudor directo tendrá la facultad de subrogarse en los derechos del acreedor contra su fiado, cuestión que se presenta después de cubrir la deuda pudiéndose presentar otras circunstancias previas al pago de la misma, una de estas será cuando el fiador pida la exoneración de la fianza en razón de haberse cumplido el tiempo por el que se obligo en el entendido de haber un término razonable para la obligación del fiador y para los casos en que no sea susceptible de extinguirse en un plazo determinado.

Así mismo el fiador puede tomar diversas medidas preventivas o defensivas antes de que se haga efectiva su obligación accesoria y procurar la defensa de sus intereses. Para el caso de que el deudor quebrara antes de cubrir la deuda por la que el fiador se obligo éste puede ser parte de la masa de bienes en concurso en razón de que esa circunstancia hace muy posible que el fiador sea el que tenga que responder por la obligación afianzada, por lo que debe hacer valer ese privilegio y figurar en el pasivo del quebrado y en cierto momento recibir posibles dividendos en caso de cubrir la deuda.

Aún cuando el principal efecto será aquel cuando el fiador paga provocando entonces se subrogue en los derechos del acreedor estando conforme al principio de que el que paga una deuda por otro se subroga en sus derechos contra el deudor al respecto el maestro Bejarano Sánchez señala: "Subrogación: se debe entender la sustitución del acreedor por el tercero que le paga el importe de su crédito y permite a éste adquirir el mismo derecho que tenía el acreedor con sus garantías y accesorios"<sup>53</sup>

<sup>53</sup> Bejarano Sánchez, Manuel, "Obligaciones Civiles", Editorial Oxford, Décimo Sexta Edición, México 1998, pag. 398.



Siendo que en este caso el fiador gozará con todas las garantías y privilegios anteriores o posteriores a la fianza este supuesto estará basado en el interés que tenga el fiador en la relación jurídica principal, en razón de que su obligación deriva de la misma y no como tercero ajeno interés que se limita al cumplimiento de la obligación originaria ya sea de forma voluntaria o coactiva en razón de ya existir un ordenamiento judicial.

Teniendo en este caso la facultad de constituirse como tercero que paga la prestación y no como el fiador obligado en este supuesto tendrá de igual forma la capacidad para reclamar del deudor principal la prestación cubierta, dándose entonces la subrogación con los derechos que ésta figura comprende, caso contrario en el supuesto de que la cumpla en razón de un mandato judicial ya que sólo obtendrá provocar los efectos entre él y su fiado por así ordenarlo el Código Civil al señalar: "El fiador que paga debe ser indemnizado por el deudor, aunque este no haya prestado su consentimiento para la constitución de la fianza."<sup>54</sup>

Lo anterior en razón de los posibles perjuicios que pudo haber sufrido en su patrimonio al cubrir la deuda y que deberá resarcir el deudor principal. Otro supuesto será cuando el fiador tenga que pagar como consecuencia de la insolvencia o quiebra del deudor quedando subrogado en todos los derechos del acreedor, acciones y privilegios anteriores y posteriores a la fianza así mismo tendrá lugar cuando el fiador se hubiere obligado contra la voluntad del deudor gozando de los privilegios inherentes a la obligación principal como sería en las hipotecas, prendas y el derecho de exigir sobre las medidas ejecutivas para el caso del desalojo del inmueble arrendado.

---

<sup>54</sup> Código Civil, ob., cit., art. 2828.

La Subrogación como en las obligaciones en general provoca diversos derechos al que cubre la contraprestación por otro y conforme al Código Civil el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste:

I. De la deuda principal;

II. De los intereses respectivos, desde que haya notificado el pago al deudor, aún cuando éste no estuviese obligado por razón del contrato;

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

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

Debiendo considerar respecto del segundo inciso que podría ser contrario a los principios generales del derecho cuando en realidad no es necesario que el deudor se haya constituido en mora para que el fiador pueda demandar el interés correspondiente y desde la fecha en que realice el pago, dándose diversos supuestos en cuanto al tiempo en que el fiador hace el pago, siendo posible que lo hubiere hecho antes de vencer el plazo de la obligación del deudor por lo que sólo podrá cubrirla después del vencimiento de la misma en razón de que el deudor no está obligado a cubrir daños y perjuicios derivados del pago anticipado hecho por el fiador.

Entre Cofiadores.

En caso de que se hayan obligado varios fiadores respecto de la misma obligación y para el caso de que uno de estos pague la deuda se subroga en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías del acreedor contra los otros fiadores para reclamar a cada uno la parte que les correspondía.

Extinción de la Fianza: la extinción podrá darse por diferentes causas algunas se producirán por vía principal o directa y otras en vía de consecuencia.

Vía directa o principal; en razón de poder extinguirse por las mismas causas de las obligaciones en general, entre las que encontramos el pago como cumplimiento de la misma, así como la compensación, confusión, remisión de la deuda, novación, transacción, renuncia de los derechos del acreedor, imposibilidad de pago, etc.

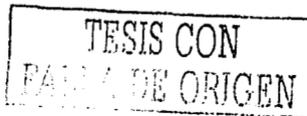
Vía de consecuencia; en razón de que la principal si llegare a extinguirse como consecuencia se extingue la accesoria aún cuando sea por consecuencia de actos o hechos de la obligación principal y que el fiador u obligado accesorio no haya intervenido por lo que debemos considerar de forma especial las siguientes figuras:

Pago; en caso de que el deudor lo efectuare al acreedor se extingue la fianza por ser accesoria a la principal caso distinto cuando un ajeno o tercer extraño paga al acreedor en razón de que se subroga en los derechos del deudor.

Novación; es la consecuencia que origina una nueva obligación quedando en lugar de la originaria es decir se transforma la obligación encontrando su regulación en el mismo Código Sustantivo que a la letra dice: "Hay novación de contrato cuando las partes interesadas lo alteran sustancialmente sustituyendo una obligación nueva a la antigua."<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Código Civil, ob., cit., art. 2213.



Por lo anterior en el supuesto de la relación contractual que origina el arrendamiento y que nuestro tema de estudio es el fiador como parte accesoria la novación puede darse de la obligación principal provocando entonces la extinción de accesoria, en razón de que sería imposible obligar al fiador a responder por una obligación diversa a la originaria y por voluntad del deudor y acreedor.

Prórroga del Plazo para el Cumplimiento de la Deuda; derivado de lo señalado por el Código Civil en su artículo 2846 que regula la probable prórroga al cumplimiento de la obligación sin el consentimiento del fiador extinguirá la fianza en razón de que el fiador ha querido obligarse por una obligación y dentro del plazo en ella estipulado y al darse la prórroga sobre éste sin su consentimiento modifica la obligación principal que afianzo. Por lo que se debe estar ante el supuesto de que el acreedor pudo haber ejercitado la acción respectiva al término de la obligación y no lo hizo o estuvo impedido por la misma prórroga que concedió provocando así diversas situaciones como la omisión del acreedor de iniciar la acción contra el deudor al darse el vencimiento del plazo acordado de forma contractual no provoca la extinción de la fianza a menos que el deudor en el plazo en que incurre en omisión del acreedor haya caído en insolvencia.

Por lo que respecta a los contratos de arrendamiento inmobiliario encontramos diversos criterios legales que resultan incluso de convenios entre acreedor o arrendador y deudor o arrendatario, debiendo señalar que si existe un plazo para el vencimiento del contrato será por éste tiempo por el que estaría vigente la responsabilidad directa del fiador, considerando que el acreedor se

incline o no a iniciar las acciones respectivas de terminación y/o rescisión del contrato con la intención de llegar hasta obtener la orden de desalojo del bien arrendado.

Por lo que de los puntos anteriores es necesario hacer una reflexión de manera singular en cuanto a las causas que los originan, circunstancias y hasta las disposiciones legales que sean aplicables difieren entre uno y otro supuesto.

Encontrando que la legislación actual así como criterios jurisprudenciales que rigen la figura del fiador es somera y hasta contraria a los intereses de quien se obliga como accesorio, teniendo el acreedor diversas posibilidades de invocar una acción judicial contra el arrendatario o fiador durante la vigencia del contrato de arrendamiento a su terminación o bien prorrogado. En razón de que el fiador estará obligado no solamente a cubrir los pagos del arrendamiento sino también por cualquier otra suma de dinero que puede adeudar el arrendatario como consecuencia de la ocupación del bien arrendado excepto cuando se hubiere limitado su responsabilidad de forma expresa al pago de las rentas.

Por lo que el plazo convenido y llegado su vencimiento para el cual se contrato origina como consecuencia natural la extinción de la fianza sólo que para el caso en que el arrendador haya iniciado el juicio y mientras dure el mismo y hasta la entrega del bien arrendado responderá el fiador o bien que éste quede liberado de su obligación en base a la resolución que llegue a dictarse y que pudo haberle causado perjuicio.

Cuestión que suele resultar contradictoria a las disposiciones legales señaladas en razón de que el término del contrato principal extingue la obligación accesoria de la fianza, salvo cuando se haya estipulado algo en contra así mismo ésta cuestión en la práctica no llega a darse y en todo caso el fiador tendría que iniciar la acción correspondiente en la vía idónea a efecto de que su obligación se extinga, más aún cuando éste no consintiere la prórroga del contrato debiendo por seguridad jurídica extinguirse la fianza aunado a que al respecto hay disposiciones legales expresas.

En los casos del arrendamiento que no tenga vencimiento establecido de forma expresa y que se encuentre afianzado la responsabilidad del fiador se extinguirá hasta que haya una resolución que así lo determine y en caso de que no se haya iniciado juicio se deberá estar al término máximo para los arrendamientos siendo estos de diez años para casa habitación y veinte para el comercio o industria <sup>56</sup>.

Para el caso de darse prórroga de la vigencia por disposición expresa de una ley sin que exista convenio entre arrendador y arrendatario prevaleciendo la disposición legal, generalmente se refiere a los arrendamientos de rentas congeladas de casa habitación, situación que se dio por la necesidad habitacional.

Circunstancia que producía dificultades para determinar la situación jurídica del fiador en razón de que al darse la prórroga al contrato sin la voluntad de las partes el fiador estaba imposibilitado para convenir al respecto en defensa de sus intereses, quedando obligado por una determinación legal, situación acorde en los casos de los fiadores solidarios en razón de que su obligación

<sup>56</sup> Código Civil, ob. cit., art. 2398.

cesaría hasta el pago de la cantidad reclamada a su fiado y hasta la restitución del bien arrendado sobre la base del contrato de arrendamiento que se había prorrogado, caso contrario para los supuestos de la fianza simple en que se deben respetar los beneficios con que cuenta el fiador, cuestión que en diversas circunstancias se ven restringidos o se llegan a violar.

Así mismo debemos tener en cuenta la situación de indefensión o desventaja procesal en que puede estar el fiador como resultado de la negligencia del acreedor o arrendador para iniciar la correspondiente acción judicial tendiente principalmente a la desocupación del inmueble arrendado, ya que esa prestación solo corresponderá reclamarla a éste en razón de ser el único legitimado conforme al contrato celebrado quedando entonces el fiador impedido de poder reclamar a nombre propio y sobre su fiado.

Por lo que de esa negligencia en que incurra el acreedor podrá salir perjudicado el obligado accesorio en razón de que aún sin tener el ánimo de conseguirlo grava la situación jurídica de quien se encuentra como obligado subsidiario ya que sólo debería responder en caso de incumplimiento del obligado principal en este caso del arrendatario.

Siendo de gran relevancia que la legislación o jurisprudencia aplicable sea precisa respecto de los supuestos en que puede quedar liberado de sus obligaciones el obligado accesorio y más aún en supuestos como el anterior, sin perjudicar de forma alguna las facultades del acreedor para hacer cumplir con las rentas pactadas y restitución del bien arrendado en base al contrato celebrado.

Caso distinto cuando el fiador se obliga de forma solidaria hasta la entrega del bien arrendado partiendo del supuesto de que la obligación accesoria del fiador se extinguirá cuando se extinga la obligación principal en razón de que es consecuencia natural ya que se limita al término del contrato por el que quiso obligarse no siendo legal que se le pueda obligar a responder por una obligación que ya venció y que por disposición de otros se haya prorrogado, cuestión diversa cuando el mismo se haya obligado de forma expresa a responder aún más allá del plazo acordado y durante el tiempo en que se tramite la devolución del bien arrendado en razón de así haberse obligado mientras que el alquiler se siga dando y hasta que el arrendatario haga entrega del inmueble teniendo entonces el arrendador los derechos de reclamar del arrendatario las prestaciones arrendadas y la desocupación del bien.

Acciones que provoca la fianza; entendiendo que el acreedor o arrendador sería el titular empero el obligado accesorio tendrá también algunas concernientes a ese carácter, respecto del acreedor tendrá la de exigir tanto del deudor como del fiador la obligación contraída y de las acciones derivadas del contrato de arrendamiento en el que se expresa el consentimiento de obligarse de forma reciproca para con ambos así mismo podrá tomar las medidas precautorias pertinentes con la finalidad de evitar que el obligado principal o el fiador pretendan evadir su obligación, siendo éste uno de los efectos del contrato entre el acreedor y el fiador aún cuando éste podrá oponer las excepciones que le asistan.

Respecto del fiador podrá librarse de su obligación mediante su cumplimiento subrogándose en los derechos del acreedor o arrendador para ejercitar la acción correspondiente contra su fiado, imponer los beneficios que la ley le otorga y que son inherentes a la fianza simple consistentes

en el beneficio de orden, excusión y división, éste último en los casos de ser varios los fiadores y cuando el acreedor pretenda reclamarle el cumplimiento de la obligación de su fiado como arrendatario. En caso de haber opuesto el de excusión exigirlo sobre los bienes del deudor como en su momento quedo señalado por ser un presupuesto procesal intimando de pago al deudor en razón de ser su obligado subsidiario.

Podrá exigir la liberación de su obligación derivado y como consecuencia indirecta del incumplimiento de su fiado o por alguna de las causas que lleguen a determinar la extinción de la obligación principal o bien cuando aún teniendo la prerrogativa de subrogarse en los derechos del acreedor ésta se vuelva imposible de hacer valer porque el deudor haya incurrido en insolvencia y no se le reintegre las prestaciones que solventó.

En el caso del fiador como principal pagador actualmente la figura del fiador se ha ido modificando llamándolo pagador principal o liso y llano por lo que es necesario establecer claramente la distinción entre fiador solidario y principal pagador tomando en cuenta que en ambos casos no goza de los beneficios de orden o excusión ni de división oscilando la diferencia en que cuando el fiador se obliga como principal pagador lo hace como deudor solidario estando entonces conforme a las disposiciones de los codeudores asumiendo una obligación de forma directa y en cambio el fiador aún solidario siempre será conforme a una obligación accesoria.

De lo anterior podemos concluir con las siguientes diferencias entre el principal pagador y el fiador solidario:

I.- En caso de que el acreedor otorgue una prórroga al deudor principal para el cumplimiento de la obligación extingue la fianza en cambio no puede extinguir la obligación del principal deudor.

II.- El principal pagador no puede alegar la falta de aviso de la mora en que haya incurrido como excepción para librarse de su obligación.

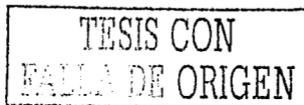
III.- En caso de que proceda la subrogación en los derechos del acreedor y no se haga posible por culpa de éste no extingue la obligación del principal pagador y si la del fiador aún siendo solidaria.

**CAPITULO IV****REGULACIÓN ACTUAL EN NUESTRO DERECHO CIVIL.****4.1 Reglamentación en el Código Civil para Distrito Federal.**

Derivado del estudio realizado de forma especial nos referiremos a las disposiciones aplicables a las excepciones y beneficios procesales, partiendo de que son admitidas como defensas oponibles a las pretensiones del actor pero sin llegar a negar la existencia del hecho constitutivo afirmado por este sino sobre hechos impeditivos, extintivos o modificativos que justifican la actitud del demandado para no reconocer la pretensión jurídica deducida en la acción.

Demandado como principal interesado en el juicio que se insta ya sea como principal deudor o para el caso que nos ocupa como obligado subsidiario, en el entendido de ser precisamente una defensa propia que excluye los efectos jurídicos de la acción o bien la oposición tendiente a impugnarla y anularla, para lo cual es necesario que el demandado lo invoque y así el juez pueda analizarlo.

Radicando la importancia de la defensa en que aun sin invocarla el demandado pueda el juez estudiarla oficiosamente, pues no se trata de destruir la acción por la inexistencia de los elementos constitutivos del juicio sino de haber reunido los requisitos y presupuestos procesales para su legal procedencia. En cuanto a las excepciones el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal no contiene precepto que expresamente faculte a los jueces del fuero común a desecharlas en el momento de proveer sobre su admisión, caso excepcional tratándose de que sean notoriamente frívolas e improcedentes.



Mismo caso en los beneficios otorgados y regulados tanto por el Código sustantivo como por el adjetivo refiriéndonos específicamente a excepciones procesales consistentes en la orden y la excusión que implican objeciones que puede hacer valer el demandado, tratándose entonces de excepciones dilatorias. De lo anterior se presentan diversas excepciones y supuestos basados o relacionados con las mismas resultando necesario hacer hincapié como el caso de la relativa a que el demandado principal no incumplió con su obligación y por tanto tampoco el subsidiario por no incurrir en mora ya que en el convenio no se señaló lugar de pago, lo cual se refiere precisamente a una excepción propia es decir a una contraposición de un hecho impeditivo o bien una oposición tendiente a anular la acción para lo cual es necesario que el demandado lo invoque y así el juez pueda analizarlo.

De tal manera si la parte demandada no se excepciona en cuanto a que no ha incurrido en mora porque en el convenio no se había pactado lugar de pago el acreedor debe exigir el pago en el domicilio del deudor, es obvio que el juez del conocimiento pueda analizar tal cuestión pues dicho tema es una excepción propia y sin perjuicio de que el demandado lo invoque como excepción.

Otra excepción que se debe considerar es en cuanto a que el fiador como obligado accesorio intervenga ya en el juicio en que se actúa y más aún cuando no lo haga en razón de que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito ha establecido el principio de que por ser res inter alios acta puede el tercero excepcionarse contra la sentencia que ha alcanzado la autoridad de la cosa juzgada salvo cuando se trata del estado civil de las personas, pero en el entendido de que aún en este caso dicho tercero puede excepcionarse contra la sentencia aunado si se trata de colusión de litigantes para perjudicarlo.

Por lo que de igual forma no puede hablarse de la autoridad de la cosa juzgada cuando se está en presencia del ejercicio de derechos aducidos por terceros que no han litigado y a quienes por esta razón no puede afectarles lo decidido en una sentencia dictada en un juicio en que no han sido partes. Caso aplicable específicamente a la figura del fiador simple para el caso en que haya sido condenado su fiado, pero que sin ser ejecutado o agotado los medios para hacer efectivo el crédito del actor se dirijan medidas tendientes a ejecutarlo aún precautoriamente.

#### 4.2 Artículo 2814 Código Civil.

“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.”\*

Al respecto es menester señalar que dicho precepto legal procesalmente llega a incumplirse, basado en una disposición procesal refiriéndonos específicamente a lo ordenado por el artículo 962 del Código adjetivo que faculta a quien insta el juicio a requerir y en su caso embargar o ejecutar aún provisionalmente al obligado de cubrir las pensiones rentísticas, supuesto que refiere por obvias razones al arrendatario pero que en la práctica puede dirigirse contra quien quedo garante de éste es decir el fiador por lo que para evitar posibles perjuicios es necesario prever los beneficios que le asisten al obligado subsidiario y a los que en su caso no renuncio.

Refiriéndonos entonces a la fianza simple en el entendido de que respecto de la fianza solidaria el mismo garante se obliga como principal pagador, no pudiendo hacer valer los beneficios que la ley otorga para el caso de ser requerido.

\* Código Civil para el Distrito Federal, ob., cit., Art. 2814.

Así el artículo 2448 del Código Civil para el Distrito Federal es explícito al establecer que únicamente las disposiciones contenidas en el Capítulo Cuarto del Título Sexto correspondiente al arrendamiento especialmente sobre fincas urbanas destinadas a la habitación son de orden público e interés social y por tanto son irrenunciables y en consecuencia cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta. Cuestión que por exclusión no es aplicable sobre arrendamientos de locales destinados al comercio ya que en esta materia la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y la finalidad que persiguen, regirá la obligación en los términos que quisieron hacerlo.

De igual forma tales disposiciones se aplican sobre el fiador en el arrendamiento pues las cuestiones relativas al beneficio de orden y excusión con que éste cuenta se encuentran reguladas en el Capítulo II del Título Decimotercero del mismo Código Sustantivo correspondiente a los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor. En esas condiciones es indiscutible que si se presenta la renuncia a los beneficios de orden y excusión que obra en la cláusula del contrato de arrendamiento respecto del que se constituyó como fiador del inquilino u obligado principal, por tratarse de cuestiones no previstas en la ley como de orden público e interés social serán renunciables causando consecuencias procesales teniendo plena eficacia jurídica de conformidad con lo dispuesto por los artículos 2816, fracción I y 2823 del ordenamiento citado, consistentes en la pérdida de los beneficios que le asisten.

Cuestión que resulta contraria, ilegal y hasta violatoria de garantías en aquellos casos en que el que se obliga como fiador de ninguna forma ni mucho menos expresa haya renunciado a los beneficios que le asisten.

## 4.3 Artículo 2815 Código Civil.

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

Como consecuencia de tal disposición y previo a demandar al fiador el arrendador debe excutir todos los bienes del arrendatario mientras que fiador tendrá acción con carácter de excepción dilatoria que le permite exigir del arrendador primero la ejecución completa de todos los bienes del arrendatario antes de que éste pueda accionar judicialmente contra él.

Por lo que el fiador puede ampararse en tal beneficio que la misma ley le otorga de acuerdo al carácter de la obligación que representa y a los cuales como principio general de derecho son propios de él esto es hacer valer su defensa a través de las excepciones inherentes a la obligación principal, a la fianza y sobre todo en su caso al derecho que no renunció acogíendose a los beneficios fundamentales para hacerlos valer frente al acreedor – arrendador que no ha excutado previamente los bienes del deudor principal – arrendatario.

Así como en el supuesto necesario ejercitar la acción correspondiente y en el momento oportuno hacer extinguir su obligación accesoria con el procedimiento en contra de su fiado que haya incurrido en acciones tendientes al incumplimiento de su obligación ocultando o enajenando los posibles bienes sobre los que pudiera ser ejecutado. Por lo cual es necesario jurídica y justamente respetar procesalmente los beneficios congénitos de la figura jurídica del fiador en el arrendamiento, basado en los medios legales conferidos a éste para oponer cuantas defensas y excepciones previas al requerimiento, embargo o ejecución en su patrimonio como obligado accesorio, correspondiendo al arrendador o acreedor excutir todos los bienes del arrendatario como principal deudor sin faltar entonces al beneficio de excusión.

## 4.4 Artículo 2837 Código Civil.

Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una deuda el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente les corresponda satisfacer, por lo que resulta preciso asegurar el control de la instancia a través de dogmatizar la posibilidad de alegar las excepciones pertinentes a su carácter de tercero obligado o bien sustituto en la relación contractual accesoria por la que debe responder en la parte proporcional a la que se obligo, ya que si no interviniera la sentencia pronunciada no debería producir cosa juzgada frente a él.

Así dada la existencia de una sentencia de la que se demuestre el incumplimiento de la obligación principal por su deudor directo determinará el propio fundamento y finalidad de la obligación subsidiaria provocando hasta entonces la entrada en funcionamiento de la responsabilidad de los fiadores por la parte que quisieron obligarse esto es la exigibilidad jurídica de la obligación de garantía.

## 4.5 Artículo 35 Código Procesal Civil.

## VI El orden o la excusión;

Excepciones procesales reguladas por el Código Procesal citado consistentes en que el acreedor deberá haber excusado los bienes de su deudor, para poder demandar del fiador el cumplimiento de la obligación.

De lo anterior es lógico que por tratarse de disposiciones consagradas por el legislador como mecanismo de protección para las obligaciones en general se derive el deber de aplicarse aún con mayor apego a las obligaciones accesorias, como es el caso del fiador en la falta de diligencia al cumplimiento del deudor principal en éste caso arrendatario, por lo que el mismo en vía de defensa al procedimiento judicial que el acreedor iniciara en reclamación del pago de la deuda tratase de oponer las excepciones y/o beneficios que la ley le faculta y que para tal efecto ya se hubiera visto perjudicado en su patrimonio en virtud de estar ordenada una medida ejecutiva aún cuando sea precautoria, lo cual no justifica impedir que ejercite ese derecho subjetivo de forma previa al requerimiento, embargo o ejecución sobre su patrimonio.

Así mismo habiéndose satisfecho los presupuestos de una situación procesal ejecutiva siendo ésta en vía de apremio que debe ser congruente con la demanda desplazada sobre la recuperación de las rentas impagadas u otras prestaciones en particular contra el principal deudor o arrendatario, todo ello conforme al contrato arrendaticio en el que se funden y del que en su caso se desprenda que los beneficios de orden y excusión no fueron renunciados por quien quedo garante del principal deudor teniéndolos a su favor con efectos de excepciones dilatorias.

En razón de ser disposiciones expresas se debe considerar que entonces el juzgador debiera estudiar y en su caso resolver de oficio, siendo imperioso determinar sobre si los beneficios que le asisten al fiador asumen el carácter de excepciones o defensas procesales a fin de que sean consideradas de previo y especial pronunciamiento, refiriéndonos a los beneficio de orden y excusión.

En razón de que el actor antes de demandar al fiador o de continuar la demanda formulada contra éste debe haber demandado y concluido el juicio contra el deudor principal y si hecho esto no le fuera posible cobrarle entonces tendrá el pleno derecho para demandar al fiador. Por lo que resulta imperioso conferir al fiador el derecho potestativo de hacer valer la extinción de sus compromisos cuando la conducta de su fiado (deudor principal) se manifestara contraria a sus intereses tras el no pago de la deuda y como poder de obrar que es ser perfectamente excluido por las partes al no tratarse de materia de orden público que pudiera perjudicar a terceros.

Debiendo considerar que hoy en la practica se llega a faltar a tales disposiciones aunado a que resultan oscuras, incompletas y en diversos casos hasta inexistentes, siendo critico que en ciertos supuestos nos encontramos frente a disposiciones de carácter procesal que deben ser impulsadas por la parte interesada y en otros ante figuras que por ministerio de ley deben ser estudiadas en este caso específicamente sobre las excepciones procesales que tuviera el obligado accesorio quien como posible perjudicado debiera hacerlas valer, caso distinto al otorgarles el carácter de defensas procesales inherentes a la obligación que representa y que por lo tanto serian estudiadas de oficio por el juzgador.

Siendo que al no ser de orden público sólo regulan una situación concreta entre particulares sin embargo tampoco debe perderse de vista que la supremacia de la voluntad de las partes que rige en materia de contratos encuentra su excepción en el artículo sexto del ordenamiento legal invocado en el sentido de que:

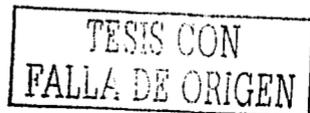
"La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley ni alterarla o modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero".<sup>58</sup>

De esta manera resulta menester la meditación sobre la estipulación contractual referente a la renuncia de diversos beneficios y estar o no por encima de la norma prohibitiva que dispone que serán nulas las estipulaciones de los contratos que consignent la renuncia de los beneficios que deriven de la ley a favor de los arrendatarios. Lo que permite afirmar que los contratos de arrendamiento respectivos en los que se infrinjan cualquiera de las normas de mérito son válidos con las salvedades correspondientes que serán suplidas por lo dispuesto en la ley de la materia, ya que debemos estar a que la voluntad de los particulares no puede eximir la observancia de la ley, alterarla o modificarla.

Aunque también siendo de orden público, interés social e irrenunciables, contemplan expresamente una sanción diversa para aquellos contratos que se celebren en contravención a dichas normas, sanción que no es la de nulidad del contrato sino la de tener por no puesta la estipulación que contra dichos preceptos se hubiese convenido.

Siendo la forma de proteger así el particular privilegio que le asiste al fiador principalmente de índole procesal estando en el supuesto de sujeto pasivo en la acción intentada por el acreedor de carácter ejecutiva vinculada a la obligación principal, siendo este el único legitimado para ejercerla a efecto de determinar la liberación de la obligación del fiador o la ejecución contra éste habiéndose acreditado tal necesidad y hechos valer los beneficios inherentes al fiador.

<sup>58</sup> Código Civil para el Distrito Federal, ob., cit., Art. 6.



Más aún cuando en alguna cláusula del contrato de arrendamiento base de la acción se estipule que una tercera persona se constituye en fiadora sin que lo haga mancomunada y solidariamente con la obligación del arrendatario, supuesto que impide al acreedor para reclamar las prestaciones del deudor principal en el mismo momento procesal en razón de que generalmente la obligación contraída es exclusivamente de carácter patrimonial, cuyo cumplimiento sólo es exigible mediante un acto futuro o incierto implicando que llegue o no a realizarse, específicamente sobre la ejecución del principal deudor y de no actualizarse será entonces el momento oportuno para ejercitarlo en contra de quien quedo garante de la obligación.

#### 4.6 Artículo 962 Código Procesal Civil.

##### Requerimiento y Embargo.

Habiendo planteado los principales supuestos en que de forma eventual llegan a contravenirse ordenamientos y prerrogativas otorgadas a quien de forma consensual se obliga y en relación a disposiciones legales aplicables al procedimiento de la controversia del arrendamiento hemos de referirnos de forma especial a lo establecido por el artículo 962 del mismo Código Adjetivo al ordenar: "En caso que dentro del juicio a que se refiere éste título, se demande el pago de las rentas atrasadas por 2 o más meses, la parte actora podrá solicitar al juez que la demandada acredite con los recibos de renta correspondientes o escritos de consignación debidamente sellados, que se encuentra al corriente en el pago de las rentas pactadas y no haciéndolo se embargaran bienes de su propiedad suficientes para cubrir las rentas aducidas."

Lo cual faculta a quien insta el juicio a requerir y en su caso embargar o ejecutar aún provisionalmente al obligado de cubrir las pensiones rentísticas supuesto que refiere por obvias

razones al arrendatario, pero que en la practica puede dirigirse contra quien quedo garante de este como su fiador, garantía que implica situaciones jurídicas muy diversas por lo que en ocasiones se llega a ejercitar aún sin que exista fundamento que lo legitime.

Debiendo estar estrictamente a lo pactado en el basal especialmente si de él se desprenden indicios sobre los beneficios que le asisten al obligado subsidiario y a los que en su caso no renuncio, refiriéndonos entonces a la fianza simple en el entendido de que respecto de la fianza solidaria no podría hacer valer los beneficios que la ley otorga para el caso de ser requerido.

Estando a las disposiciones legales que regulan la fianza en las obligaciones en general así como las que se plantean en el capítulo especial aplicables en la controversia de arrendamiento inmobiliario que como ha quedado señalado es somera e incluso carente de bases generales justas para tarifar únicamente su responsabilidad como obligado accesorio y en el momento procesal oportuno poder ejecutarlo sobre sus bienes mediando la constitucionalidad de las medidas legislativas que se llegan a adoptar en las que se basan los beneficios otorgados al mismo en razón de ser esencial para lograr un efectivo equilibrio entre estas y los procedimientos que los rigen.

Otro supuesto que no puede pasar inadvertido será respecto de que aún cuando el fiador en un contrato de arrendamiento, haya renunciado a los beneficios de orden y excusión así como en lo que le favorezcan diversas disposiciones contenidas en el Código Civil y derivado de que éstas serian aplicables al contrato de fianza en lo general, es en el artículo 2382 donde encontramos la normatividad sobre la relación entre el fiador y los demás obligados, tratándose de contratos de arrendamiento en los que ha operado la tácita reconducción pues en estos casos la referida

disposición como norma especial determina que cesan las obligaciones otorgadas por un tercero para la seguridad del arrendamiento, salvo convenio en contrario.

Disposición que llega a inobservarse provocando situaciones de desventaja procesal a quien se obliga de forma accesoria en razón de que el mismo se obligo a garantizar una obligación sujeta a cierto tiempo basada en la vigencia del contrato y donde surge la relación contractual que debió haber terminado, empero se dio una prórroga aún sin su consentimiento cuestión que debe ser motivo de convenio expreso ya que de la expresión relativa a que "el fiador acepta pagar las rentas adeudadas" es sobre las rentas que se adeudaran durante la vigencia del mismo y no las posteriores, situación que tendría que hacer valer el fiador como perjudico y buscar otros medios judiciales a efecto de quedar liberado de su obligación.

Así mismo en la practica procesal al plantear la controversia de arrendamiento en que normalmente se reclama la entrega y desocupación del inmueble arrendado así como el pago de pesos derivado de rentas adeudadas, en la que concedan al contrato base de la acción exhibido con la demanda pleno valor probatorio aún cuando pueda tener vicios o bien tenga vestigios de no serlo y el demandado principal no lo haya hecho valer u objetado como consecuencia se acreditara la existencia del contrato de fianza.

Por otro lado al realizarse el emplazamiento a juicio se produjeron los efectos de una interpelación judicial respecto al cobro de las rentas adeudadas y por la mora en que incurrió el demandado será indiscutible que el actor justificó los hechos constitutivos de su acción y el fiador no pudo hacer valer esas irregularidades, ya que aun cuando posteriormente trate de objetar el documento base de la acción ya se tiene por reconocido, teniendo entonces la carga de

la prueba de las objeciones y de los pagos reclamados en razón de que como principal general pesan sobre quien las hace.

Por lo que en caso de ejecutar aún de forma provisional al obligado accesorio se estaría en el mismo supuesto de equiparlo con el principal y con las consecuencias jurídicas que implica lo cual constituye una antinomia porque por definición fiador es el que paga al acreedor si el deudor no lo hace, es decir el fiador es un deudor secundario o sustituto para el caso en que el deudor principal no satisfaga la obligación, en tanto que el deudor solidario es aquél que como los otros deudores principales está obligado a satisfacer en su totalidad la prestación debida.

Aunado a que la figura de "fiador" lleva implícita la idea de deudor sustituto de otro y por lo mismo no puede haber solidaridad entre el fiador y fiado si uno es sustituto del otro.

En consecuencia si en un contrato de arrendamiento se establece en una de sus cláusulas que determinada persona en su calidad de fiador se obliga solidaria y mancomunadamente por todas y cada una de las obligaciones contraídas por el arrendatario en ese contrato terminando esa responsabilidad hasta el momento en que el arrendatario desocupe el inmueble arrendado, dicha cláusula contiene una contradicción que hace oscura su redacción y ante ello debe estarse a la regla general del cumplimiento de las obligaciones según el cual no solo debe tomarse en cuenta lo expresamente determinado en la ley o en el acto jurídico que le sirva de fuente, sino también todo aquello que sea más se apegue a la naturaleza y objeto de la obligación contraída, a la buena fe, a los usos y costumbres y a la equidad.

De manera que hallándose contenido en la citada cláusula del contrato de arrendamiento el contrato accesorio de fianza deberán descartarse de ella los términos relativos a la solidaridad pasiva referidos a los sujetos fiador y fiado, cuyas obligaciones frente al acreedor no son homogéneas ya que una se genera en el contrato de fianza y la otra en el de arrendamiento.

Conforme a este orden de ideas para que al fiador se le pueda reclamar la solidaridad será menester que exista pluralidad de fiadores respecto del mismo fiado, para que así el acreedor de éste pueda exigir la totalidad de la fianza de cualesquiera de los fiadores solidarios.

Las anteriores consideraciones quedan todavía más claras si se toma en cuenta la naturaleza jurídica del contrato de fianza que como los demás de garantía, tiene un carácter accesorio en relación con el contrato principal al que siempre irán subordinados.

Por consiguiente del enlace de estos dos contratos surgirán necesariamente derechos y obligaciones entre el acreedor y el deudor derivados del contrato principal y derechos y obligaciones entre el acreedor y el fiador y entre este y su fiado derivados del contrato accesorio de fianza, por lo que no es correcto aceptar que entre el fiador y el acreedor existan relaciones que provengan exclusiva y aisladamente del contrato principal, ni entender que el fiador sea codeudor y menos deudor solidario de su fiado en ese contrato en el que el fiador no es parte, ya que en cuanto al principal de arrendamiento y su accesorio de fianza cuando no hay pluralidad de arrendatarios ni de fiadores no es posible hablar de solidaridad pasiva.

Otro supuesto será cuando el demandado no figure como arrendatario en el contrato principal de arrendamiento exhibido como base de la acción que es la fuente de la obligación principal, no es posible que se le pueda considerar como deudor solidario o codeudor con el inquilino en ese

contrato sino exclusivamente como fiador en el accesorio de fianza, más si en ninguna de sus cláusulas el fiador como tal se obligo solidaria y mancomunadamente con su fiado en caso contrario si podrá entenderse que el fiador queda obligado en esos términos no solo en la obligación accesoria o de garantía sino también en la principal porque no es posible por la sola voluntad de las partes asignar el carácter de inquilino o arrendatario al fiador que solo es sujeto pasivo en la obligación secundaria de garantía.

**CONCLUSIONES**

PRIMERA: Las medidas precautorias aplicables a la controversia de arrendamiento suelen resultar oscuras e incompletas refiriéndonos específicamente a las que rigen sobre las obligaciones accesorias como la del fiador, estando a que por su propia naturaleza requieren ciertos presupuestos procesales a fin de ejecutarse legalmente mismos que se llegan a incumplir siendo ilegales en su perjuicio.

SEGUNDA: Resulta irrefutable que los beneficios otorgados por la ley a quien se obliga de forma consensual son una facultad a su favor teniendo la potestad de hacerlos valer o bien renunciar a ellos., en el caso de la orden y excusión a los que no renuncio el obligado accesorio y que deba enfrentarse con medidas ejecutivas no pueden surtir los mismos efectos legales que contra el obligado principal en razón de que los citados beneficios deben ser previamente contemplados aún cuando esas medidas tengan el carácter provisorio.

TERCERA: El artículo 962 del Código Procesal Civil para el Distrito Federal reformado al ordena requerir y en su caso embargar bienes que cubran las rentas adeudadas resulta inaplicable contra el fiador en su carácter de obligado accesorio, ya que implica una responsabilidad subsidiaria y el embargo que se encuentre ordenado y que se ejecute sobre su patrimonio es ilegal ya que sólo procedería una vez acreditados los extremos de tal medida, esto es haber executado previamente los posibles bienes del deudor originario – fiado o arrendatario.

CUARTA: Al fiador como obligado subsidiario en la fianza simple y previamente a ser demandado se le deben respetar los beneficios de orden y excusión, oponiéndose de ese modo al

progreso de la orden de requerimiento y embargo que haya de recaer sobre su persona en razón que de forma alguna pueden ser soslayados por el juzgador, encontrándose expresamente en la ley procesal con tal carácter así como de excepciones que traen intrínseca una defensa y como consecuencia debe ser previa a ser ejecutado.

QUINTA: Los benéficos de orden y excusión deben impedir el otorgamiento y consumación de una orden ejecutiva contra quien resulta obligado accesorio, en razón de que el mismo y derivado de la obligación que representa no puede ser ejecutado hasta el momento en que se acredite que aquel a quien garantizo se encuentra imposibilitado de cubrir su obligación por ser incapaz, insolvente, que no cuenta con los medios para hacerlo o cualquier otra causa justificada.

SEXTA: Debe corresponder a quien insta el juicio con el carácter de acreedor probar la existencia o inexistencia de posibles bienes del deudor siendo insuficiente que el acreedor haya promovido las correspondientes acciones judiciales o que hayan concluido las mismas ya que no implica que no existan bienes a nombre del deudor principal, debiendo agotar los que pudiese tener éste o que acredite que no los tiene.

SEPTIMA: Atinamos sobre la falta de un criterio bien definido acerca de la naturaleza del requerimiento judicial contra el obligado accesorio, en razón de que conforme a los fines para lo cual fue creado presenta una laguna jurídica ya que al fiador es casi imposible probar hechos de un tercero específicamente los pagos de su fiado y que en la práctica no es considerada esta situación llegando a requerir y ejecutarlo sin reunirse los presupuestos procesales esenciales que justifiquen aún tal medida.

OCTAVA: El artículo 35 del Código Procesal Civil para el Distrito Federal reformado específicamente en su VI fracción regula y determina como excepción procesal el orden o la excusión, que por la importancia que representa tanto en las obligaciones en general como en las accesorias como la fianza debe ser estudiada de oficio por el juzgador sin perjuicio de que en su momento la haga valer el afectado ya que en la practica al demandar el pago de rentas el juez otorga la medida precautoria sobre los obligados sin considerar la esencia de su obligación y que hasta demostrarse ciertos supuestos el fiador será el que deba cumplir lo pactado en sustitución de su fiado

NOVENA: Resulta necesario considerar los casos en que desde el primer momento procesal de la controversia de arrendamiento se llega a otorgar una orden de ejecución cuando se trata de un especial, siendo justificada tal medida en contra del deudor principal en este caso arrendatario empero aún no lo es contra del obligado accesorio o sustituto.

DECIMA: Conforme a los beneficios que le asisten al fiador en relación con la obligación subsidiaria que representa y que implica una exigibilidad jurídica, ésta debe estar supeditada a la obligación principal en cuanto a la posibilidad o no de cumplirla así como a los muy diversos supuestos jurídicos y procesales que implica su carácter accesorio.

**PROPUESTAS**

PRIMERA: Dar la debida facultad al fiador como obligado accesorio para hacer valer de forma oportuna la defensa de sus intereses en el juicio seguido en contra de su fiado que estará basada en los beneficios que le asisten y que deberá ser estudiada de oficio por el juzgador, para el caso de ser emplazado y eventualmente ejecutado aún de forma provisional. Siendo una forma de asegurar el control de la instancia basado en la posibilidad de alegar todas las excepciones pertinentes a su carácter en el momento idóneo y para el caso de estar impedido la sentencia dictada no debería producir cosa juzgada frente a él.

SEGUNDA: Regular procesalmente las acciones contra el fiador civil derivadas del incumplimiento de su fiado como obligado principal a efecto de poder determinar el propio fundamento y finalidad de la fianza como obligación accesoría, siendo esta la exigibilidad jurídica de la obligación de garantía según los términos convenidos para la misma en el contrato de arrendamiento previamente suscrito.

TERCERA: Respetar la garantía inherente al fiador consistente en los beneficios de orden y excusión particularmente de índole procesal en relación con la acción planteada por el acreedor o arrendador y al requerimiento especial con carácter ejecutivo derivado de un crédito principal, ya que aún teniendo esa prerrogativa se llega a incurrir en una decadencia jurídica impidiendo posibles opciones que determinen la liberación de la obligación subsidiaria del fiador.

CUARTA: Determinar en la ley adjetiva los medios legales conferidos al fiador para ejercer la defensa de sus intereses contra la obligación principal con las inherentes a la fianza como

accesoria, mismas que deben ser previas al embargo o ejecución de sus propios bienes. Basada en los beneficios que la misma ley le otorga y que expresamente se encuentran regulados ya como excepciones procesales refiriéndonos a los de orden, excusión y en su caso división.

QUINTA: Establecer medios procesales adecuados tendientes a respetar el derecho potestativo del fiador para hacer valer la extinción de sus compromisos cuando la conducta de su fiado – arrendatario se manifieste contraria a sus intereses tras el incumplimiento de su obligación, como poder de obrar oportunamente sin ser perjudicado en su patrimonio creando entonces una defensa procesal que faculte al juzgador observarla de oficio siendo ya materia de orden público.

SEXTA: Reconsiderar el beneficio de exclusión en el que se base el fiador al conocer el juicio que se insta en contra de su fiado y no así hasta el momento en que pueda pararle perjuicio, ya que no existe razón que justifique restringir la invocación por el garante del derecho subjetivo que le asiste por su propio fundamento y finalidad, resultando viable que el propio fiador pueda promover el procedimiento oportuno con el que se le declare liberado de su responsabilidad y por consiguiente extinguir la obligación de garantía.

SÉPTIMA: Regular en la ley adjetiva la fianza civil dada la naturaleza de la obligación que representa en relación con los beneficios de los que se puede servir en razón de estar expresamente regulados en la sustantiva, partiendo de su carácter subsidiario a fin de tarifar la responsabilidad que implica, logrando bases generales justas mediando los requisitos de procedibilidad especialmente al dictar aún provisionalmente auto de ejecución en su contra así como criterios jurisprudenciales que se han llegado a adoptar para lograr un verdadero equilibrio en los procesos.

OCTAVA: Determinar los presupuestos procesales que permitan decretar una situación ejecutiva o en vía de apremio en contra del obligado accesorio en razón que cuando se instaura la reclamación sobre el principal deudor resulta legalmente inoportuno reclamar tal prestación del subsidiario, partiendo de que se tratan de hechos imputables a un obligado principal en éste caso arrendatario y sin haber acreditado los presupuestos legales necesarios o satisfecho los beneficios otorgados al obligado accesorio.

NOVENA: Considerar sobre los proveídos o medidas precautorias dirigidas a ejecutar de forma provisional al deudor e impedir que pueda evadir el cumplimiento de su obligación ocultando o enajenando sus posibles bienes, situación distinta en el caso del obligado accesorio que aún cuando se trata de ejecución provisional no puede surtir los mismos efectos legales que sobre el principal ya que se estarían prejuzgando actos procesales ulteriores.

DECIMA: Reglamentar sobre el requerimiento judicial realizado al fiador como garante de un tercero desde el supuesto en que le es imposible acreditar actos de otro y hechos impropios aunado a que conforme a la ley pueden realizarse de diversas formas, sea mediante escritura pública, consignación judicial o en su caso que el acreedor se haya rehusado a recibir las rentas del arrendatario, hechos que el obligado accesorio puede desconocer o bien estar imposibilitado de acreditar.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ARELLANO GARCIA, Carlos, Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, México 1988, Segunda Edición.
- BEJERRA BAUTISTA, José, El Proceso Civil en México, Editorial Porrúa, Décimo Tercera Edición, México, 1990.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, Editorial Oxford, Décimo Sexta Edición, México 1998.
- CONCHA MALO, Ramón, La Fianza en México, Editorial Futura, México, 1988.
- DE PINA, Rafael, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, Décimo Cuarta Edición, México 1986.
- DI PIETRO, Alfredo, Derecho Privado Romano, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1996.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo, Derecho Romano, Editorial Esfinge., Décimo novena Edición, México, 1993.
- GALINDO GARFÍAS, Ignacio, Derecho Civil, Editorial Porrúa, México, 1976.
- GUTER, Enrique, Historia del Derecho, Tomo I, Editorial Costa Rica, San José, 1968.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, Teoría General del Proceso, Editorial Textos Universitarios, UNAM, México, 1985.
- GUTHERREZ GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Editorial Cajica, Puebla, 1971.
- LARA PEINADO, Federico, Código de Hammurabi, Estudio preliminar, traducción y comentarios, Editorial Nacional, Tercera Edición, Madrid Tecnos, 1997.
- MOLINA BELLO, Manuel, La Fianza, Como garantizar sus operaciones con terceros, Editorial McGraw Hill, México 2000.
- OVALLE FABELA, José, Derecho Procesal Civil, Editorial Oxford, Octava Edición, México, 2001.
- PALLARES, Eduardo, Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, Octava Edición, México, 1980.
- PETT, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Nacional, México, 1969.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Contratos Vol. II., Tomo VI, Editorial Porrúa, Segunda edición, México, D.F. 1980.



————— Compendio de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Editorial Porrúa, Segunda edición, México, 1980.

RUIZ RUFEDA, Luis, La Fianza de Empresa, Editorial Universidad, México 1985.

————— Contratos Civiles y Comerciales, Tomo II, Editorial Universidad, México 1989.

SANTOS BRIZ, Jaime, La Responsabilidad Civil, Derecho Sustantivo y Derecho Procesal, Editorial Montecorvo, Séptima Edición, Madrid 1993.

VENTURA SILVA, Sabino, Derecho Romano, Curso de Derecho Privado, Editorial Porrúa, Décima Sexta Edición, México, 2000.

ZAFORTEZA, SOCÍAS JOSÉ María, ABC de los Arrendamientos Urbanos, Editorial Bosch, Barcelona 1996.

ZAMORA PIERCE, Jesús, Derecho Procesal Mexicano, Editorial Cárdenas, Sexta Edición, México 1995.

### **LEGISLACIÓN.**

CONSTITUCION POLÍTICA DE LOS ESTADO UNIDOS MEXICANOS, Editorial Sista, S.A. de C.V., México, 2003.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, Editorial Sista, S.A. de C.V., México, 2003.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Sista, S.A. de C.V., México, 2003.

LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS, Colección Mercantil, Editorial Porrúa, Primera Edición, México 2003.

LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, Editorial Porrúa, México 2003.

### **OTRAS OBRAS**

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Quinta Edición, México 2000.

DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Eduardo Pallares, Editorial Porrúa, Décimo Quinta Edición, México 1993.

DICCIONARIO DE DERECHO ROMANO, Comparado con Derecho Mexicano y Canónico, Editorial Porrúa, Primera Edición, México 2000.

